

12

17 Marzo 2023

Il Sole **24 ORE**



guidaallavorodigital.ilsole24ore.com

Periodico settimanale / Anno XXVII / n. 12
Poste Italiane Spa / Sped. in A.P. / D.L. 353/2003 conv. L. 46/2004, art. 1, c. 1 / DCB Roma

Guida al Lavoro

Settimanale di amministrazione del personale,
contrattazione collettiva, diritto e sicurezza del lavoro

In questo numero **IL PUNTO**

Patto di non concorrenza

Requisiti di legge e orientamenti giurisprudenziali

GRUPPO **24ORE**

GUIDA AL LAVORO

Il Punto

Patto di non concorrenza

**Requisiti di legge
e orientamenti giurisprudenziali**

Sommario

Il patto di non concorrenza <i>di Gianvito Riccio e Luigi Iacono</i>	» PAG. III
Caratteri generali	» PAG. III
I requisiti di legge	» PAG. IV
Forma	» PAG. IV
Oggetto	» PAG. V
Territorio	» PAG. V
Durata	» PAG. VI
Corrispettivo e modalità di corresponsione	» PAG. VI
Clausole aggiuntive al patto di non concorrenza: patto d'opzione e facoltà di recesso unilaterale	» PAG. VII
Patto d'opzione	» PAG. VIII
Facoltà di recesso unilaterale da parte del datore di lavoro	» PAG. IX
Clausola penale	» PAG. IX
Tutele azionabili in caso di inadempimento	» PAG. X
Patti di non concorrenza e concorrenza sleale	» PAG. XI

Gianvito Riccio

Partner - Studio CBA

Luigi Iacono

Associate - Studio CBA

Il patto di non concorrenza

Caratteri generali

Il patto di non concorrenza è il contratto con il quale “*si limita lo svolgimento dell’attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto*” (art. 2125 c.c.). La relativa disciplina concerne esclusivamente il tempo successivo alla cessazione del rapporto poiché, in pendenza di rapporto di lavoro il divieto di concorrenza rappresenta elemento essenziale ed esplicazione dell’obbligo di fedeltà del lavoratore ex art. 2105 c.c.^[1] e supera il divieto di patti di non concorrenza contenuto nella legislazione precedente^[2].

Il patto di non concorrenza rappresenta un contratto sinalagmatico e commutativo la cui causa è rinvenibile nell’assunzione di un obbligo di *non facere* (vale a dire, non esercitare concorrenza in danno dell’*ex* datore di lavoro) da parte del prestatore di lavoro al quale si contrappone l’obbligo di versare un corrispettivo da parte del datore di lavoro. Il patto può essere stipulato contestualmente alla sottoscrizione del contratto di lavoro (potendo essere estrinsecato in questo caso anche clausola contrattuale in-

Un’oculata gestione dei rapporti di lavoro può passare attraverso l’introduzione di obbligazioni successive alla stretta vigenza del contratto di lavoro in sé. In tali tempi vengono regolati aspetti e tutelati interessi strettamente connessi al rapporto lavorativo, i quali rivestono prioritaria importanza per le parti in gioco. Uno dei più utilizzati patti accessori al contratto di lavoro, che disciplina le obbligazioni post-contrattuali, è il patto di non concorrenza. Tale strumento, seppur di antica elaborazione e mai modificato, riveste anche (e soprattutto) nei tempi moderni un grande rilievo: in un mercato iper specializzato, un vantaggio competitivo può essere raggiunto anche vincolando da un lato le risorse chiave, e dall’altro proteggendo il know-how aziendale dalla concorrenza degli altri operatori. Oltre ad avere una propria e specifica disciplina normativa nel Codice Civile, il patto di non concorrenza è stato nel corso degli anni dettagliato e approfondito da copiosa giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che ne ha meglio delineato la pratica applicazione. Il presente scritto aspira a dare una panoramica generale del patto di non concorrenza, soffermandosi sulle tematiche applicative più rilevanti e maggiormente dibattute tra le aule dei tribunali

serita nel più ampio contesto del contratto di lavoro), in corso di rapporto, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro e, finanche, successivamente alla risoluzione del rapporto di lavoro^[3]. Si è opportunamente chiarito che, anche allorché venga stipulato contestualmente al contratto di lavoro e formalizzato quale clausola del medesimo, il patto di non concorrenza rappresenta un contratto autonomo e distinto dal contratto di lavoro, in relazione

1. Ai sensi dell’art. 2105 c.c. “Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’imprenditore, né divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio”.

2. L’art. 8 del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 stabiliva che “[...] il principale alla sua volta non potrà con speciali convenzioni restringere l’ulteriore attività professionale del suo impiegato, dopo cessato il rapporto contrattuale [...]”.

3. La posizione si è stabilizzata a seguito dell’orientamento espresso da Cass. S. U. 10 aprile 1965, n. 630. In precedenza un significativo orientamento giurisprudenziale e dottrinale riteneva che la norma non fosse applicabile facendo leva sia su argomenti di carattere letterale (la norma contiene il riferimento allo status di “prestatore di lavoro” e si riferisce al tempo in cui il rapporto di lavoro è cessato) e sia di carattere sistematico (la cessazione del rapporto di lavoro porrebbe fine alla situazione di disparità contrattuale che fonda la specialità di cui all’art. 2125 c.c.)

al quale al più “*il rapporto di lavoro opera come substrato caratterizzante e antecedente logico del patto di non concorrenza*”^[4] senza che ciò ne infici la totale autonomia giuridica.

