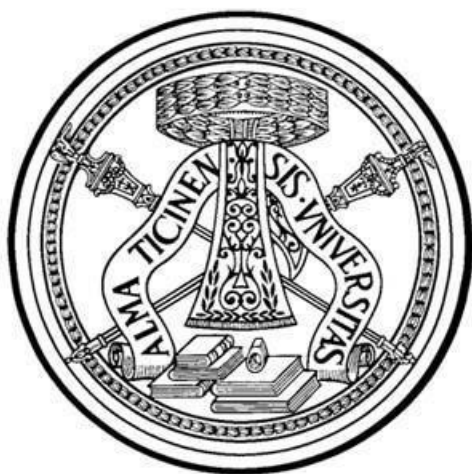


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO, DIRITTO ROMANO E
CULTURA GIURIDICA EUROPEA

CURRICULUM PROPRIETÀ INTELLETTUALE E CONCORRENZA
XXXVI CICLO



**CIRCOLAZIONE DEI DIPENDENTI E CIRCOLAZIONE
DELL'INNOVAZIONE: POSSIBILITÀ E LIMITI DI UNO
SFRUTTAMENTO DELLE TECNOLOGIE ALLARGATO AI
DISTRETTI INDUSTRIALI.**

Dissertazione di dottorato di
Katrin Toschi

Coordinatore:
Chiar.mo prof. Umberto Stefini

Tutor
Chiar.mo prof. Davide Sarti

Anno Accademico 2022/2023

Alle compagne e ai compagni di viaggio.

Alle prospettive che cambiano, e a quelle idee che resistono.

INDICE

Introduzione

p. 6

Capitolo I

Nascita di un Distretto Innovativo: Il Paradigma Giuridico e Socio-Economico Californiano.

Sommario: Premessa p. 13. – **A. L’Approccio Socio-Culturale che Valorizza le Peculiarità Regionali di AnneLee Saxenian p. 16.** – 1. Due Modelli di Sistemi Industriali p. 19. - 2. I Vantaggi delle Economie Regionali Secondo Saxenian: La Nozione di Incorporazione delle Economie p. 20. - 3. Origini: Università, Spesa Militare e Imprenditoria p. 22. – 4. L’Inversione Regionale p. 28. – **B. L’«Infrastruttura Legale» e l’Invalidità dei Patti di Non Concorrenza Definiscono il Modello, Secondo Gilson p. 30.** - 1. Segue: le Criticità del Modello di Gilson. La Dottrina dell’Inevitable Disclosure Applicata ai Patti di Non Concorrenza p. 39. - 2. Il Modello del Mercato del Lavoro Veloce Secondo Hyde è Determinato dalla Mobilità dei Dipendenti, Spillover e Trade Secrets p. 43. - **C. L’Analisi Economica del Patto di non concorrenza p. 48.**

Capitolo II

Diversi Modelli di Tutela della Concorrenza dei Dipendenti.

Sommario: Premessa p. 50. **A. Il Modello di Invalidità delle Clausole Negoziali Limitative della Concorrenza del Dipendente p. 53.** - 1. Il Modello Californiano p. 53. - 1.1. L’interesse Tutelabile del Datore di Lavoro e le Restrizioni Parziali p. 56. - 1.2. Il Caso Edwards p. 58. - 1.3. I Trade Secrets come Eccezione alla Section §16600 p. 60. - 1.4. Il Caso Galante p. 62. - 1.5. Nuove Norme p. 63. - 1.6. Quali Limitazioni Impone il Dovere di Lealtà Durante e Dopo il Rapporto di Lavoro? p. 77 - 1.7. Le Caratteristiche dei Non Esecutori p. 78. - **B. Il Modello che Tutela Debolmente i Patti di Non Concorrenza p. 80.** - 1. Giurisdizioni di Common Law p. 80. - 1.1. Caratteristiche dei Paesi di Common Law che Applicano Debolmente il Patto di Non Concorrenza p. 94. 2. I Paesi dell’Unione Europea e la Compatibilità delle Clausole Restrittive della Concorrenza dei Lavoratori rispetto ai Trattati p. 95. - 2.1. Le Normative degli Stati Membri Sui Patti di Non Concorrenza p. 103. - 2.2. In Particolare, il Patto di Non Concorrenza nel Sistema Giuridico Italiano p. 107. - **C. I Sistemi Giuridici che Applicano Sistematicamente il Patto di Non Concorrenza p. 120.**

Capitolo III

Il Distretto Innovativo Israeliano.

Sommario: Premessa p. 122. - **A. Il Distretto Innovativo Israeliano:** i Securities Studies come Archetipo Innovativo, dalla loro Creazione alla loro Privatizzazione p. 129. - 1. Genesi, Spesa Militare e Imprenditoria del Distretto Innovativo Israeliano p. 129. - 2. In Particolare, il Software di Sicurezza p. 137. - 2.1. Dagli Studi di Sicurezza Militari all'Ecosistema del Software di Sicurezza p. 137. - 2.2. Il Vantaggio Regionale del Software di Sicurezza p. 141. - 2.3. Concorrenza e Qualità nel Mercato del Software di Sicurezza p. 146. - 3. Criticità del Distretto Innovativo Israeliano e del Relativo Mercato del Lavoro p. 150. - **B. Il Sistema Giuridico Israeliano.** Premessa: Introduzione al Sistema Giuridico Israeliano p. 158. -1. La Tutela dei Trade Secrets, la Libertà di Occupazione e di Concorrenza nei Patti di Non Concorrenza p. 163. - 1.1. Il Caso Yavin Plast p. 167. -1.2. Il Caso Check Point p. 169. - 1.3. Il Caso AES System v. Sa'ar p. 184. - 1.4. Lo Storno dei Dipendenti e il Patto di Non Concorrenza al Vaglio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Israele p. 194. - 2. Software, Brevetti e Copyright p. 200. - **C. Un Tentativo di Rilevazione Empirica delle Pratiche Restrittive della Concorrenza dei Dipendenti nel Settore dei Software di Sicurezza. Premessa e Formulazione di un'Ipotesi Intermedia p. 205.** - 1. Delimitazione dell'Oggetto dell'indagine: il Patto di Non Concorrenza p. 208. - 2. Delimitazione del Campione: gli Imprenditori e i Dipendenti del Settore del Software di Sicurezza del Distretto di Tel Aviv- Yāfā p. 213. - 3. Il Metodo di Rilevazione: le Interviste Individuali p. 216. - 4. Elaborazione dell'Itinerario di Ricerca p. 216. - 5. Risultati della Indagine Empirica p. 218. - 6. La Regola Informale di Condotta (Anticoncorrenziale) Emersa dall'Indagine a Confronto con i Principi Espresi dalla Giurisprudenza Israeliana p. 226. - 7. Alcune Considerazioni Critiche della Corrispondenza del Modello Israeliano a quello Californiano p. 234.

Capitolo IV

Confronto tra Sistemi Proprietari di Sfruttamento della Tecnologia e Sistemi di Sfruttamento Ampio della Conoscenza: una Distanza solo Apparente?

Sommario: 1. Regole, Precedenti e Orientamenti Giurisprudenziali a Confronto: Analisi del Diverso Grado di Protezionismo dei Modelli p. 239.- 1.1. Il Sistema Israeliano p. 240. - 1.2. Il Sistema Californiano p. 245. - 1.3. Il Sistema Italiano p. 248. - 2. Differenze Ricontrate tra i Modelli p. 253. - 3. Analogie Ricontrate tra i Modelli p. 255. - 4. Lacune Ricontrate nei Modelli p. 258. - 5. Prassi e Mercati a Confronto: un Incerto Collegamento p. 266. - Conclusioni p. 277.

