

Avviamento aziendale e portafoglio clienti

La valutazione del portafoglio clienti: avviamento e concorrenza sleale

di Roberto Moro Visconti

Il portafoglio clienti costituisce un *asset* rilevante per ciascuna azienda e, se acquisito a titolo oneroso, è di norma rappresentato all'interno della voce avviamento. Accanto alle tradizionali metodologie di valutazione delle aziende (metodo misto con stima autonoma dell'avviamento), ve ne sono di specifiche (*Customer Lifetime Value*, opzioni reali o criterio equitativo del MOL). La *customer equity* (patrimonio di clientela) rappresenta il valore economico delle relazioni con i clienti, in un'ottica di patrimonializzazione del valore del portafoglio clientela, che assume rilievo nell'ambito di atti di concorrenza sleale volti alla sottrazione/sviamento/storno di clientela.

Il portafoglio clienti

Il parco o portafoglio clienti costituisce un *asset* fondamentale per ogni azienda e rappresenta l'insieme dei suoi clienti e delle conoscenze correlate che ne conseguono.

Il portafoglio clienti è strettamente correlato con il concetto di avviamento, inteso comunemente come la capacità di un'azienda di generare un *extra*-profitto (nuova ricchezza incrementale), cioè l'attitudine concreta a produrre guadagni superiori rispetto alla media del settore di riferimento (1).

Il portafoglio clienti non è autonomamente contabilizzato in bilancio e non esiste una apposita voce dello stato patrimoniale che lo rappresenta. Se acquisito a titolo oneroso, è di norma rappresentato all'interno della voce avviamento.

L'acquisizione di un portafoglio clienti è di norma soggetta a *due diligence* e può prevedere forme di pagamento rateizzate, anche basate su *earn-out*. Non infrequenti sono le fattispecie di vendita del portafoglio clienti poi associate ad un tasso di fedeltà e continuità a beneficio dell'acquirente più limitato rispetto a quanto ipotizzato. Ciò si verifica

soprattutto in caso di utenti altamente fidelizzati e legati all'alienante da un *intuitus personae* fiduciario di lungo corso, che può pregiudicare il tasso di *retention* in capo all'acquirente.

Il portafoglio clienti è riferito in senso lato ad aziende industriali, commerciali, di servizi, bancarie e finanziarie (2), etc., ma anche a studi professionali (3).

Il portafoglio clienti rappresenta inoltre un *asset* strategico per il management, sia al fine di monitorare l'andamento aziendale, sia in termini di *marketing* personalizzato.

A tal fine, il portafoglio clienti può essere segmentato e strutturato per:

- canale di vendita (consumer, industria, altro);
- tipologia di cliente (B2B o B2C);
- modalità di fornitura;
- tipologia di mercato di sbocco (grossisti o dettaglianti, distributori o *dealers* oppure clienti che operano sul mercato domestico o clienti esteri).

Ciò anche al fine di effettuare analisi strategiche in termini di:

- *trend* delle vendite (che rileva anche ai fini della stima del lucro cessante, in caso di contenzioso);

(1) Per approfondimenti, si veda in dottrina R. Moro Visconti, *La valutazione economica dell'avviamento*, in questa *Rivista*, 2009, 5, 470 e bibliografia ivi citata.

(2) Si pensi, in questo ambito, al valore delle masse patrimoniali gestite (*Assets Under Management - AuM*) che sono frequentemente oggetto di intermediazione ma anche di sviamento.

(3) È lecitamente e validamente stipulato il contratto di trasferimento a titolo oneroso di uno studio professionale, comprensivo non solo di elementi materiali e arredi, ma anche della clientela... Corte di cassazione (9 febbraio 2010, n. 2860, sent.).

- margine di contribuzione;
- giorni di incasso;
- livello di servizio;
- confronto con il *budget* (4);
- confronto con l'esercizio precedente (comparazioni di bilancio *ex artt.* 2424 e 2425 c.c.).