Nel corso degli ultimi anni intorno ai patti di non concorrenza si è registrato un interesse sempre crescente motivato dalla loro intuitiva vocazione a proteggere il *know-how* aziendale nell’ambito di un sistema economico e produttivo che si sviluppa intorno al modello della conoscenza, della quale sono depositari in molte realtà aziendali i cosiddetti *core workers*^[5]. La protezione del *know-how* aziendale si gioca, infatti, non solo sul campo delle politiche di *soft retention* (miranti a rendere più attrattiva l’azienda) ed *hard retention* (che si traducono nell’apposizione di vincoli di stabilità al rapporto), ma anche sul campo della limitazione degli impatti negativi della perdita delle risorse chiave.

La disciplina del patto di non concorrenza nell’ambito del rapporto di lavoro sollecita riflessioni che coinvolgono valori e principi di rango costituzionale quali la libertà di concorrenza e il diritto al lavoro (intuitivamente compresi dall’assunzione da parte del lavoratore di obblighi di *non facere*).

La libertà di concorrenza, infatti, da un lato, costituisce un corollario della libertà di iniziativa economica tutelata dall’art. 41, 1° comma, Cost. e, dall’altro, contribuendo a incrementare l’offerta di beni e servizi a beneficio dell’intera collettività, integra il concetto di “utilità sociale” fissato dall’art. 41, 2° comma, Cost.

La Costituzione altresì concepisce il lavoro non quale semplice strumento idoneo all’ottenimento di un reddito ma quale “*fattore fondamentale di crescita morale e realizzazione professionale*”^[6] aderendo ad una concezione secondo la quale “*deve vedersi nel la-*

vorò la più efficace affermazione della personalità sociale dell’uomo”^[7].

L’importanza ed il rango dei principi costituzionali appena richiamati devono inevitabilmente guidare sia gli interpreti nella lettura dell’art. 2125 c.c., da intendersi quale norma di stretta interpretazione, sia gli operatori nella costruzione di patti che, per assicurarsi validità ed efficacia, devono essere rigorosamente rispettosi dei limiti tracciati dalla stessa norma (e che verranno di seguito esplorati).

I requisiti di legge

Forma

Secondo la previsione dell’art. 2125 c.c. il patto di non concorrenza deve, a pena di nullità, risultare da atto scritto. La previsione, che richiede la forma scritta *ad substantiam*, deroga rispetto al generale principio di libertà delle forme e differenzia il patto in questione dagli altri patti di non concorrenza *ex art. 2596 c.c.* ove la forma è richiesta *ad probationem*. Il requisito di forma si giustifica con la volontà di tutelare il lavoratore con riferimento ad atti che ne limitano la libertà per un periodo in cui ogni rapporto con il datore di lavoro sarà cessato.

Secondo l’orientamento assolutamente maggioritario la forma scritta deve riguardare tutti gli elementi del patto poiché il requisito è funzionale a rendere puntualmente edotto il lavoratore sui confini delle future limitazioni alle sue possibilità lavorative e a consentire all’interprete di misurare l’effettivo equilibrio del patto^[8]. Il patto non rientra invece nelle condizioni generali di contratto di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., poiché ai fini dell’applicazione dei predetti articoli è necessario che lo schema contrattuale venga predisposto per essere utilizzato in una pluralità indefinita di rapporti mentre evidentemente l’art. 2125

4. Cass. 13 maggio 1975, n. 1846, che esprime efficacemente un concetto ribadito dalla consolidata successiva giurisprudenza di legittimità e di merito (Trib. Perugia, 10 ottobre 2018, n. 369; Trib. Milano, 27 marzo 2019; Cass., 1° marzo 2021, n. 5540; Cass., 11 novembre 2022, n. 33424).

5. Osserva condivisibilmente C. Zoli, *Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro*, in Riv. it. dir. lav., 2003, I, 449 come “nei modelli organizzativi del personale, accanto a periphery workers assoggettabili ad alto turn over, sono agevolmente individuabili core workers, fondamentali per l’impresa, destinatari di formazione, investiti di incarichi strategici e/o dotati di professionalità specialistica”.

6. Si legga in proposito A. Boscati, *Patto di non concorrenza*, Milano, 2010, p. 64 il quale evidenzia come gli artt. 1, 2, 3, 4, 35 e 41 Cost. esprimano una connessione fra lavoro e personalità umana

7. C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in Dir. Lav., 1954, I, 152.

8. Si legga tuttavia la minoritaria posizione di G. Guglielmetti, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto*, in Dir. Ec., 1959, 699 il quale osserva come il patto possa anche limitarsi a contenere i limiti di spazio e oggetto purché sia possibile ugualmente definire l’ampiezza dell’obbligo di non concorrenza.

c.c. richiede riferimenti specifici al singolo rapporto quali mansioni del lavoratore, retribuzione, ecc.^[9]

Oggetto

L'art. 2125 c.c. non contiene riferimenti diretti all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del patto di non concorrenza, la cui portata operativa è stata definita da dottrina e giurisprudenza attraverso l'interpretazione letterale e sistematica della norma.