Bibliografia

Modello di intervista per il rilevamento dei dati qualitativi

p. 285

p. 322

INTRODUZIONE

Il rapporto tra l'innovazione e la tutela delle privative all'interno dei distretti industriali è un tema oggetto di ampi studi di natura economica, sociologica e giuridica.

AnneLee Saxenian nel 1994 (1) ha pubblicato un'approfondita descrizione della storia dello sviluppo del distretto della Silicon Valley, in contrapposizione al distretto noto come Route 128 in Massachusetts, e delle ragioni che secondo questa ricostruzione hanno determinato lo sviluppo del primo e il graduale declino del secondo.

A partire dall'analisi e dai dati raccolti da Saxenian, Gilson (2) ha cercato nelle norme una spiegazione della diversa efficienza dei due distretti industriali e ha osservato che la nullità dei patti di non concorrenza tra imprese e dipendenti, prevista nello stato della California e non in Massachusetts, aveva incoraggiato una maggiore mobilità dei dipendenti e, con essa, una più fluida circolazione dell'innovazione a beneficio di tutti i creativi.

La normativa californiana aveva pertanto concorso alla rapida ascesa del distretto della Silicon Valley, secondo Gilson.

Il distretto della Silicon Valley è stato ampiamente descritto in dottrina come un luogo di libera condivisione della conoscenza tecnologica, realizzata grazie all'altrettanto libera circolazione dei dipendenti.

Le possibilità di sviluppo per i distretti industriali, originate dallo sfruttamento ampio dell'innovazione tecnologica e promesse dall'esperienza californiana, hanno innescato questa analisi.

Ci si è in particolare chiesti se la circolazione dell'innovazione nei distretti industriali, attraverso la circolazione dei dipendenti, sia meglio promossa da sistemi di sfruttamento

(1) ANNALEE SAXENIAN, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, Harvard Univ. Press, 1994.

(2) R. J. GILSON, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete*, 74 N.Y.U. L. REV. 575, 1999, disponibile al sito: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/992.

diffuso della conoscenza o da sistemi maggiormente protezionistici degli interessi proprietari. E se l'eventuale esistenza di un collegamento tra l'una o l'altra prospettiva e la struttura del mercato, o l'innovatività del distretto, sia rilevabile mediante lo studio delle prassi applicative del patto di non concorrenza. Per rispondere a questo interrogativo si elaboreranno tre modelli di tutela del patto di non concorrenza, descritti in funzione degli orientamenti giurisprudenziali e delle prassi negoziali. Lo scopo è quello di verificare se a ciascun modello corrisponda un diverso grado di protezionismo degli interessi proprietari e se sia riscontrabile una correlazione tra l'opzione legislativa (o giurisprudenziale) esercitata e il livello di innovazione del distretto e la struttura del mercato.

L'analisi comincerà dalla ricognizione degli studi che hanno contribuito a descrivere la nascita del distretto innovativo californiano in comparazione al coevo distretto sviluppatosi nel Massachusetts lungo la c.d. Route 128, con attenzione ai fattori socio ed economici del rispettivo sviluppo.

Lo studio delle pratiche restrittive della concorrenza dell'ex dipendente all'interno dei distretti innovativi si è sviluppato successivamente alle predette analisi e anche sulla base dei risultati raggiunti da quelle discipline. Questa circostanza ha posto in evidenza le opportunità concesse dall'osservazione multidisciplinare-concreta, che consente di meglio individuare le relazioni delle norme non solo con la loro dimensione applicativa, ma anche con il tessuto economico e culturale in cui esse dispiegano i loro effetti.

Fatta questa prima premessa ricognitiva, si descriveranno tre modelli di sistemi giuridici in funzione dei diversi regimi di tutela dei patti di non concorrenza dell'ex dipendente, secondo la ricostruzione proposta da Hyde e Menegatti (3), ovvero:

- (i) i sistemi giuridici che non applicano affatto i patti restrittivi della concorrenza dell'ex dipendente, tra cui la California e Israele; ciò in un'ottica di ampia tutela della libertà di occupazione e della concorrenza (oppure per mero accidente storico, come nel caso della California);
- (ii) i sistemi giuridici che applicano raramente questo genere di clausole restrittive e per periodi di efficacia raramente ultra annuali. Questo gruppo, secondo la tripartizione

(3) A. HYDE ed E. MENEGATTI in M.W. FINKIN, G. MUNDLAK (a cura di), *Comparative Labor Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2015, p. 199.

assunta in dottrina, comprende la maggior parte degli stati membri dell'UE, incluso il sistema giuridico italiano e la maggior parte delle giurisdizioni di common law;

(iii) i sistemi giuridici che normalmente applicano e ritengono valido ogni patto restrittivo della concorrenza per la semplice ragione che il dipendente lo ha accettato, senza porre a carico del datore di lavoro alcun onere di allegazione dell'interesse giuridicamente rilevante alla cui tutela il patto è preordinato.

Sulla base di questa tripartizione si è deciso, poi, di misurare empiricamente l'argomento posto in tesi.

Si è quindi individuato quale luogo di sperimentazione della predetta ipotesi, fuori dal modello californiano di sfruttamento diffuso della conoscenza, il sistema giuridico israeliano, alla luce delle plurime somiglianze che accumulano i due distretti.

Il cluster israeliano sembra essere, infatti, la replica più fortunata del modello della Silicon Valley (4), e con esso condivide: (i) l'elevato investimento della difesa militare nei centri di ricerca universitari, nel caso di Silicon Valley, ovvero, nel caso di Israele, l'investimento dei dipartimenti militari specializzati negli studi di sicurezza nella formazione del personale militare; investimenti che si pongono quali antefatti storici della nascita dei rispettivi distretti; (ii) il fecondo collegamento consolidatosi tra il tessuto imprenditoriale innovativo del distretto e gli istituti pubblici di alta formazione ovvero i dipartimenti militari specializzati negli studi di sicurezza in Israele; collegamento capace di produrre una dispersione continua di conoscenza innovativa dal pubblico al privato (c.d. spillover); (iii) il settore merceologico maggiormente profittevole e innovativo su cui entrambi i distretti hanno fondato la propria fortuna, ovvero il mercato del software (sistemi informatici tout court in Silicon Valley, sistemi informatici di sicurezza in Israele); (iv) un peculiare dinamismo tanto della classe imprenditoriale quanto dei dipendenti maggiormente qualificati, che Saxenian riconduceva inter alia alla eterogeneità demografica del distretto californiano (contrapposto dall'Aurice alla omogenea e conservatrice società del concorrente distretto della Route 128 in Massachusetts) e che in quello israeliano, invece, viene da più parti ricondotto a una sorta di propensione al rischio di matrice culturale; (iv) una certa uniformità di quelle norme

(4) A. SHOHAM, G. AVNIMELECH, *The development of the successful high-tech sector in Israel, 1969-2009*, World Review of Entrepreneurship Management and Sustainable Development 8/1, 2012.

giuridiche ritenute, in dottrina e in giurisprudenza, idonee ad agevolare la circolazione dell'innovazione attraverso i dipendenti, ovvero la nullità (ex lege in California) o la scarsa eseguibilità dei patti di non concorrenza in entrambi i sistemi qui considerati.

L'analisi di Gilson sul ruolo della nullità del patto di non concorrenza nella costruzione del cluster della Silicon Valley ha potuto poggiare sulla previa analisi socio-culturale del distretto svolta da Saxenian; una simile analisi è purtroppo mancante nel distretto israeliano.