Portafoglio clienti e avviamento

Il portafoglio clienti è ricompreso nel più ampio concetto di avviamento e può avere, nell'ambito di un portafoglio sinergico di risorse immateriali, correlazioni con altri intangibili, anzitutto i marchi e, talora, i brevetti e il *know-how*, se le vendite (e i corrispondenti clienti, più o meno fidelizzati) sono legate ad un plusvalore di *marketing* e tecnologico.

L'avviamento è rappresentato da un insieme tipicamente indistinto di condizioni immateriali (l'immagine e il prestigio aziendale, la clientela, l'organizzazione, il *management*, la qualità dei prodotti, la rete commerciale ...) che esprimono, qualificandola, la capacità competitiva dell'impresa sul mercato (5).

Secondo il nuovo principio contabile OIC 24 ("Immobilizzazioni immateriali") (6), par. 10., l'avviamento rappresenta "l'attitudine di un'azienda a produrre utili che derivino o da fattori specifici che, pur concorrendo positivamente alla produzione del reddito ed essendosi formati nel tempo in modo oneroso, non hanno un valore autonomo, ovvero da incrementi di valore che il complesso dei beni aziendali acquisisce rispetto alla somma dei valori dei singoli beni, in virtù dell'organizzazione delle risorse in un sistema efficiente" (7).

La nozione giuridica dell'avviamento è strettamente legata con quella di azienda, anche se nelle norme che disciplinano l'azienda (artt. 2555 ss. c.c.) non si trova alcun espresso riferimento ad esso. Il coordinamento funzionale dei beni aziendali (mobili e immobili, fungibili e infungibili, materiali e immateriali), civilisticamente definito dall'art. 2555 c.c. come "complesso di beni organizzati", auspicabilmente determina un aumento di valore dei beni medesimi, presi nel loro insieme, rispetto all'utilità che avrebbero se presi singolarmente (l'insieme sinergico vale più delle singole parti).

Le condizioni per l'iscrizione in bilancio dell'avviamento sono illustrate nei parr. 54-58 del citato principio OIC 24 (8).

Ai fini della sua iscrizione e del suo trattamento contabile, l'avviamento rappresenta solo la parte di corrispettivo riconosciuta a titolo oneroso, non attribuibile ai singoli elementi patrimoniali acquisiti di un'azienda ma piuttosto riconducibile al suo valore intrinseco, che in generale può essere posto in relazione a motivazioni quali il miglioramento del posizionamento dell'impresa sul mercato, l'extra-reddito generato da prodotti innovativi o di ampia richiesta, la creazione di valore attraverso sinergie produttive o commerciali ... (par. 54.).

L'avviamento è iscritto tra le immobilizzazioni immateriali se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni (par. 55.):

- è acquisito a titolo oneroso (cioè deriva dall'acquisizione di un ramo d'azienda oppure da un'operazione di conferimento, di fusione o di scissione);
- ha un valore quantificabile, in quanto incluso nel corrispettivo pagato;
- è costituito all'origine da oneri e costi ad utilità differita nel tempo, che garantiscono benefici economici futuri;
- è soddisfatto il principio della recuperabilità del relativo costo (e quindi non si è in presenza di un cattivo affare).

L'avviamento generato internamente non può pertanto essere capitalizzato tra le immobilizzazioni immateriali (par. 56.) e ciò vale anche per il portafoglio clienti che si forma progressivamente nell'ambito dell'azienda.

L'avviamento non è suscettibile di vita propria indipendente e separata dal complesso aziendale cui si riferisce e non può essere considerato come un bene immateriale a sé stante, oggetto di diritti e rapporti autonomi, rappresentando una qualità intrinseca dell'azienda (par. 57.). La cessione di un ramo d'azienda comprensivo del portafoglio clienti è peraltro da ritenersi in linea di principio ammissibile, pur dovendo essere valutata con cautela, considerando anzitutto l'omogeneità del ramo e gli impatti sulla società cedente e cessionaria post operazione.

Il valore dell'avviamento si determina per differenza fra il prezzo complessivo sostenuto per l'acquisizione

(4) E con i piani strategici, industriali e finanziari, anche ai sensi dell'art. 2381, comma 3, c.c.