In primo luogo deve puntualizzarsi che il patto può vietare al lavoratore esclusivamente lo svolgimento di attività in concorrenza con quella del datore di lavoro. Un'interpretazione che ritenesse plausibile l'estensione oltre tale ambito del patto comprimerebbe eccessivamente il diritto al lavoro in mancanza peraltro di un interesse giuridicamente rilevante da parte del datore di lavoro^[10].

Il riferimento letterale al concetto di "attività" porta a ritenere come: *i)* non siano rilevanti ai sensi della norma singoli e sporadici atti e nemmeno comportamenti preparatori ed organizzativi che dovessero tramutarsi in attività resa solo successivamente alla scadenza del patto^[11]; *ii)* sia possibile estendere il perimetro della futura attività vietata tanto alle ipotesi di attività subordinata alla dipendenze di imprenditori concorrenti quanto alle ipotesi di attività prestata in proprio dall'ex dipendente. E' legittimo chiedersi se l'attività inibita debba coincidere con le mansioni del lavoratore o possa estendersi a ogni altra attività concorrenziale con quella del datore di lavoro. La giurisprudenza risulta stabilmente assestata su una tesi abbastanza estensiva: "il patto di non concorrenza può riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non deve quindi limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto" (Cass. 10 settembre 2003, n. 13282). L'interpreta-

zione si fonda su solidi argomenti letterali se consideriamo che la norma contempla l'attività del lavoratore ma non la circoscrive alle sue mansioni e perimetra invece la legittimità del patto sull'attività dell'imprenditore^[12].

Con riferimento, infine, alle categorie di lavoratori in relazione ai quali il patto risulta stipulabile deve osservarsi come, al di là del dato esperienziale per cui il patto risulta generalmente stipulato con *management* e *middle management*, esso possa in realtà essere stipulato con qualsiasi categoria di lavoratori. Sul punto particolarmente efficace risulta Cass. 19 aprile 2002, n. 5691 secondo cui nell'attuale situazione di mercato caratterizzata da un'agguerrita concorrenza fra imprenditori, anche il commesso vendite può risultare portatore di elementi di conoscenza ed esperienza tali da influire sulle scelte dei consumatori e pertanto risulta ammissibile con riferimento a tale profilo il patto di non concorrenza.

Territorio

Altro limite stringente è dato dal territorio. Il patto è infatti radicalmente nullo, nel caso in cui non sia previsto un limite territoriale. Come chiarito opportunamente dalla giurisprudenza il limite territoriale deve essere inteso come divieto per il lavoratore di svolgere attività lavorativa nel territorio definito dal patto e non come divieto di prestare attività per società aventi la propria sede all'interno del territorio (Cass. 2 maggio 2000, n. 5477). Sul possibile ambito di estensione del limite territoriale deve segnalarsi una significativa evoluzione della giurisprudenza che fino ad una ventina di anni fa riteneva problematica l'estensione del patto finanche all'intero territorio nazionale, mentre attualmente reputa legittimo il riferimento del patto al territorio comunitario e comunque a diversi Stati esteri^[13].

9. Si veda sul punto Trib. Milano, 22 ottobre 2003, in Riv. crit. dir. lav., 2004, 122; Trib. Milano, 27 settembre 2005; Trib. Milano, 11 giugno 2001. Più in generale, sull'ambito di applicazione dell'art. 1341 c.c. si veda Cass. 14 luglio 2009, n. 16394.

10. Si veda A. Boscati, op. cit., pagg. 212-213. Si veda in giurisprudenza Trib. Milano, 12 luglio 2007, in Riv. Crit. Dir. lav., 2007, 1125 secondo cui "il patto di non concorrenza che preveda per il lavoratore il divieto di svolgere attività di concorrenza non solo a favore di imprese direttamente concorrenti ma anche a favore di imprese clienti/utilizzatrici dei beni commercializzati dal datore di lavoro realizza un'asimmetria rispetto alla ratio dell'art. 2125 c.c. di dubbia legittimità dovendo essere il patto funzionale alla protezione del datore di lavoro dalla concorrenza di altri concorrenti sul mercato".

11. Trib. Milano, 16 luglio 2001, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2001, 968.

12. Deve segnalarsi in dottrina la tesi di P. Fabris, Il patto di non concorrenza, Milano, 1976, 101-102 secondo cui in un'ottica di piena attuazione del diritto costituzionale al lavoro "l'attività inibita dal patto deve essere quella stessa che costituiva l'oggetto della prestazione di lavoro".

13. Primo orientamento in cui la giurisprudenza tendeva a ritenere nullo un patto di non concorrenza la cui estensione territoriale ricomprendesse

Durata

L'unico limite esplicitamente fissato dalla legge è quello temporale. L'art. 2125 c.c. prevede in tal senso che la durata del vincolo non può eccedere i cinque anni nell'ambito dei rapporti di lavoro dirigenziali ed i tre anni con riferimento alle altre categorie di lavoratori.

Con riferimento a tale ipotesi la legge prevede anche una specifica disciplina delle conseguenze scaturite dal superamento dei limiti di legge, stabilendo che la violazione non porta alla nullità ma ad un'automatizzata riduzione ai termini di legge.

Corrispettivo e modalità di corresponsione

Il corrispettivo si pone in una relazione di sinallagmaticità con l'obbligo di *non facere* del lavoratore, di cui costituisce controprestazione. *Ratio* di tale previsione è quella di compensare il sacrificio imposto al lavoratore in virtù delle limitazioni apportate alle sue possibilità di ricollocamento lavorativo, delle spese a cui andrà incontro per investire in formazione oppure cambiare luogo di lavoro.