Questo studio vuole quindi offrire un contributo all'analisi del paradigma innovativo israeliano, approfondito dapprima attraverso un tentativo di ricostruzione delle sue istituzioni economiche e culturali e, poi, attraverso un confronto concreto tra i principi giuridici affermati dalla giurisprudenza israeliana, in tema di pratiche restrittive della concorrenza dei lavoratori, e le prassi esistenti nel settore delle startup israeliane che sviluppano software di sicurezza.

Si procederà anzitutto a una descrizione sintetica del distretto innovativo israeliano, in particolare del settore del software di sicurezza, attraverso l'approfondimento delle peculiarità regionali, emerse anche nel corso dei colloqui con gli operatori del settore, per tentare di individuare i pilastri (ulteriori alle norme giuridiche) su cui il modello si fonda: in questo contesto si approfondirà il legame del distretto innovativo dei software di sicurezza con gli istituti pubblici responsabili della dispersione della conoscenza a beneficio del comparto imprenditoriale regionale.

Si analizzerà, poi, la protezione riconosciuta dalla giurisprudenza israeliana al patto di non concorrenza, ai trade secrets e allo storno dei dipendenti.

Il quadro normativo e interpretativo ricostruito ha suggerito la formulazione di un'ipotesi intermedia, ovvero la considerazione del sistema giuridico israeliano quale modello che, nonostante applichi debolmente le norme restrittive della concorrenza del lavoratore, esprime tuttavia un approccio protezionistico degli interessi proprietari; si è quindi proposta un'ipotesi del modello in leggero scostamento rispetto alla tripartizione proposta in dottrina e assunta nel capitolo II.

L'ipotesi sarà poi sottoposta a un confronto empirico con le prassi imprenditoriali e occupazionali, espresse da un campione di startup innovative situate nel distretto di Tel-Aviv-Yāfā ed operanti nel settore dei sistemi informatici di sicurezza, al fine di

comprendere il grado di incidenza delle norme considerate nella diffusione dell'innovazione.

Più in particolare, lo studio si è proposto di rilevare le valutazioni degli imprenditori e dei dipendenti qualificati del settore in merito alla disciplina vigente in Israele per i patti di non concorrenza, all'impiego di tali istituti nei loro rapporti contrattuali, all'eventuale esecuzione e alla percezione della loro portata nelle relazioni negoziali future.

La scelta del campione di indagine è stata motivata dalla considerazione del tipo di imprese che possono essere maggiormente interessate dal fenomeno della concorrenza dei dipendenti: normalmente il contenzioso relativo alla violazione di un patto di non concorrenza ha per oggetto lavoratori qualificati e le startup operanti nel settore del software di sicurezza normalmente dispongono di un numero significativo di questa categoria di lavoratori (5).

Si ritiene quindi che, per questo settore, il fenomeno della concorrenza dell'ex dipendente possa assumere un significativo rilievo economico sia per il lato datoriale che impiegatizio.

Inoltre, le dimensioni economiche delle startup, il cui capitale è destinato alla ricerca e allo sviluppo del software, ne fanno un gruppo particolarmente interessato alla protezione della conoscenza innovativa e poco propenso al rischio della sua diffusione a beneficio dei concorrenti per il tramite dei dipendenti.

Non da ultimo le pronunce più rilevanti della giurisprudenza israeliana di settore sono state rese nei confronti di operatori economici del software di sicurezza.

I risultati dell'indagine hanno riferito dell'esistenza di un quadro di norme informali, uniformemente osservate dal campione intervistato e più restrittive della concorrenza rispetto a quanto previsto per il settore high-tech dai consolidati orientamenti della corte suprema israeliana.

L'idoneità degli istituti giuridici, ovvero dei principi di formazione giurisprudenziale, a promuovere la diffusione dell'innovazione all'interno di mercato del software di

(5) Il campione ha coinvolto startup con un numero di dipendenti variabile tra 1 e 50 unità, oppure tra le 51 e le 200 unità. Solo un'azienda dispone di un numero di dipendenti tra le 201 e le 500 unità. Questi e altri dati relativi alle startup con sede in Israele sono consultabili al portale <https://finder.startupnationcentral.org/startups/search>.

sicurezza sembra dover essere calibrata alle caratteristiche economiche e socio-culturali del distretto, capace di adottare prassi uniformemente osservate agli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto.

Sembra cioè che la norme informale, che impone ai membri della comunità degli studi di sicurezza di non infrangere il divieto alla concorrenza post lavorativa, la cui violazione è punita severamente dalla sanzione altrettanto informale dell'esclusione del trasgressore dal mercato di riferimento, debba essere collegata al contesto economico (e socio-culturale) che le consente di raggiungere una portata semi consuetudinaria tra i membri della sua comunità.

Si tenterà di comprendere, inoltre, se le condizioni di validità del patto di non concorrenza formulate dalla Corte Suprema israeliana (ormai nel 2000) escludano la validità, in quanto anticoncorrenziale, della regola informale che sembra governare la circolazione dei dipendenti all'interno del settore del software di sicurezza; settore che la corte aspirava aprire alla più ampia competizione.

Infine, si proporrà un confronto dialettico tra le prassi operative del patto di non concorrenza nei sistemi analizzati. L'elaborazione dei tre modelli descritti in funzione della diversa disciplina normativa del patto di non concorrenza, degli orientamenti giurisprudenziali e delle prassi commerciali, ha posto soprattutto in evidenza le differenze tra le rispettive regole generali. California ed Israele sono stati assunti a modello dei sistemi che non applicano il patto di non concorrenza in prospettiva pro-concorrenziale, mentre il sistema italiano è stato collocato tra i sistemi che riconoscono validità al patto in un'ottica maggiormente protezionistica dei primi due.

Quelle differenze tra i diversi sistemi sembrano però generare falsi contrasti concettuali se indagati alla luce del significato delle diverse regole operative (6) ed è su questa base

(6) V. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 2, 1991, disponibile al sito <https://doi.org/10.2307/840784>, p. 384, secondo il quale "Singole regole operative uniformi nei diversi sistemi (es. tutela del secondo acquirente di buona fede che ne ha ricevuto il possesso) si spiegano con formule dottrinali molto diverse. Queste diverse spiegazioni non sono state prodotte dalle necessità della scienza giuridica. Fanno solo danno nascondendo l'uniformità delle soluzioni e distorcendo i termini di paragone. Le formule generali tendono verso soluzioni estreme, unitarie e moniste: ad esempio, "la proprietà viene trasferita al momento del consenso" o "la proprietà viene trasferita al momento della consegna". Le regole particolari che ciascun sistema effettivamente applica trovano soluzioni intermedie

che nel capitolo conclusivo si valuteranno le differenze, le analogie e le lacune presenti tra i vari sistemi giuridici.

La realtà applicativa, giuridica ed empirica, presenta infatti ampi margini di convergenza, cosicché una rigida suddivisione fondata sul grado di tutela del patto di non concorrenza rischia di supportare una conclusione che meccanicamente riconosce l'esistenza di un collegamento tra il modello e lo sviluppo del distretto industriale, ma che non pone la giusta enfasi sulle somiglianze invece presenti.

In particolare, le prassi applicative dei diversi sistemi analizzati hanno dato conto di un approccio diffusamente protezionistico, graduato in funzione della diversa cornice tracciata dalla norma o dal precedente.