(5) Si veda E. Cinque, *Avviamento e goodwill. Natura economica e determinazioni di valore*, Roma, 2005.

(6) Cfr. <http://www.fondazioneoic.eu/wp-content/uploads/downloads/2016/12/2016-12-OIC-24-Immobilizzazioni-immateriali.pdf>.

(7) Secondo il principio contabile internazionale IFRS 3 sulle *business combinations*, per "avviamento" si intendono "i futuri benefici economici derivanti dagli assets che non è possibile identificare individualmente e iscrivere separatamente".

(8) Si veda anche A. Sura, *La rilevazione dell'avviamento nei bilanci redatti secondo le regole del codice civile*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2013, 1, 115.

dell'azienda (o il valore di conferimento o il costo di acquisizione della società incorporata o fusa, o del patrimonio trasferito dalla società scissa alla società beneficiaria) ed il valore corrente attribuito agli altri elementi patrimoniali attivi e passivi che vengono trasferiti (par. 58.).

Fiscalmente, ai sensi dell'art. 103, comma 3, T.U.I.R. (d.P.R. n. 917/1986) il valore dell'avviamento iscritto nell'attivo del bilancio è deducibile in misura non superiore a 1/18 dello stesso. L'orizzonte temporale della deducibilità fiscale, assai penalizzante per le imprese, non coincide tipicamente con quello civilistico (9) e comporta spesso problemi di disallineamento.

L'iscrizione in bilancio rappresenta la condizione necessaria affinché si possa procedere all'ammortamento dell'avviamento anche sotto il profilo fiscale. L'iscrizione in bilancio dell'avviamento, da un punto di vista fiscale, segue in linea generale le medesime regole previste dai principi contabili nazionali, con la conseguenza che l'avviamento può essere capitalizzato solamente in caso di acquisto a titolo oneroso di un'azienda e qualora esso abbia un valore quantificabile e un'utilità differita nel tempo (Ris. Min. n. 154/E del 15 dicembre 2004) (10).

Marketing personalizzato, social networks e valore della clientela

Il *marketing* personalizzato rappresenta un'innovazione delle esperienze di *mass market* uniformato e indifferenziato, fondandosi su una segmentazione sempre più mirata delle preferenze dei consumatori (11), anche attraverso un utilizzo dei loro dati personali, per creare nuove opportunità di *business* derivanti dall'incrocio di offerte di beni e servizi sempre più personalizzati con una domanda sempre più sofisticata (12).

Basandosi sulla cronologia e sulla geolocalizzazione (non sempre consapevole) delle attività dell'utente,

delle sue preferenze e delle sue interazioni con i vari *brand*, si ha la possibilità di proporre dei messaggi promozionali coerenti e personalizzati, ritagliati su misura per ogni consumatore (13).

I *social network* consentono di trarre guadagno principalmente dalla fornitura a terzi delle informazioni degli utenti, che alimentano gratuitamente la base di conoscenza, in secondo luogo dalla pubblicità mirata che le aziende indirizzano agli utenti in base ai siti visitati, *link* aperti, permanenza media, alle informazioni da loro stessi inserite.

I modelli di *business* seguono nuovi paradigmi che hanno un impatto sempre più profondo sulla catena del valore (per produttori, erogatori di servizi, intermediari e consumatori), con rilevanti conseguenze anche di natura giuridica (14).

In tale prospettiva, gli strumenti digitali acquistano sempre più rilevanza non solo come "luoghi" di espressione e condivisione in rete, ma anche in quanto efficaci veicoli di informazione, sviluppo del *brand*, *marketing* e *business* (15).

I fornitori di servizi di comunicazione possono fidelizzare i consumatori focalizzandosi, principalmente, sull'esperienza generale degli stessi.

La valutazione del portafoglio clienti

Accanto alle tradizionali metodologie di valutazione delle aziende (anzitutto il metodo misto patrimoniale-reddituale con stima autonoma dell'avviamento), per la valutazione del portafoglio clienti vi sono metodologie specifiche proposte dalla dottrina (*Customer Lifetime Value* - CLV).