Il corrispettivo non deve necessariamente assumere carattere pecuniario dovendo comunque tradursi in un vantaggio economicamente apprezzabile per il lavoratore, quale ad esempio la stipulazione di un vitalizio^[14], la remissione di un debito^[15] o l'attribuzione del diritto a permanere in un appartamento^[16].

Stante il rilievo costituzionale del diritto al lavoro, nessun corrispettivo per quanto elevato può rendere valida la rinuncia del lavoratore a qualsivoglia possi-

bilità di reimpiego^[17] ed anche per tale ragione l'apprezzamento della sua adeguatezza non può effettuarsi utilizzando quali parametri l'art. 36 Cost. e le norme in materia di retribuzione.

L'art. 2125 c.c. non fissa alcun criterio di parametrizzazione lasciando libere le parti di fissarne il *quantum* ed il *quomodo* del versamento. Il corrispettivo deve avere comunque due caratteristiche fondamentali:

- i) essere determinato o determinabile;
- ii) essere adeguato e tale da compensare in misura proporzionale i limiti posti alla libertà del lavoratore di ricollocarsi sul mercato.

Alla luce delle premesse sopra formulate risulta scontata la nullità di un patto di non concorrenza privo di corrispettivo, mentre risulta senz'altro più complessa e articolata sia la valutazione in concreto della congruità del corrispettivo sia l'individuazione delle conseguenze dell'eventuale inadeguatezza.

La valutazione di congruità è compiuta dalla giurisprudenza attraverso l'apprezzamento dei concreti limiti apposti alle possibilità riallocative del lavoratore in un rapporto di diretta proporzionalità alla retribuzione annua lorda percepita dal medesimo. Più ampia sarà l'estensione oggettiva, territoriale e temporale del patto, più elevata dovrà essere la percentuale di retribuzione da riconoscere a titolo di corrispettivo al fine di integrare compiutamente il requisito dell'adeguatezza^[18].

L'orientamento giurisprudenziale più risalente^[19] aveva ritenuto che, a tutela di un possibile

l'intero territorio nazionale: Cass, 24 agosto 1990, n. 8641. Sviluppo successivo della giurisprudenza in cui si è affermato che "appare chiaro che nella odierna dimensione globalizzata dell'economia [...] un patto di non concorrenza non possa quasi mai utilmente limitarsi al territorio nazionale, ma debba investire almeno la dimensione europea" (Trib. Milano, 3 maggio 2005; nello stesso senso anche Trib. Milano, 16 luglio 2013, n. 2533); Cass., 10 settembre 2003, n. 13282.

14. C. App. Milano, 14 aprile 1950, in *Foro pad.*, 1951, I, p.386; Trib. Ancona, 21 marzo 2019, n. 558.

15. Cass. 30 luglio 1987, n. 6618.

16. Trib. Torino, 19 febbraio 1964, p. 412.

17. Cass. 26 novembre 1994, n. 10062; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691.

18. Secondo costante orientamento "il corrispettivo da riconoscere per l'assunzione dell'obbligo di non concorrenza non deve essere simbolico o manifestamente iniquo o sproporzionato, bensì deve essere "congruo" in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e alla riduzione delle sue possibilità di guadagno" (Trib. Roma, 13 ottobre 2021, n. 8274; Cass., 14 maggio 1998, n. 4891; Cass. 1° marzo 2021, n. 5540).

In merito alla concreta percentuale della RAL ai fini del soddisfacimento del requisito di adeguatezza, l'orientamento del Tribunale di Milano ritiene generalmente congruo un corrispettivo che oscilla tra il 15% e il 35% (Trib. Milano, 18 giugno 2001; Trib. Milano, 05 giugno 2003; Trib. Milano, 22 ottobre 2003, Trib. Milano, 04 marzo 2009). Non mancano tuttavia ipotesi particolari: lo stesso giudice milanese ha ritenuto congruo un corrispettivo pari al 40 % della retribuzione (Trib. Milano, 25 marzo 2011).

19. Cass. 21 aprile 1966, n. 1027.

equilibrio nell'ambito delle prestazioni contrattuali, il lavoratore avrebbe potuto azionare i comuni rimedi impugnatori civilistici (risoluzione per eccessiva onerosità e rescissione a causa di lesione). La più recente giurisprudenza, preso atto delle critiche formulate in dottrina all'inadeguatezza di tali rimedi impugnatori, ha osservato come la necessaria congruità sia implicita nella formulazione dell'art. 2125 c.c. e risponda alla stessa *ratio* che impone limiti di oggetto, tempo e luogo: la sua mancanza comporta quindi necessariamente la nullità del patto^[20].

Quanto alle modalità di pagamento il corrispettivo può essere versato periodicamente oppure in un'unica soluzione; con riferimento invece al tempo del pagamento è ipotizzabile fissarlo sia in corso di rapporto sia alla cessazione del medesimo. Modalità e tempi di pagamento possono liberamente combinarsi fra loro nel senso che il pagamento rateale è ipotizzabile sia allorché il corrispettivo venga versato in corso di rapporto (tipicamente, unitamente alla retribuzione mensile di riferimento) sia quando si preveda un versamento alla cessazione del rapporto (la periodizzazione dei versamenti lungo l'arco temporale di durata del patto rende più efficace il controllo sul corretto adempimento dell'obbligo di *non facere* da parte del lavoratore). Allo stesso modo il pagamento in soluzione unica è ipotizzabile sia in corso di rapporto (tipicamente, al momento di stipulazione del patto) sia alla cessazione del medesimo.