Questa trasversale prospettiva attenua anche la corrispondenza ipotizzata tra il diverso grado di protezionismo adottato dalle prassi applicative giurisprudenziali e il grado di innovatività del distretto o la struttura del mercato.

tra gli estremi. Distinguendo le forme giuridiche del sistema, lo studioso di diritto comparato può trovare uno schema prevedibile, se non encomiabile. Le formule dottrinali che riflettono la conoscenza che il giurista ha del proprio sistema sono generali, astratte, estremiste e, in un certo senso della parola, razionali. Le regole operative sono incoerenti, empiriche e reattive a oscure idee sottostanti inconse e, in questo senso, dotate di una propria razionalità. Anche le formule astratte tendono a moltiplicarsi inutilmente. Il fenomeno che osserviamo quando i beni vengono consegnati in forza di un contratto invalido si nasconde dietro cinque diverse formulazioni teoriche riguardanti la consegna di doni, le obbligazioni naturali, la conferma di accordi nulli, l'indisponibilità di azione di rivalsa su un pagamento una volta effettuato, l'astrattezza di un atto esecutivo. È compito della vera scienza giuridica eliminare i falsi contrasti concettuali, indagare il significato delle diverse regole operative e, su questa base, valutare le differenze che esistono tra i vari sistemi giuridici”.

Capitolo I

Nascita di un Distretto Innovativo: Il Paradigma Giuridico e Socio-Economico Californiano.

Sommario: Premessa. – **A. L’Approccio Socio-Culturale che Valorizza le Peculiarità Regionali di AnneLee Saxenian.** – 1. Due Modelli di Sistemi Industriali. - 2. I Vantaggi delle Economie Regionali Secondo Saxenian: La Nozione di Incorporazione delle Economie. - 3. Origini: Università, Spesa Militare e Imprenditoria. - 4 L’Inversione Regionale. – **B. L’«Infrastruttura Legale» e l’Invalidità dei Patti di Non Concorrenza Definiscono il Modello, Secondo Gilson.** - 1. Segue: le Criticità del Modello di Gilson. La Dottrina dell’Inevitable Disclosure Applicata ai Patti di Non Concorrenza. - 2. Il Modello del Mercato del Lavoro Veloce Secondo Hyde è Determinato dalla Mobilità dei Dipendenti, Spillover e Trade Secrets. - **C. L’Analisi Economica del Patto di non concorrenza.**

Premessa.

L'esperienza di regioni come la Silicon Valley (7) e di quella nota come la “Terza Italia” (8) ha alimentato l'interesse accademico attorno al concetto di distretto industriale,

(7) Come riportato da R. J. GILSON, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete*, 74 N.Y.U. L. REV. 575, 1999, disponibile al sito: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/992, in particolare nella nota n. 2, p. 576, nel 1996 la Silicon Valley ha incrementato l’occupazione di circa 50.000 posti di lavoro, mentre i salari medi sono cresciuti di cinque volte rispetto alla media nazionale. Nello stesso anno, il salario medio nella Silicon Valley era pari a \$ 43.510, rispetto a \$ 28.040 a livello nazionale.

(8) B. HARRISON, *Industrial Districts: Old Wine in New Bottles?*, *Regional Studies*, Vol. 26, N. 5, 1992, pp. 109-112, disponibile al sito: <https://doi.org/10.1080/0034340070123226>, ricorda che la locuzione è stata coniata per la prima volta dal sociologo italiano A. BAGNASCO, *Tre Italie: La Problematica Territoriale Dello Sviluppo Italiano*, Il Mulino, Bologna, 1977 e successivamente M. J. PRIORE e C. F. SABEL, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, New York, Basic Books, 1984, hanno portato all’attenzione del pubblico anglofono l’ascesa del distretto italiano. Nella regione Emilia Romagna i salari, all’epoca dello studio di HARRISON, erano pari al doppio della media nazionale, una quota crescente delle esportazioni nazionali aveva origine nel distretto di questa regione (Carpi, Modena, Bologna, Reggio Emilia), e il reddito pro capite che nel 1973 la posizionava diciassettesima rispetto alle ventuno regioni italiane, nel 1986 la portò al secondo posto.

HARRISON ricorda che MARSHALL riteneva che la fonte essenziale delle economie esterne fosse nei “beni comuni”, cioè l’insieme dei servizi e di know-how infrastrutturali e di altro tipo da cui ciascuna singola azienda presente nel distretto può attingere. E anche nel distretto italiano questi servizi comuni sono una parte importante dell’insieme di accordi privati e pubblici che si ritiene siano responsabili della vivace crescita economica del distretto.

ovvero: la concentrazione spaziale di aziende operanti nello stesso settore o in un settore correlato che risale alla teorizzazione della nozione di economie di agglomerazione, elaborata da Marshall per descrivere le economie di scala caratterizzate da input (esterni all'impresa e interni alla regione) a disposizione di qualsiasi impresa collocata all'interno della stessa regione (9).

Il rapporto tra l'innovazione e la tutela della privativa all'interno dei distretti industriali è un tema oggetto di ampi studi di natura economica, sociologica e giuridica.

AnneLee Saxenian nel 1994 (10) ha pubblicato un'approfondita descrizione della storia dello sviluppo del distretto della Silicon Valley in contrapposizione al distretto noto come Route 128 in Massachusetts e delle ragioni che secondo questa ricostruzione hanno determinato lo sviluppo del primo e il graduale declino del secondo.

A partire dall'analisi e dai dati raccolti da Saxenian, Gilson (11) ha cercato nelle norme una spiegazione della diversa efficienza dei due distretti industriali e ha osservato che la nullità prevista nello stato della California per i patti di non concorrenza tra imprese e

L'Autore considera il ruolo delle associazioni cooperative come una parte tangibile che caratterizza l'ambiente istituzionale di molte regioni italiane come l'Emilia Romagna. Il movimento cooperativo ha avuto origine dopo la seconda guerra mondiale nel settore dell'agricoltura, per poi diffondersi nell'edilizia, nella trasformazione e distribuzione degli alimenti, nella produzione leggera e nei trasporti. Attraverso le attività associative (quali i finanziamenti alle aziende, l'assistenza tecnica, la formazione e il marketing) a disposizione delle aziende associate, il movimento cooperativo ha probabilmente fornito un'importante fonte di economia esterna marshalliana.

(9) V. A. MARSHALL, *Principles of Economics*, Macmillan, Basingstoke, Hants, 1980, l'input è disponibile più facilmente all'interno della regione in ragione della concentrazione spaziale degli operatori del mercato. Marshall ha utilizzato il mercato del lavoro come esempio del fenomeno dei rendimenti crescenti. Così come più imprese si concentrano in un dato settore situato in una regione, allo stesso modo seguono i lavoratori muniti delle competenze richieste dalla relativa industria di settore. Il processo è auto-rinforzante: a mano a mano che i lavoratori più qualificati si concentrano in una regione, seguono altre aziende del settore. La concentrazione geografica delle imprese si traduce in un minor costo di reperimento delle competenze lavorative qualificate.

Secondo l'analisi di BECATTINI c'è sicuramente una componente marshalliana all'origine dei distretti italiani, ma «ciò che tiene unite le imprese che compongono il ... distretto industriale ... è un intreccio complesso e intricato di economie esterne e diseconomie, di costi congiunti e associati, di vestigia storiche e culturali, che avvolge le relazioni interaziendali e interpersonali... un "ispessimento" localizzato. . . ragionevolmente stabile nel tempo», G. BECATTINI, *Riflessioni sul distretto industriale marshalliano come concetto socio-economico*, Stato e mercato No. 25 1989, p. 132, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/24650136>.

(10) ANNALEE SAXENIAN, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, Harvard Univ. Press, 1994.

(11) GILSON, op. cit.

dipendenti (diversamente dalla legislazione del Massachusetts) aveva incoraggiato una maggiore mobilità dei dipendenti e, con essa, una più fluida circolazione dell'innovazione a beneficio di tutti i creativi.