Con precipuo riferimento al portafoglio clienti, le metriche di valutazione dovrebbero tenere in considerazione i seguenti aspetti peculiari:

- il costo di ricostruzione / rimpiazzo;
- l'*ageing* (scadenziario) (16);
- l'EBITDA incrementale;
- i flussi di cassa addizionali.

(9) Ex art. 2426, c.c. n. 6) "l'avviamento può essere iscritto nell'attivo con il consenso, ove esistente, del collegio sindacale, se acquisito a titolo oneroso, nei limiti del costo per esso sostenuto. L'ammortamento dell'avviamento è effettuato secondo la sua vita utile; nei casi eccezionali in cui non è possibile stimarne attendibilmente la vita utile, è ammortizzato entro un periodo non superiore a dieci anni. Nella nota integrativa è fornita una spiegazione del periodo di ammortamento dell'avviamento".

(10) Cfr. http://www.finanzaefisco.it/agenziaentrare/cir_ris_2004/ris154-04.htm.

(11) Raccogliendo e processando *big data*, ad esempio con sistemi di geolocalizzazione degli spostamenti, archiviazione degli acquisti effettuati *on-line*, profilatura degli utenti che si registrano su siti o su app, etc.

(12) Cfr. M. Preti, *Monitorare i cambiamenti nel portafoglio clienti: quali vantaggi per l'azienda?* in *Amministrazione & Finanza*,

2014, 29, 5, 41-48; D. Torrì, *Marketing relazionale e portafoglio clienti*, in *Largo consumo*, 2004, 24, 7/8, 15.

(13) S. Erevelles - N. Fukawa - L. Swayne, *Big Data consumer analytics and the transformation of marketing*, in *Journal of Business Research*, 2015, 69, 2, 897-904.

(14) Si veda M. Sciarelli - M. Tani, *La social network analysis per lo studio dell'innovazione nelle reti di imprese*, in *Sinergie*, 2014, 32, 93, supplemento 17, 87-104.

(15) Per maggiori approfondimenti, si rimanda a F. Oldani, *Brand Managing e social network*, in *Mark Up*, 2017, 24, 261, 90-92.

(16) Lo scadenziario dei clienti esprime la cadenza temporale dei pagamenti che i clienti devono effettuare, legata alla durata del credito. I giorni medi di incasso incidono sull'equilibrio finanziario della società e sulla gestione del capitale circolante.

Il metodo misto patrimoniale-reddituale con stima autonoma del goodwill

La prassi professionale fa frequente affidamento sui criteri di valutazione che, mediando tra i metodi patrimoniali e reddituali, vengono definiti misti.

Fra questi, un metodo specifico per la valutazione dell'avviamento (17) è quello della capitalizzazione limitata del profitto medio, in applicazione del quale l'avviamento viene determinato dalla differenza tra il reddito medio prospettico dell'impresa e il reddito normale atteso del capitale investito in attività di pari rischio; tale differenza viene poi attualizzata per un determinato numero di anni ad un tasso d'interesse normale rispetto al tipo di investimento considerato. Il metodo in questione consente di tenere conto delle prospettive reddituali della società, che verrebbero invece trascurate nel caso di applicazione di metodi patrimoniali semplici, senza comportare le incertezze connesse all'applicazione di metodi reddituali puri.

La formula è la seguente:

$$W = K' + a_{n-i} * (R - i'K')$$

dove il valore di mercato (W) della società è determinato dalle seguenti componenti:

- K' = patrimonio netto rettificato;
- R = reddito medio normale prospettico;
- n = numero definito e limitato di anni;
- i' = tasso di capitalizzazione, espressione del rendimento degli investimenti nel settore, o in settori aventi il medesimo grado di rischio;
- i = tasso finanziario di attualizzazione del sovra-reddito, ovvero della differenza (R - i'K').

Tale metodologia consente di evidenziare l'avviamento di una società, che può essere riferito, interamente o in parte, al portafoglio clienti.

Customer equity

La *customer equity* (patrimonio di clientela) rappresenta il valore economico delle relazioni con i clienti, in un'ottica complessiva di stratificazione del valore del portafoglio clientela che viene "patrimonializzato".