Parte della giurisprudenza ha evidenziato profili di criticità con riferimento ai patti che prevedano il riconoscimento di importi periodici erogati nel corso del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. L'indeterminatezza del rapporto di lavoro com-

porterebbe secondo tale orientamento l'indeterminabilità del corrispettivo del patto determinandone conseguentemente la nullità^[21]. Secondo la maggioritaria giurisprudenza di merito e di legittimità non si può desumere la nullità del patto dalle modalità di erogazione del compenso poiché tale ragione di invalidità non è prevista dall'art. 2125 c.c. Allorché si preveda tale modalità di corresponsione è consigliabile tuttavia prevedere meccanismi anticipati di definizione del corrispettivo del patto e sistemi di conguaglio che divengano operativi nelle ipotesi in cui il rapporto cessi anticipatamente rispetto alle previsioni.

Quanto alla normativa fiscale^[22] i compensi erogati in un'unica soluzione al momento della cessazione del rapporto sono soggetti a tassazione separata; nel caso di corresponsione in un'unica soluzione nel corso del rapporto di lavoro si applicherà l'aliquota del t.f.r. maturato fino al momento dell'erogazione, con successiva tassazione definitiva a conguaglio all'atto della cessazione del rapporto; nel caso invece di corresponsione periodica in corso di rapporto si applicherà l'aliquota minima a fini IRPEF salvo conguaglio all'atto della cessazione del rapporto.

Con riferimento, invece, alla normativa contributiva deve evidenziarsi come l'erogazione in corso di rapporto renda necessaria l'applicazione di contribuzione sociale, mentre in caso di erogazione successiva alla cessazione del rapporto non dovrebbe esserci assoggettamento a contribuzione^[23].

Clausole aggiuntive al patto di non concorrenza: patto d'opzione e facoltà di recesso unilaterale

A seguito della stipulazione del patto di non concorrenza possono sopravvenire circostanze che rendo-

20. Cass., 26 novembre 1994, n. 10062; Cass., 14 maggio 1998, n. 4891; Cass., 4 aprile 2006, n. 7835; Cass., 26 maggio 2020, n. 9790.

21. Secondo l'orientamento del Tribunale di Milano la circostanza che la durata del patto di non concorrenza sia correlata al rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fa sì che sussista, in concreto, la mancata specificazione del limite temporale; pertanto, in assenza di una compiuta specificazione della durata del patto, risulta a priori impedito qualsivoglia sindacato circa l'astratta adeguatezza del corrispettivo (Trib. Milano, 29 settembre 2010, n. 3891; Trib. Milano, 25 marzo 2011; Trib. Milano, 19 aprile 2013, n. 1629; Trib. Milano, 14 aprile 2016, n. 1131; Trib. Milano, 26 maggio 2021, n. 1189).

22. A. Boscati, *op. cit.*, 206; si veda anche C. Pagliero, *Il patto di non concorrenza*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991, 2038.

23. Si veda A. Boscati, *ibidem*. Deve segnalarsi tuttavia Cass. 15 luglio 2009, n. 16489 (in *D&L* 2009 con interessante nota di R. Scorcelli, "Sul trattamento contributivo del corrispettivo del patto di non concorrenza erogato dopo la cessazione del rapporto di lavoro", 991) che afferma come " Ai sensi dell'art. 12 L. 12/4/69 n. 153 - secondo cui rientra nella base imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali e assistenziali tutto ciò che il lavoratore riceve in dipendenza o in occasione del rapporto di lavoro - costituisce retribuzione imponibile il corrispettivo del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c., anche se pagato dal datore di lavoro successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro, in quanto emolumento erogato in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato - ancorché per un'obbligazione di non facere da adempiere nel tempo successivo alla sua cessazione - e in funzione di compenso a fronte delle limitazioni per tale tempo convenute. Tale principio è stato di recente richiamato dalla Corte d'Appello di Milano, 13 settembre 2022, n. 712.

no inutile o non più di comune interesse l'effettiva esecuzione del patto stesso: si pensi al caso in cui l'impresa esca dal settore produttivo con riferimento al quale il patto è stato concepito (ed in relazione al quale il dipendente ha maturato le maggiori competenze), al caso in cui il rapporto cessi per pensionamento del dipendente oppure al caso nel quale il dipendente decida di cambiare completamente settore.

Qualora la mancanza di interesse sia comune, le parti possono sempre liberamente estinguere o modificare il patto.

Molto più delicata è l'ipotesi (ampiamente riscontrabile nella prassi) nella quale nell'ambito dei patti di non concorrenza una sola parte (normalmente il datore di lavoro) si riserva la possibilità di liberarsi unilateralmente dal patto in virtù di una sua sopravvenuta e unilaterale mancanza di interesse alla permanenza del vincolo.

Tale interesse viene perseguito attraverso la predisposizione di patti d'opzione (attraverso la quale l'imprenditore si riserva il diritto di stipulare un patto che non lo vincola sino alla sua adesione) e clausole di recesso unilaterale (attraverso le quali l'imprenditore si riserva il diritto di risolvere un patto di non concorrenza già stipulato).