La normativa californiana aveva, pertanto, concorso alla rapida ascesa del distretto della Silicon Valley, secondo Gilson.

Booth (12), a partire dal contributo di Gilson, ha suggerito che i datori di lavoro californiani hanno invece fatto ricorso alla compensazione azionaria (*equity*) come strumento alternativo ai patti di non concorrenza, preclusi in quell'ordinamento giuridico, e ugualmente idoneo a ridurre la mobilità. Gomulkiewicz (13), poi, ha evidenziato che nello Stato di Washington, nonostante i patti di non concorrenza siano ex lege consentiti, la mobilità dei dipendenti è pari a quella californiana e ha sostenuto che un risultato simile può essere raggiunto attraverso una normativa sui patti di non concorrenza adattabile alle circostanze.

La dottrina si è quindi interrogata sul ruolo che la tutela dei patti di non concorrenza (14) riveste nell'incoraggiare la circolazione dell'innovazione attraverso la circolazione dei dipendenti.

Ci si è pertanto chiesti se e in quale misura la circolazione e lo sviluppo dell'innovazione siano meglio promossi da sistemi giuridici che prevedono un accesso diffuso alla conoscenza rispetto a sistemi maggiormente protezionistici.

L'analisi comincerà dalla ricognizione degli studi che hanno contribuito a descrivere la nascita del distretto innovativo californiano con attenzione ai fattori socio ed economici

(12) R. A. BOOTH, *Give Me Equity or Give Me Death - the Role of Competition and Compensation in Building Silicon Valley*, University of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2006-44, 2006, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=940022> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.940022>.

(13) R. W. GOMULKIEWICZ, *Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation*, 49 UC Davis Law Review 251, University of Washington School of Law Research Paper No. 17, 2015, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=2612246>.

(14) Per un approfondimento sulla relazione tra la mobilità dei dipendenti e la disciplina dei trade secrets si rinvia ex multis a M. KOLASA, *Trade Secrets and Employee Mobility: In Search of an Equilibrium*, Cambridge Intellectual Property and Information Law, Cambridge University Press, 2018, disponibile al sito <https://doi.org/10.1017/9781108545921.008> e a S. K. SANDEEN, E. A. ROWE, *Debating Employee Non-Competes and Trade Secrets*, 33 Santa Clara High Tech. L.J. 438, 2016, disponibile al sito <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol33/iss4/1>.

del suo sviluppo, in comparazione al coevo distretto sviluppatosi nel Massachusetts lungo la c.d. Route 128, allo scopo di porre in luce i rispettivi elementi paradigmatici.

Lo studio dell'analisi giuridica, che si è successivamente concentrata sul ruolo delle pratiche restrittive della concorrenza dell'ex dipendente nella circolazione dell'innovazione all'interno dei distretti innovativi, porrà in evidenza la necessità di un'osservazione multidisciplinare e concreta delle relazioni delle norme con la loro dimensione esecutiva, e con il tessuto economico e culturale in cui esse dispiegano i loro effetti.

A.

L'Approccio Socio-Culturale che Valorizza le Peculiarità Regionali di AnneLee Saxenian.

Nel 1970 (15) la Silicon Valley in California e la Route 128 in Massachusetts erano universalmente note come i primari centri innovativi nel settore dell'elettronica.

La crescita di questi distretti industriali è legata agli istituti di ricerca del Mit, nel Massachusetts, e di Stanford in California, e alla rispettiva capacità di attrarre gli investimenti del ministero federale della difesa nel settore della ricerca applicata alla difesa, a partire dalla seconda guerra mondiale e poi durante la guerra fredda (16).

Lo sviluppo regionale dei due distretti ha visto un susseguirsi di crescita e decrescita: nei primi anni '80 la Route 128, a fronte dei minori investimenti nella ricerca da parte della

(15) Vedi SAXENIAN, op. cit., in particolare la figura 1 a p. 3 sui livelli grafici dell'occupazione tecnologica totale nella Silicon Valley e nella Route 128 dal 1959 al 1990 da cui emerge che nel 1959, le società di semiconduttori della Route 128 impiegavano circa 27.500 lavoratori, mentre le aziende della Silicon Valley ne impiegavano solo 10.000. Nel 1970, l'equilibrio si era invertito: le società di semiconduttori della Silicon Valley impiegavano 28.500 lavoratori, mentre l'occupazione della Route 128 si è ridotta a 19.500. Nel 1980 la differenza era ancora più pronunciata: l'occupazione nella Silicon Valley saliva a 64.000, mentre l'occupazione della Route 128 rimaneva a 19.000. Vedi anche EAD. p. 79 la figura 2 relativa ai dati sull'occupazione nelle aziende produttrici di componenti elettroniche e nelle aziende di semiconduttori nella Silicon Valley e nella Route 128 dal 1959 al 1980.

(16) Secondo T. STURGEON, *How Silicon Valley came to be*, Massachusetts Institute of Technology, in M. KENNEY, *Understanding Silicon Valley: Anatomy of an Entrepreneurial Region*, Stanford University Press Ed., 2000, S. B. ADAMS, *Regionalism in Stanford's Contribution to the Rise of Silicon Valley*, *Enterprise & Society*, vol. 4 n. 3, 2003, pp. 521-543, disponibile al sito: <http://www.jstor.org/stable/23700412>, H. BAHRAMI, e S. EVANS, *Flexible Re-Cycling and High-Technology Entrepreneurship*, *California Management Review*, vol. 37 n. 3, 1995, 62-89. <https://doi.org/10.2307/41165799>, dalla Prima Guerra mondiale.

difesa, si è difficilmente confrontata con il settore commerciale; la Silicon Valley invece non ha saputo gestire la concorrenza nel mercato dei semiconduttori proveniente dal Giappone.

Il rendimento delle due regioni negli anni '80 è stato molto diverso: nella Silicon Valley è emersa una nuova generazione di startup nel settore dei computers e dei semiconduttori che si è affermata parallelamente alle aziende più consolidate; la Route 128 invece ha mostrato pochi segnali di ripresa e ha poi definitivamente perso il primato nel settore dei computer entro la fine degli anni '80.

La domanda che Saxenian si è posta è perché, a parità di condizioni di partenza, la Silicon Valley sia riuscita ad adattarsi ai mutati modelli di concorrenza, mentre la Route 128 ha perso il suo primato competitivo (17).

La comune origine dei due distretti ne giustifica il successo iniziale, ma non giustifica il divario poi creatosi tra i modelli (18) e secondo Saxenian la diversa risposta delle due regioni alla crisi comune degli anni '80 ha rivelato l'importanza delle differenze presenti nella rispettiva organizzazione produttiva, prima non rilevate. Sarebbero queste differenze, secondo Saxenian, a determinare l'importanza dei fattori locali di adattamento industriale (19).

Saxenian attribuisce il vantaggio della Silicon Valley, in termini di efficienza rispetto alla Route 128, alla sua cultura imprenditoriale.

La Silicon Valley si distingue per il suo sistema industriale articolato in una rete regionale che promuove l'apprendimento collettivo e la circolazione flessibile dei produttori di tecnologie connesse: i rapporti sociali e l'alta mobilità nel mercato del lavoro incoraggiano la sperimentazione innovativa e l'imprenditoria in generale; le aziende concorrono e allo stesso tempo apprendono l'una dall'altra attraverso una comunicazione informale e una collaborazione reciproca e la comunicazione orizzontatale tra reparti aziendali, fornitori e clienti è fortemente incoraggiata (20).

(17) SAXENIAN, op. cit., p. 2.

(18) Vedi GILSON, op. cit., passim.

(19) SAXENIAN, op. cit., p. 2.