I *drivers* della *customer equity* sono rappresentati dal *value equity* (valore attribuito dal cliente al bene o servizio prodotto / erogato dall'azienda), dalla *brand equity* (valore del marchio) e dalla *retention equity* (fidelizzazione al marchio anche quando comporta

un prezzo incrementale rispetto ad altri prodotti o servizi comparabili). Le determinanti della *brand equity* sono molteplici e possono essere riassunte in:

- valori di marca;
- tratti distintivi;
- riconoscibilità;
- personalità di marca;
- coerenza delle manifestazioni;
- fedeltà alla marca;
- conoscenza di marca;
- qualità percepita;
- associazioni di marca;
- altre tipicità.

Nel *marketing*, il termine "*retention*" fa generalmente riferimento all'abilità di un'impresa nel conservare i propri clienti. Il *retention rate* consiste in un indicatore di fedeltà che esprime la percentuale di clienti fedeli nel tempo. A un incremento del tasso di *retention* può corrispondere un aumento più che proporzionale del fatturato (18).

Il concetto di *retention*, come si è anticipato, è particolarmente rilevante per valutare la replicabilità delle vendite attese generate dal portafoglio clienti, considerandone le diverse caratteristiche (ammontare, periodicità, marginalità economica, etc.).

Customer Lifetime Value

I metodi tradizionali di valutazione possono essere utilmente affiancati da specifiche metodologie che interpretano e descrivono le metriche e i parametri tipici del portafoglio clienti. La complementarità tra metodi tradizionali e specifici può essere riscontrata ed utilizzata stimando parametri tradizionali (come l'EBITDA/MOL o i flussi di cassa operativi) attraverso specifiche metriche, come ad esempio i ricavi pubblicitari medi per cliente.

Alcuni autori hanno proposto dei modelli più sofisticati per la stima del valore dei clienti (*Customer Lifetime Value - CLV*), che tengono conto dei flussi anche futuri generati da ciascun cliente e del citato tasso di *retention* (fedeltà) (19).

Il CLV è definibile come il valore attuale di tutti i flussi di cassa generati da ogni singolo utente, suddividendo tutti i consumatori, presenti e futuri, in differenti gruppi.

(17) Altri metodi sono in via generale più utilizzati per la valutazione delle aziende (anzitutto quello dei flussi di cassa scontati ovvero quello basato su moltiplicatori del MOL/EBITDA), anche se non identificano, nella loro sinteticità, il valore del solo avviamento, che può essere stimato anche in un'ottica differenziale (incrementale), basata sul contributo dell'avviamento (e del portafoglio clienti) a generare extra-flussi economici o finanziari.

(18) Si veda F. Buttle *Customer Relationship Management*, Elsevier, 2009.

(19) Cfr. N. Castellano - R. Del Gobbo, *Customer Lifetime Value: valore prospettico dei clienti e strategie di mercato*, in *Controllo di gestione*, 2017, 14, 4, 14-21; M. Massari - V. Campeti - G. Gianfrate, *La valutazione dei social network: un approccio customer-based*, in *La valutazione delle aziende*, 2012, 65, 5-13.

Il calcolo del Customer Lifetime Value (CLV) è complesso, ma secondo taluni autori si può approssimare considerando il valore attuale del cliente costante anche nel futuro (20):

$$CLV = A \times S \times G$$

dove:

- A = durata, in anni, del rapporto tra cliente e azienda;
- S = spesa media di un cliente all'anno;
- G = guadagno percentuale.

I principali *drivers* del CLV sono:

- il tasso di abbandono dei clienti (*churn rate*);
- il numero medio di acquisti nell'anno;
- la frequenza degli acquisti nell'anno;
- i costi di acquisizione di un nuovo cliente;
- i costi di *marketing* per le attività di sviluppo e *retention*.

Partendo dal presupposto che un acquirente non vale per quanto ha appena comprato, ma per tutti i potenziali acquisti che potrà effettuare in futuro, il CLV permette di classificare i clienti in diverse fasce e di attuare azioni di *marketing* più mirate (21).