Patto d'opzione

Per effetto del patto di opzione stipulato ai sensi dell'art. 1331 c.c. il lavoratore rimane comunque vincolato con riferimento agli impegni di non concorrenza, mentre il datore di lavoro si riserva, di norma entro un termine prestabilito, la facoltà di accettare o meno il contenuto dell'obbligo assunto dal lavoratore.

Sembrano evidenti già *prima facie* i profili di possibile contrasto fra tale tipo di patto e la *ratio* dell'art. 2125 c.c., che vuole porre stringenti limiti ai patti di non concorrenza in un'ottica di tutela del diritto al lavoro, e ciò anche attraverso l'imposizione di una seria

e preventiva informazione del lavoratore circa le sue possibilità di ricercare legittimamente nuove opportunità lavorative e circa l'importo del corrispettivo previsto a fronte dell'assunzione dell'obbligo di *non facere* (obiettivo destinato ad essere evidentemente frustrato ove la realizzazione degli obblighi facenti capo al datore di lavoro venga rimessa alla pura discrezionalità di quest'ultimo).

In altre parole, in pendenza di rapporto e in una situazione di totale incertezza, potrebbero verificarsi situazioni di potenziale tensione massima con i beni tutelati dall'art. 2125 c.c. ed in particolare: *i*) in ipotesi di dimissioni del lavoratore che abbia accettato la proposta di un concorrente per poi scoprire che il datore intende avvalersi del patto; *ii*) in ipotesi di licenziamento comunicato dal datore che non intenda avvalersi del patto di non concorrenza (magari in un contesto nel quale il lavoratore abbia rifiutato altre possibilità lavorative da parte di concorrenti).

Deve segnalarsi come sulla legittimità del patto di opzione si siano registrati diversi orientamenti sia in giurisprudenza che in dottrina.

Un primo orientamento, manifestato prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità, ha affermato la perfetta compatibilità fra la disciplina del patto di non concorrenza *ex art. 2125 c.c.* e il patto di opzione *ex art. 1331 c.c.*, ferma restando la sola necessità di redigere anche il contratto d'opzione in forma scritta^[24].

Altro orientamento, sostenuto soprattutto in dottrina e nella giurisprudenza di merito, ha ritenuto come la presenza stessa del patto di opzione invalidi il patto di non concorrenza, privando di certezza ed effettività il dovere del datore di lavoro di corrispondere un compenso^[15].

Un preferibile orientamento intermedio ha ritenuto come l'opzione possa ritenersi legittima solo ove sia previsto per il datore di lavoro un termine certo entro il quale poterla esercitare^[26].

24. Si veda in particolare Cass. 24 marzo 1980, n. 1968 che osserva come lungi dal voler raggiungere fini diversi da quelli consentiti dalla fattispecie di cui all'art. 2125 c.c., le parti "hanno inteso, di comune accordo, di dar vita ad un patto di non concorrenza con la successiva manifestazione di volontà di una delle parti secondo gli interessi valutabili dalla stessa al momento della cessazione del rapporto di lavoro"; nonché Trib. Milano, 8 luglio 1974, purché sia previsto un termine all'opzione che scada anteriormente alla cessazione del rapporto di lavoro.

25. Si veda in dottrina A. Russo "Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici", Milano, 2004, 161 ed in giurisprudenza Pret. Bologna 28 febbraio 1985, in Lav. 80, 1985, 873.

26. Secondo un orientamento dei giudici di legittimità, l'opzione determina la nascita, in capo all'opzionario, di un diritto che, solo se esercitato, conclude automaticamente il contratto. Si tratta, quindi, di un diritto potestativo, poiché ad esso corrisponde, dal lato passivo, una posizione di soggezione, dato che, ad esclusiva iniziativa dell'opzionario, il concedente può subire la conclusione del contratto finale. Lo schema di perfezionamento

Facoltà di recesso unilaterale da parte del datore di lavoro

Nella prassi contrattuale risultano a volte inserite clausole che prevedono la facoltà di recesso unilaterale esercitabile dal datore di lavoro con liberazione dagli obblighi assunti, ai sensi dell'art. 1373 c.c.

In un primo momento la giurisprudenza di legittimità, limitandosi ad una mera applicazione dei generali principi civilistici sanciti dall'art. 1373 c.c., aveva stabilito la piena legittimità di tali clausole^[27].

Sulla scorta di molteplici rilievi critici (riassumibili nel sostanziale aggiramento, attraverso la clausola, del regime di tutela della parte debole fissato dall'art. 2125 c.c.) formulati sia dalla giurisprudenza di merito^[28] che dalla dottrina, l'orientamento prevalente è fortemente critico nei confronti di tali clausole, ritenendole al più legittime solo allorché la facoltà di recesso unilaterale venga esercitata entro un termine certo e in ogni caso entro la fine del rapporto di lavoro. Il lavoratore conoscerebbe infatti preventivamente la portata degli obblighi al medesimo facenti capo, mentre in ipotesi di facoltà di recesso *“riconquisterebbe la libertà al lavoro, di cui aveva accettato la compressione dietro pagamento di corrispettivo”*^[29].