(20) IBIDEM.

Il modello della Route 128 è quello predominante negli Usa: l'area industriale della Route 128 (21) è storicamente caratterizzata dalla presenza di poche imprese, verticalmente integrate e rigidamente suddivise nella loro organizzazione interna.

La struttura dell'impresa, secondo Saxenian, riflette quella organizzativa della società del New England articolata sulla base di schemi tradizionali di ripartizione del mercato e delle abitudini di vita.

Una minore mobilità dei lavoratori e un'economia di scala caratterizzano la regione: poche imprese e un mercato incentrato sullo sviluppo di un solo prodotto, le relazioni tra aziende sono governate dalla tutela dei trade secrets e dalla fedeltà aziendale, mentre le gerarchie aziendali assicurano che la gestione del controllo rimanga centralizzata e che le informazioni protette fluiscono solo verticalmente.

L'elemento di novità che lo studio di Saxenian ha introdotto rispetto ai precedenti contributi (22) risiede nell'argomento secondo cui i modelli della Silicon Valley e della Route 128 non rappresentano casi isolati di due diversi sistemi industriali.

Le analisi precedenti non si sono soffermate sull'organizzazione delle economie regionali anzitutto, secondo Saxenian, perché il modello di azienda verticalmente integrata tende a internalizzare la maggior parte delle risorse locali, quindi anche quando gli studiosi hanno analizzato il funzionamento delle aziende verticalmente integrate, pochi le hanno poste in relazione con il tessuto sociale, istituzionale e tecnico dell'area industriale ampiamente considerata.

Per contro, c'è una vasta letteratura scientifica sulle dinamiche dei sistemi industriali fondati su una rete regionale (23).

(21) EAD., op. cit., p. 3.

(22) Vedi M. BEST, *The New Competition: Institutions of Industrial Restructuring*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990; C. SABEL, *Flexible Specialization and the Reemergence of Regional Economies*, in *Reversing Industrial Decline? Industrial Structure and policy in Britain and Her Competitors*, ed. Paul Hirst and Jonathan Zeitlin, Oxford, Berg, 1988; C. SABEL E J. ZEITLIN, *Historical Alternatives to Mass Production: Politics, Markets and Tecnology in Nineteenth Century Industrialization, Past and Present*, 1985, pp.133-176; M. PRIORE E C. SABEL, *The Second Industrial Divide: Possibilites for Prosperity*, New York, Basic Books, 1984; P. SCARANTON, *Proprietary Capitalism: The Textile Manufacture at Philadelphia*, Cambridge Univeristy Press, Cambridge, 1983, e *Figured Tapestry: Production, Markets and Power in Philadelphia textiles, 1885-1941*, Cambridge University Press, 1989.

(23) Qui il riferimento è al distretto della Terza Italia e più in generale a G. BECCATINI E W. SENGENBERGER, *Industrial Districts nd Inter-firm Cooperation in Italy*, Ginevra, Internation Institute for

Secondo Saxenian si tratta di varianti di uno stesso modello, comparabili con il distretto della Silicon Valley, nel rispetto delle differenze determinate dalle peculiarità regionali.

1.

Due Modelli di Sistemi Industriali.

Saxenian pensa alle due economie regionali come a due modelli di sistemi industriali: l'uno, quello della Silicon Valley, basato su una rete regionale e decentralizzata e l'altro, quello della Route 128, basato su aziende indipendenti. Questo tipo di approccio evidenzia le diverse strade percorse dalle due regioni a partire dalla seconda Guerra Mondiale ed è infatti la storia delle due regioni a fornire una illustrazione delle relazioni tra i network regionali e i processi industriali di adattamento (24).

Negli anni '60 la Silicon Valley si è affermata come il centro innovativo del settore dei semiconduttori, superando il primato iniziale della Route 128. Una seconda opportunità è emersa per la Route 128 quando è divenuta il centro della produzione dei minicomputer negli ultimi anni '70 (25).

In un sistema industriale come quello della Silicon Valley, il segmento industriale si è organizzato per adattarsi continuamente ai rapidi cambiamenti del mercato e delle tecnologie: il sistema decentralizzato incoraggia a perseguire molteplici opportunità tecniche mediante aggregazioni spontanee di tecnologie e di capitali; la rete di produzione promuove un processo di collettivo di apprendimento tecnologico che riduce la distinzione tra grande e piccola azienda e tra industrie o settori di produzione.

Il sistema basato sulle aziende indipendenti ha prosperato in un ambiente caratterizzato dalla stabilità del mercato e dal lento cambiamento delle tecnologie perché i suoi

labour Studies, 1990; R. LOCKE, *Rebuilding the Economy: Local Politics and Industrial Change in Contemporary Italy*, Ithaca N.y., Cornell University Press, 1994; G. HERRIGEL, *Reconceptualizing the Sources of German Industrial Power*, New York, Cambridge University Press; F. PYKE E W. SEGENBERGER, *Industrial Districts and local Economic regeneration*, Ginevra, International Institute for Labour Studies, 1992; A. J. SCOTT, *New Industrial Spaces: Flexible Production Organization and Regional development in North America and Western Europe*, Londra, Pion 1988.

(24) SAXENIAN, op. cit., pp. 7 e 8.

(25) EAD., op. cit., p. 8, molti osservatori al tempo descrissero l'emergente specializzazione della Silicon Valley e della Route 128, la prima nei semiconduttori e la seconda in computers.

principali produttori beneficiavano dei vantaggi delle economie di scala che consentivano loro di mantenere il controllo del mercato (26).

Nel caso dei semiconduttori e dei computer, il sistema della Silicon Valley ha supportato un processo decentralizzato di sperimentazione e di apprendimento che ha promosso positivamente l'adattamento, mentre il sistema basato sull'indipendenza delle aziende adottato nella Route 128 è stato limitato dall'isolamento dei suoi produttori rispetto alle fonti esterne di know-how.

La Route 128 ha continuato a produrre innovazione tecnologica, ma non era parte di un sistema industriale che le avrebbe consentito di sfruttare questi risultati a livello regionale. Nella Silicon Valley, invece, il network regionale promosse l'avanzamento tecnologico collettivo, essenziale per un successo competitivo.

2.

I Vantaggi delle Economie Regionali Secondo Saxenian: La Nozione di Incorporazione delle Economie.

Esistono risorse regionali che determinano un vantaggio in termini di competitività, ma secondo l'analisi di Saxenian le differenze di rendimento dei distretti analizzati non si possono analizzare considerando le aziende come entità separate dalle strutture sociali e istituzionali dell'economia locale (27).

(26) EAD., op. cit., p. 10, il riferimento qui è al settore automotive che, secondo questa analisi, è stato superato dal cambio delle condizioni di competitività tra le aziende che avevano investito in attrezzature e lavoratori specializzati e che si trovarono bloccate nella produzione di tecnologie e di mercato obsoleti oltre che da una struttura gerarchica aziendale che limitava la loro abilità di adattarsi rapidamente al cambio delle condizioni. Vedi S. HELPER, *Comparative Supplier Relations in the U.S. and Japanese Auto Industries; An Exit/Voice Approach, Business and Economic history* 19, 1990, pp. 153-16; secondo R. J. GILSON, C. F. SABEL, R. E. SCOTT, *Contracting for innovation: vertical disintegration and interfirm collaboration*, Columbia Law Review, Vol. 109 no. 3, 2009, pp. 431-502, nonostante la teoria convenzionale dell'organizzazione industriale, la pratica contemporanea si sta allontanando dall'integrazione verticale. I produttori oggi riconoscono di non possedere una tecnologia all'avanguardia in ogni campo richiesto per il successo dei loro prodotti. Di conseguenza, le aziende scelgono sempre di più di acquistare componenti che in passato avrebbero autonomamente prodotto. Invece dell'integrazione verticale, GILSON, SABEL, SCOTT osservano una dis-integrazione verticale ("vertical dis-integration") in un significativo numero di industrie.