Il *customer retention rate* misura la percentuale di clienti fedeli (clienti in portafoglio al termine del periodo + nuovi clienti acquisiti - clienti iniziali), anche attraverso una minimizzazione del *customer defection rate*.

La valutazione con le opzioni reali

La valutazione del portafoglio clienti - e più in generale degli investimenti aleatori - comporta elevati profili di incertezza che si riflettono anche nella difficoltà di stimare i flussi di cassa (o reddituali) derivanti dal loro sfruttamento. La stima dei flussi di cassa di un investimento viene di norma effettuata *ex ante*, senza introdurre nei rigidi e predeterminati meccanismi di calcolo del Valore Attuale Netto (22) ipotesi evolutive e varianti in corso d'opera che, col senno di poi, si rivelano particolarmente frequenti. Le opzioni reali (23) consentono di inserire nel modello di stima elementi di flessibilità, incorporando in esso le reazioni del mercato, spesso così difficilmente prevedibili. Si possono così avere

opzioni di differimento, sospensione temporanea, abbandono, contrazione ovvero - in senso più ottimistico - di espansione o sviluppo, che conferiscono elasticità e adattabilità alle invenzioni brevettate, incrementandone il valore potenziale.

La capacità di prevedere e modellare eventi futuri ed incerti connessi all'effettivo ritorno economico-finanziario può essere utilmente codificata in clausole contrattuali di *earn-out* che, nelle compravendite, assicurino al venditore un prezzo addizionale, ove si verificano determinate fattispecie, particolarmente aleatorie ed incerte al momento della stipula contrattuale. Ciò consente di superare delicate situazioni di stallo, in cui il venditore non è disposto a rinunciare ad extra guadagni (nella misura in cui i meriti siano a lui riferibili) e l'acquirente a riconoscerli senza che sia accertata la presumibile verificabilità degli eventi positivi ad essi associati.

Tra *earn-out* e opzioni reali si possono stabilire utili collegamenti, codificando contrattualmente gli aspetti economici di eventi possibili ed incerti.

Le opzioni reali sono da tempo utilizzate sia nella valutazione dei brevetti (24) sia nella stima delle *internet companies* e, in particolare, dei *social networks* (25). Utilizzando le opzioni reali, i progetti di investimento vanno visti come fonte di una serie di opportunità che il *management* è in grado di cogliere al verificarsi di determinate condizioni di scenario.

Concorrenza sleale e sviamento/storno di clientela

Da un punto di vista giuridico, il portafoglio clienti assume rilievo nell'ambito di atti di concorrenza sleale volti alla sottrazione/sviamento/storno di clientela (26).

Rilevano, in tale ambito, anche le eventuali perdite di *chances* causate dallo storno della clientela.

Su tale tema, alcuni spunti interessanti possono essere tratti da una recente pronuncia di Trib. Milano 24 marzo 2016, secondo cui (27):

(20) Cfr. S. Rosset - E. Neumann - U. Eick - N. Vatnik, *Customer Lifetime Value Models for Decision Support*, Kluwer Academic Publishers, 2003. Le ipotesi probabilistiche di costanza prospettica posso utilmente essere corroborate da *business plan*.

(21) Si veda: F.F. Reichheld, *The Loyalty Effect*, Harvard Business School Press, 1996.

(22) Nella valutazione può convenientemente trovare applicazione il modello del Valore attuale Netto rettificato per il rischio. Si veda M. Amran, N. Kulatilaka, *Real Options*, Milano, 2000.

(23) Per approfondimenti, si veda H.T.J. Smith - L. Trigeorgis, *Strategic Investment. Real Options and Games*, Princeton University Press, 2004; Si veda anche il sito www.smith.umd.edu/faculty/atiantis/RealOptions-portal.html.

(24) Si veda R. Moro Visconti, *Valutazione dei brevetti e stima del danno da contraffazione*, in questa Rivista, 2017, 419, e la bibliografia ivi citata.

(25) Si veda E.L. Cao - K.K. Lai - Y. Fu, *A Real Option Analysis Framework for the Valuation of Internet-Based Companies*, in <http://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/6961158/authors>, 2013.