L'apposizione di tali clausole deve essere valutata con particolare attenzione e spirito critico anche alla luce della posizione ancor più radicale espressa recentemente dalla giurisprudenza di legittimità. Secondo Cass. 3 giugno 2020, n. 10536 *“ove in un contratto di lavoro sia presente un patto di non concorrenza per il tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, la clausola che prevede la risoluzione del patto di non concorrenza rimessa all'arbitrio del datore di lavoro è nulla per contrasto con norme imperative, atteso che, a norma dell'art. 2125 c.c., il patto di non concor-*

renza post-contrattuale deve contemplare l'obbligo di un corrispettivo da parte del datore di lavoro, pertanto, se si consente a quest'ultimo la facoltà di recesso per volontà unilaterale dal patto di non concorrenza, si finisce di fatto per riconoscergli il potere di liberarsi dall'obbligo di pagamento del corrispettivo”.

Clausola penale

Nella costruzione dei patti di non concorrenza è piuttosto frequente l'introduzione di una clausola penale ex art. 1382 c.c., con la quale si stabilisce che in caso di inadempimento il lavoratore è tenuto al risarcimento del danno. Clausole penali vengono previste anche a fronte di inadempimenti degli obblighi di comunicazione funzionali a consentire al datore di lavoro di monitorare l'esatto adempimento del patto da parte del lavoratore (si prevedono molto spesso comunicazioni periodiche che il lavoratore è tenuto a fornire al proprio datore di lavoro in relazione alla sua situazione occupazionale).

La clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno all'importo pattuito, se non è stata prevista la risarcibilità del danno ulteriore, ed è dovuta indipendentemente dalla prova del danno (per il datore di lavoro sarà sufficiente infatti limitarsi a dimostrare l'avvenuta violazione del patto).

La clausola penale ha dunque funzione sanzionatoria e risarcitoria (nelle ipotesi in cui sia prevista la risarcibilità del danno ulteriore la clausola penale ha funzione meramente anticipatoria del danno)^[30].

L'art. 1383 c.c. precisa poi che *“il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo”*.

L'interpretazione meramente letterale della norma

non è quello della proposta-accettazione, ma quello del contratto preparatorio di opzione, seguito dall'esercizio del suddetto diritto, mediante una dichiarazione unilaterale recettizia entro un termine fissato nel contratto stesso o, in mancanza, dal giudice. E, dunque, scaduto tale termine, l'opzione viene meno, trattandosi di un termine di efficacia di un contratto e non di irrevocabilità della proposta (Cass., 26 ottobre 2017, n. 25462; Corte d'Appello Milano, 02 settembre 2019, n. 908; Trib. Milano, 30 maggio 2007).

In dottrina si veda A. Boscati, *op. cit.*, p. 166, il quale osserva come in funzione riequilibratrice del sacrificio imposto al lavoratore con l'opzione, sia preferibile prevedere un corrispettivo.

27. Cass. 10 aprile 1978, n. 1686.

28. Si veda Corte App. Milano, 12 aprile 2001, in Guida al Lavoro, 2001, n. 40, 28; Trib. Milano, 30 maggio 2007.

29. A. Boscati, *op. cit.*, p. 170. Per la totale illegittimità di tali clausole si veda S. Bartalotta, *Patto di non concorrenza e facoltà unilaterale di recesso da parte del datore di lavoro*, in Riv. It. Dir. lav., 2004, 1036.

30. Si veda sul punto Cass. 13 luglio 1996, n. 6356 ove si puntualizza che *“è infatti affatto pacifico che quando sia pattuito il danno ulteriore, la penale non costituisce una sanzione che si aggiunge al risarcimento ma ha solo funzione di assolvere il creditore dall'onere della prova dei danni che con essa sono stati anticipatamente liquidati”*. Principio confermato più di recente da Cass., 22 giugno 2016, n. 12956.

potrebbe indurre a ritenere che, una volta pagata la penale, il lavoratore sia libero dal patto e possa dunque agire al di fuori del vincolo previsto.

La giurisprudenza ha opportunamente puntualizzato che “nelle obbligazioni di durata assistite da una clausola penale il divieto di cumulo fra la presentazione principale e la penale previsto dall’art. 1383 c.c. riguarda le sole prestazioni già maturate e inadempite e non quelle non ancora maturate e per le quali permane l’obbligo dell’adempimento, poiché in caso contrario sarebbe consentito al debitore di sottrarsi alla obbligazione attraverso il proprio inadempimento. Pertanto in caso di violazione del patto di non concorrenza, come ogni obbligazione di non fare per un determinato periodo, il creditore in cui favore sia stata prevista la clausola penale può pretendere, in relazione agli inadempimenti già maturati, l’esecuzione forzata dell’obbligo di non fare ex art. 2933 c.c., qualora ne ricorrano gli estremi, ovvero in alternativa il pagamento della penale, conservando peraltro il diritto al comportamento omissivo da parte del debitore sino alla scadenza del termine pattuito, con la conseguenza che in caso di ulteriore violazione può di nuovo pretendere, sempre alternativamente, l’esecuzione in forma specifica o il pagamento della penale”³¹.

Nella fissazione della penale le parti normalmente contemperano vari fattori quali l’interesse del datore di lavoro, l’ampiezza e la natura delle limitazioni imposte al lavoratore, l’entità del corrispettivo riconosciuto, l’efficacia deterrente di possibili inadempimenti; deve segnalarsi tuttavia che in ragione dell’art. 1384 c.c. “la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”.