(27) EAD., op. cit., p. 5.

Né i paradigmi tradizionalmente utilizzati per analizzare le economie regionali giustificano le differenze di rendimento delle regioni analizzate da Saxenian. Né le nozioni di agglomerazione industriale e di economia esterna spiegano il vantaggio della Silicon Valley sulla Route 128 (28).

La nozione di economia esterna assume l'azienda come un'unità atomistica della produzione, circoscritta da precisi confini. Secondo Saxenian lo studio delle regioni industriali quali aggregazioni di aziende, ognuna autonomamente considerata, ha portato alcuni osservatori a concludere che la Silicon Valley soffrisse di un eccesso di frammentazione.

E anche se la più ampia interpretazione della nozione di economia esterna riconosce l'apprendimento infra-aziendale attraverso flussi di informazione reciproca, questa interpretazione, secondo l'analisi di Saxenian, in ogni caso considera separatamente le risorse interne e quelle esterne all'azienda (29).

Saxenian guarda invece alle aziende come entità incorporate in un unico ambiente sociale e istituzionale che determina (e che è determinato a sua volta da) le strategie e le strutture aziendali (30).

Questa ricostruzione, secondo Saxenian, consente di individuare le tre dimensioni dei «sistemi industriali (31) regionali»: istituzioni e cultura, struttura industriale, e organizzazione aziendale locali (32).

Le istituzioni regionali comprendono le organizzazioni pubbliche e private come le università, le associazioni imprenditoriali, i governi locali, ma anche entità meno formali come le associazioni professionali e ogni altro organismo capace di creare un modello di interazione sociale all'interno della regione (33).

(28) EAD., op. cit., p. 6.

(29) Qui il riferimento è ampiamente a MARSHALL, op. cit.; per un'analisi delle economie esterne si rinvia al contributo di B. HARRISON, op. cit.

(30) M. GRANOVETTER, *Economic Action and Social Structures: the problem of Emeddedness*, *American Journal of Sociology* 91, no. 3, 1985, pp. 481-510.

(31) SAXENIAN, op. cit., p. 7, «*region's industrial system*».

(32) IBIDEM.

(33) EAD., op. cit., p. 7, secondo SAXENIAN queste istituzioni modellano (e sono modellate) dalla cultura locale, dal sentire comune e dalle pratiche che unificano una comunità e definiscono ogni aspetto, dal comportamento nel mercato del lavoro all'approccio assunto rispetto agli eventuali rischi. La cultura di una regione non è statica, ma è continuamente riformata attraverso l'interazione sociale.

La struttura industriale si riferisce alla divisione sociale del lavoro, al grado di integrazione verticale, così come all'ampiezza e alla natura dei collegamenti tra i clienti, i fornitori e i concorrenti in un particolare settore o in un complesso di settori collegati (34).

Secondo questa ricostruzione le tre dimensioni sono strettamente connesse e nessuna, autonomamente considerata, riesce a giustificare la capacità di adattamento di un'economia regionale in termini di anteriorità o causalità dell'una rispetto alle altre (35).

3.

Origini: Università, Spesa militare e Imprenditoria.

Le origini storiche dei due distretti industriali risalgono, secondo l'analisi di Saxenian, al mutato scenario economico degli Usa dopo la seconda Guerra Mondiale e la Guerra Fredda; periodo in cui il governo federale incentivò la crescita delle nuove regioni industriali investendo nei laboratori universitari perché sviluppassero le tecnologie applicate alla guerra in corso.

I ricercatori del MIT e di Stanford furono i principali beneficiari dei contratti relativi alla difesa e al settore aerospaziale, e questo tipo di investimenti guidò la trasformazione economica del Massachusetts dell'est e del nord della California (36).

Anche se entrambe le regioni hanno beneficiato dei copiosi fondi militari dedicati alla ricerca e alla produzione tecnologica, negli anni '50 e '60 la Silicon Valley replicò la tecnologia di Boston e, tentando di imitarne il modello, lo trasformò, creando una diversa comunità tecnologica.

(34) IBIDEM, la dimensione dell'organizzazione interna delle aziende include il grado di coordinazione gerarchica o orizzontale, di centralizzazione o decentralizzazione, e l'allocatione delle responsabilità e della specializzazione dei compiti all'interno dell'azienda.

(35) IBIDEM., la cultura regionale per esempio, secondo SAXENIAN, è importante ma non è decisiva nel promuovere una particolare forma industriale. Ad esempio, negli anni '70 la Silicon Valley adottò principalmente modelli di gestione aziendale strutturati e perseguì strategie di business dirette alla autosufficienza anche se la cultura regionale promuoveva, invece, lo scambio aperto e la cooperazione informale.

(36) EAD., op. cit., p. 11.

La leadership del Mit (37) si concentrò sulle relazioni con le agenzie governative e sui supporti finanziari che provenivano dai produttori del settore dell'elettronica. Per contro i direttori di Stanford, privi di legami con il governo, promossero attivamente la formazione di nuove imprese tecnologie e di forum per la cooperazione con l'industria locale. Questi due diversi approcci avrebbero modellato il sistema industriale emergente nelle due regioni (38).

Le origini della Silicon Valley sono diffusamente collegate alla nascita della Hewlett-Packard nel 1937 e al ruolo che Stanford giocò nella rapida ascesa dell'economia regionale (39).

Secondo Saxenian l'organizzazione della produzione nelle due regioni si è differenziata dal suo principio e queste iniziali differenze delle strutture sociali e delle pratiche industriali rappresentano le fondamenta dello sviluppo di due distinti distretti industriali (40).

Nella Silicon Valley si creò una cultura tecnica che trascendeva le aziende, si svilupparono relazioni sociali meno formali e tradizioni collaborative che supportavano la sperimentazione. Le aziende erano organizzate come aggregazioni liberamente collegate attraverso i rispettivi di gruppi di ingegneri e, mancando una precedente

(37) Secondo SAXENIAN il Mit non investiva nelle emergenti startup perché riteneva l'investimento troppo rischioso, Id. p.12.

(38) EAD., op. cit., pp. 12-19 sulle origini storiche della Route 128 che risalgono alla fondazione del MIT, nel 1861. Con la fine della guerra nel Vietnam i contratti militari con la regione si ridussero drasticamente e molte aziende si accorsero che mancavano dell'organizzazione e delle capacità per competere nel settore privato del mercato. Ma alla fine degli anni 70 la regione divenne il centro dell'industria dei computer.

(39) EAD., op. cit., pp. 20-28, il Prof. Frederick Terman, trasferitosi dal Mit per diventare un professore di energia elettronica a Stanford, incoraggiò Hewlett e Packard a commercializzare un audio oscillatore che aveva disegnato Hewlett mentre lavorava alla sua tesi. Un piccolo gruppo di aziende tecnologiche, supportate da Terman, crebbe parallelamente alla HP per fornire un fondamento all'industria emergente elettronica nella regione. Terman trasformò il programma di Stanford in ingegneria elettronica in uno dei migliori del paese.

L'università incoraggiava le aziende a reclutare nei corsi di laurea direttamente o attraverso un network e Terman promosse lo sviluppo dello Stanford Industrial Park in cui molte aziende si trasferirono per beneficiare della prossimità con l'università.

Il venture capital sostituì gli investimenti militari per finanziare le startup della Silicon Valley nei primi anni '70.