(26) Cfr. A. Pini, *Ancora in tema di concorrenza sleale per sviamento della clientela*, in *Foro pad.*, 2005, 61, 1, 1, 77-81; V. Pomarici - S. Calabria (a cura di), *Concorrenza sleale: storno di lavoratori e sviamento di clientela*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2016, 5, 25-35.

(27) Cfr. <http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/concorrenza-sleale-per-storno-di-clientela-da-parte-di-ex-soci/>.

“L’aver costituito una nuova società, avendo come terreno d’elezione per la formazione dell’avviamento la clientela della società per la quale si è lavorato (e con la quale, nel caso di specie, si hanno anche rapporti sociali), avvalendosi delle conoscenze acquisite proprio in considerazione di tali rapporti, costituisce una violazione dei principii di correttezza professionale, per il carattere sistematico e massiccio dello sviamento, idoneo a pregiudicare l’avviamento della società ricorrente e ad approfittare parassitariamente dei costi d’investimento della concorrente. L’illiceità della condotta concorrenziale, che certamente non va ricercata episodicamente, deve essere desunta avendo a riguardo l’insieme della manovra, di approfittamento sistematico dell’avviamento della società concorrente, agevolmente posta in essere da una società, acquisendo sistematicamente, per mezzo dei suoi soci/collaboratori, i clienti della società concorrente, con l’ausilio delle conoscenze riservate acquisite grazie ai pregressi rapporti contrattuali.

L’eventuale mancanza di segretezza non fa venire meno l’illiceità della condotta, in presenza del carattere sistematico dello sviamento, tale da qualificare la condotta come parassitaria.

Non costituisce concorrenza sleale lo sfruttamento, da parte dell’ex dipendente passato alle dipendenze di un’impresa concorrente, delle conoscenze tecniche, delle esperienze e delle informazioni relative alla politica commerciale dell’impresa dalla quale egli proviene, a condizione che non si tratti di informazioni segrete o riservate e che, in ogni caso, non emerga una sistematica attività di distrazione della clientela.

La mancata stipula del patto di non concorrenza non legittima di per sé condotte sleali di concorrenza. La libera iniziativa del mercato trova il limite nell’esercizio del diritto in conformità ai principi di correttezza professionale. Tale limite è violato nel caso di massiccia distrazione di clientela, avvalendosi di notizie di cui si sia venuti a conoscenza in precedenti rapporti contrattuali e professionali, e approfittandosi parassitariamente dei costi d’investimento della società concorrente, in definitiva, trasferendo a sé l’avviamento della società concorrente con riguardo al settore merceologico di riferimento, in virtù del vantaggio rappresentato dall’essere composta dai medesimi soci ed agenti ex dipendenti della concorrente, a conoscenza di notizie riservate circa le liste della clientela e le condizioni praticate”.

Secondo Cass. 22 settembre 2015, n. 18691, “In materia di concorrenza sleale, integra gli estremi dello sviamento di clientela la condotta posta in essere da un imprenditore che, per il tramite di propri dipendenti già al servizio di un concorrente, si appropria di tabulati recanti i nominativi di clienti e distributori di quest’ultimo, essendo irrilevante la circostanza che detti nominativi fossero già noti al medesimo imprenditore ed a tali dipendenti, trattandosi di informazioni comunque riservate e, come tali, non divulgabili”.

Un dipendente è titolare di un rapporto di lavoro subordinato e non è, di per sé, depositario di un portafoglio clienti, che è invece patrimonio dell’azienda da cui dipende, diversamente dal rapporto di agenzia e rappresentanza, caratterizzato invece proprio per il possesso, da parte dell’agente, di un portafoglio che lo distingue e caratterizza individualmente e professionalmente.

Secondo Trib. Cosenza 7 luglio 2011, nell’ipotesi di storno di clientela e di dipendenti a favore di una società creata ad hoc in danno di una S.r.l. già esistente, non ha ritenuto sussistente il delitto di infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c. per effetto del divieto di analogia “*in malam partem*”. Determinante è, a tale fine, la ricostruzione offerta delle nozioni di “bene oggetto di disposizione” da parte dell’amministratore e di “atto di disposizione” patrimoniale. Si giunge, quindi, ad affermare che la clientela è una mera aspettativa di reiterazione di rapporti contrattuali e che i dipendenti di un’azienda non possono essere degradati a bene patrimoniale di cui disporre.