Il fondamento di tale potere è ravvisabile nell’esigenza di ristabilire l’equilibrio contrattuale e la valutazione che il giudice deve fare in concreto deve esse-

re parametrata non sulla prestazione astrattamente considerata ma “sull’interesse che la parte secondo le circostanze ha all’adempimento della prestazione cui ha diritto, tenendosi conto delle ripercussioni dell’inadempimento sull’equilibrio delle prestazioni e della sua effettiva incidenza sulla situazione contrattuale concreta”³².

Secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente la penale è riducibile d’ufficio dal giudice anche in mancanza di una specifica istanza da parte del debitore³³.

Tutele azionabili in caso di inadempimento

Dalla violazione del patto di non concorrenza da parte del prestatore di lavoro conseguirebbe il diritto del datore di lavoro all’ottenimento di una pronuncia di risoluzione del patto di non concorrenza, con conseguente diritto all’esonero dal pagamento dell’emolumento dovuto a titolo di patto di non concorrenza o accertamento del diritto alla restituzione dell’emolumento eventualmente già pagato a tale titolo, oltre al risarcimento dei danni. È evidente tuttavia che tale tipo di azione non è sufficiente a tutelare concretamente l’interesse datoriale³⁴ (il prestatore recupererebbe piena libertà di svolgere attività concorrenziale con uno stravolgimento degli obiettivi perseguiti attraverso la stipulazione del patto). Peraltro nella realtà il rimedio risarcitorio perderebbe significato non solo in termini risarcitori, ma anche in termini di persuasione del lavoratore a restare in azienda (poiché non è infrequente l’ipotesi in cui il nuovo datore di lavoro sia disposto a farsi carico del risarcimento dovuto dal dipendente).

L’eventuale azione del datore ex art. 1453 c.c. sarà quindi prevalentemente volta ad ottenere l’esatto adempimento del patto di non concorrenza. Poiché i tempi di svolgimento di un giudizio ordinario potrebbero rivelarsi in pratica incompatibili con un’effettiva ed efficace tutela del diritto del datore di lavoro

31. Cass. 21 giugno 1995, n. 6976; Cass., 15 febbraio 2005, n. 2976.

32. Cass. 4 aprile 2006, n. 7835; Cass., 9 maggio 2007, n. 10626

33. Si veda Cass. 4/11/2021, n.31835 secondo cui “Il potere di riduzione equitativa della clausola penale ex articolo 1384 c.c., in quanto volto a tutelare l’interesse generale dell’ordinamento di assicurare l’equilibrio contrattuale, può essere esercitato d’ufficio, anche qualora le parti abbiano convenuto la irriducibilità o segnatamente l’esclusione dell’applicabilità dell’articolo 1526 c.c., fermi restando gli oneri di allegazione e prova, incumbenti sulla parte, in ordine alle circostanze rilevanti per la relativa valutazione e, pur rientrando nella discrezionalità del giudice di merito, conserva un margine di sindacabilità in sede di legittimità, se non altro negli aspetti relativi alla motivazione”.

34. Si veda in dottrina A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Milano, 2004, 191 ss.

ro potrà valutarsi l'esperibilità di un procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., purché sussistano i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, vale a dire il pericolo imminente e irreparabile. Il requisito della strumentalità ad assicurare l'effettività della futura decisione di merito sarà intuitivamente soddisfatto poiché il datore di lavoro formulerà nel merito domanda volta ad ottenere l'esatto adempimento del patto.

Il *fumus boni iuris* può essere argomentato allegando e provando la presenza di un patto valido e la circostanza dell'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro con un imprenditore concorrente.

Più complessa è la prova del *periculum in mora*. Infatti, se secondo un primo orientamento il *periculum in mora* sussiste *in re ipsa* allorché emerga la violazione del patto ritenendosi sufficiente la prova di un pericolo potenziale^[35], altro più rigoroso orientamento richiede la dimostrazione di un danno effettivo^[36] consistente nella perdita di competitività dell'impresa.

L'ottenimento di tale provvedimento è molto effi-

cace anche perché l'eventuale violazione del medesimo porta a configurare un'ipotesi di reato ex art. 388 c.p., "*mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*" (fattispecie invocabile anche nei confronti del nuovo datore di lavoro che, reso edotto del contenuto del provvedimento inibitorio, utilizzi il lavoratore in violazione dell'ordine emanato dall'autorità giudiziaria).

Patti di non concorrenza e concorrenza sleale

Senza potersi addentrare in questa sede nella puntuale disamina della fattispecie della concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. e limitandosi a contemplare l'ipotesi in cui la concorrenza sleale venga realizzata dall'imprenditore concorrente attraverso la figura dello storno di dipendenti, vale la pena osservare come la sussistenza di patti di non concorrenza con risorse chiave e la contemporanea assunzione delle medesime da parte di un imprenditore concorrente possa rappresentare elemento particolarmente utile per dimostrare l'*animus nocendi* e rafforzare la richiesta di tutela inibitoria ex art. 2599 c.c. ●

35. Cfr *ex plurimis*, Trib. Milano, ord. 17 dicembre 2001, in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 2002, 497; Trib. Bologna, ord. 29 gennaio 2002, in *Lav. giur.*, 2003, 1153; Trib. Lecce, ord. 16 novembre 2001, in *orient. Giur. Lav.*, 2002, 110.

36. Cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2002 in *onelegale.wolterkluvers.it.*; Trib. Milano, 16 luglio 2001 e Trib. Udine 11 giugno 2018 in *pluriscedam.tetegiuridica.it.*