Trib. Milano 14 dicembre 2015 (28), rileva che: È connotata negativamente e costituisce concorrenza sleale per storno di dipendenti ex art. 2598, n. 3, c.c. la condotta, consistente nell’assunzione di specifici dipendenti di un concorrente operanti quotidianamente presso un importante cliente, posta in essere da un imprenditore, che - anche qualora fosse stato possibile per il concorrente sostituire le singole professionalità distolte previa una non complessa attività di riconversione di altri tecnici - da un lato beneficia comunque dell’immediata disponibilità di personale già perfettamente in grado di operare immediatamente sui sistemi informatici del cliente in questione mentre d’altro canto, come già osservato, proprio la raggiunta disponibilità di tecnici già conosciuti dal cliente avrebbe evidentemente

(28) Cfr. <http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/concorrenza-sleale-per-storno-di-dipendenti-in-campo-informatico-e-ammissibilita-di-provvedimenti-di-inibitoria-definitiva/#.WmoaijiaUk>.

potuto favorire successive assegnazioni di ulteriori commesse.

Liquidazione del danno equitativa secondo il criterio del MOL

L'utile del contraffattore (o, in senso analogico, di colui che svia la clientela) può essere talora determinato, ove ne ricorrano i presupposti, anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.

In tale ambito, si può talora fare ricorso, con opportune motivazioni, al margine economico conseguito dall'autore della concorrenza sleale.

Trib. Milano 17 ottobre 2017 (29), rileva che: "ai fini del calcolo del danno, si ritiene di adottare il metodo di calcolo che liquida il danno nella misura del 30% del prezzo di vendita del contraffattore, quale margine operativo lordo (MOL ovvero EBITDA), risultando tale impostazione in accordo con nozioni di comune esperienza e con la prassi di questo Tribunale in sede di liquidazione equitativa molte volte attuata".

Il MOL identifica la dimensione dell'utile marginale del contraffattore (30) ed esprime un flusso sia economico che finanziario, essendo rappresentato a

livello di conto economico dalla differenza tra ricavi e costi operativi monetari, mentre a livello finanziario rappresenta la liquidità, generata nella gestione operativa a livello di conto economico, che poi si somma ad altre componenti (variazione del circolante, variazione degli investimenti in immobilizzazioni, servizio del debito, etc.) per poi pervenire alla liquidità netta (di pertinenza dei soci).

La redditività del MOL rispetto alle vendite può essere determinata caso per caso (avendo a disposizione i dati contabili di colui che ha sviato la clientela) ovvero, residualmente, con ricorso a metodi forfettari (quale ad es. quello sopra indicato). Nella stima rileva anche il concetto di leva operativa, che concerne il grado di traslazione di una variazione dei ricavi di vendita sul reddito operativo (31). Il MOL rappresenta la componente monetaria del reddito operativo (32) ed è sensibile al mix di costi fissi e variabili che, nel determinare la leva operativa, si sottraggono ai ricavi di vendita per pervenire al risultato operativo.

Nel caso di specie, rileva la stima del MOL incrementale che colui che ha sviato l'altrui clientela può conseguire.

(29) Trib. Milano 24 settembre 2014, <http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/tutela-del-disegno-registrato-di-una-calzatura-e-liquidazione-del-danno-equitativa-secondo-il-criterio-del-mol/#.WmrdnajaUk>.

(30) In http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/05/20140924_RG9024-20082.pdf.

(31) Si veda R. Moro Visconti, M. Renesto, *Impatto della leva operativa sui flussi di cassa operativi e netti*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 2017, 2, 50-57.

(32) Corrispondente alla differenza A-B tra valore e costi della produzione, ex art. 2425 c.c., cui si sommano i costi non monetari (ammortamenti e accantonamenti), senza considerare ricavi e costi straordinari, per pervenire al MOL/EBITDA.