(40) EAD., op. cit., p. 29.

tradizione industriale, le aziende della Silicon Valley erano aperte ai rischi e alla sperimentazione.

In un'industria caratterizzata da un rapido cambio tecnologico e un'intensa competizione, una comunicazione così informale aveva spesso più valore degli incontri convenzionali.

Lo scambio di informazioni era costante, i concorrenti si consultavano l'un l'altro su questioni tecniche con una frequenza altrove sconosciuta e il network dei professionisti funzionava anche come rete di ricerca lavoro così che la mobilità divenne la norma.

La superiorità sul mercato delle piccole aziende innovative rispetto alle grandi aziende orientava la scelta del lavoro per gli ingegneri della regione, che restavano al massimo due o tre anni nello stesso luogo di lavoro (41).

L'alto tasso di mobilità forzò le compagnie tecnologiche a competere intensamente per il reclutamento degli ingegneri più esperti e le aziende cominciarono ad offrire bonus, stock options (42), alti salari e progetti innovativi per attrarre il personale più qualificato (43).

Le prime azioni legali contro i dipendenti dimissionari si dimostrarono inconcludenti e molte delle aziende accettarono l'elevato turnover come un costo da sostenere per fare

(41) EAD., op. cit., pp. 30-35, secondo una testimonianza anonima raccolta da SAXENIAN, nessun dipendente restava in una stessa azienda per vent'anni, come accadeva nella costa est.

(42) Secondo BOOTH c'è un altro meccanismo con cui le aziende californiane possono vincolare i propri dipendenti e cioè l'equity e la possibilità di poterla acquistare tramite stock options. Sebbene la retribuzione azionaria al di fuori del settore tecnologico sia spesso limitata ai manager di alto livello, è abbastanza comune nel settore tecnologico che la maggior parte dei dipendenti (o almeno quelli che si potrebbero definire professionisti) siano così compensati. Secondo BOOTH questo ampio ricorso al capitale azionario può essere in parte giustificato dal divieto ex lege dei patti di non concorrenza in California. Secondo BOOTH la retribuzione mediante equity offre plurimi benefici alle aziende: (i) stimola la produzione dei dipendenti per l'ovvia ragione che il maggior rendimento azionario dipende anche dalle loro prestazioni lavorative; (ii) la compensazione azionaria consente alla azienda soprattutto quelle di nuova costituzione di risparmiare liquidità e quando le opzioni vengono esercitate, la società riceve liquidità pari al prezzo di esercizio; (iii) costringe l'azienda a cercare e pianificare la liquidità; (iv) se l'equity è una parte significativa della retribuzione di un dipendente, il dipendente sarà costretto a riflettere attentamente sulle prospettive dell'azienda datore di lavoro ed è probabile che la compensazione di equità induca i dipendenti ad avere una visione aziendale a lungo termine.

Inoltre, secondo BOOTH l'uso diffuso della compensazione azionaria in California potrebbe aver indotto un atteggiamento più cooperativo in generale. Contrario sul tema è HYDE, op. cit. p. 190 e 205, secondo il quale non c'è prova della stretta relazione tra pagamento in stock options e fidelizzazione dei dipendenti e va tenuto a mente che anche se si tratta di una flessibilità che ha contribuito alla crescita dell'industria ad alta tecnologia, non si tratta di pensioni o di accantonamenti a beneficio dei dipendenti.

(43) Su questo tema v. BOOTH, op. cit., secondo il quale l'equity è il vero collante dipendente-azienda della regione. Critico, invece, sulla remunerazione con capitale di rischio ai dipendenti è HYDE che sostiene la necessità dell'intervento pubblico sulla materia per garantire i risparmi pensione dei dipendenti.

affari nella regione, così spesso gli impiegati lasciavano il precedente luogo di lavoro con l'intesa che se il nuovo impiego non avesse funzionato, potevano tornare (44).

Questo ambiente, secondo Saxenian, ha accelerato la diffusione delle capacità tecniche e del know-how all'interno della regione e, anche se ai dipendenti dimissionari veniva frequentemente richiesto di sottoscrivere accordi di riservatezza che impedivano loro di rivelare i segreti aziendali, quando si spostavano da un'azienda a un'altra portavano con loro la conoscenza, le abilità e l'esperienza acquisita dal precedente lavoro (45).

In breve tempo si costruì e diffuse l'archetipo della startup della Silicon Valley. Si trattava di gruppo informale di amici o di precedenti colleghi desiderosi di realizzare un'idea innovativa (46). Tratteggiavano un business plan, cercavano fondi e consigli da venture capitalist, spesso ingegneri o imprenditori (47), i quali reinvestivano i capitali nelle locali startup e offrivano un nuovo modello informale di istituzione finanziaria. Portavano con loro le capacità tecniche, l'esperienza operativa, un network di contatti nel settore industriale ed erano attivamente coinvolti nel rischio in cui avevano investito. I venture capitalist erano imprenditori che dovevano la propria capacità patrimoniale alle fortunate cessioni di precedenti startup e possedevano le esperienze necessarie a coadiuvare la gestione aziendale (48).

Nonostante la densa rete tra le aziende, la competizione era alta e la struttura industriale frammentata consentì alla regione di sviluppare una industria diversificata ed adattabile: le difficoltà di un'azienda non potevano destabilizzare l'intera industria e il fallimento di un'industria non poteva minacciare l'intera regione.

La frammentazione industriale non determinò una vulnerabilità competitiva o una debolezza economica, ma contribuì invece alla flessibilità e alla resilienza del tessuto industriale (49).

(44) EAD., op. cit., p. 35, 36, i percorsi si incrociavano, un collega poteva diventare un cliente o un concorrente, il capo di oggi poteva diventare il dipendente di domani. Un direttore esecutivo riferisce a SAXENIAN che il network in Silicon Valley trascende la fedeltà aziendale. Gli ingegneri più anziani dell'azienda sono costantemente al telefono e condividono informazioni con i concorrenti così il direttore sa cosa i suoi concorrenti dicono nei loro discorsi e loro sanno cosa lui dice nelle conversazioni private.

(45) EAD., op. cit., p. 36.

(46) EAD., op. cit., p. 39.

(47) EAD., op. cit., p. 40.

(48) EAD., op. cit., p. 39.

(49) EAD., op. cit., pp. 43-44.

Le aziende si concedevano reciproche licenze di utilizzo dei rispettivi brevetti perché, come riferito da Robert Noyce a Saxenian, diversamente nessuno avrebbe potuto utilizzare l'ultima tecnologia esistente (50).

I rapporti contrattuali di fonte secondaria, con cui i produttori si assicuravano la reperibilità di fornitori alternativi dei loro prodotti sul mercato, consentirono ulteriormente la diffusione di capacità tecniche all'interno della regione. La pratica dell'approvvigionamento secondario, utilizzata dal Pentagono per assicurarsi provviste di riserva, proseguì anche dopo la fine del mercato militare come garanzia di approvvigionamento dei componenti e aiutò ad aumentare le capacità della comunità di ingegneri della regione (51).

L'imitazione e il reverse engineering erano pratiche comunemente impiegate per l'aggiornamento tecnologico, ma anche perché difficilmente le aziende agivano in protezione delle private (52).

Il paradosso della Silicon Valley era che la competizione richiedeva innovazione continua, che per contro richiedeva cooperazione tra le aziende (53).

Le imprese del settore high-tech della Route 128 adottarono, invece, le pratiche autarchiche e le strutture tipiche della precedente generazione di sviluppo industriale della costa est: trade secrets e territorialità governavano le relazioni tra individui e aziende, le gerarchie tradizionali prevalsero all'interno delle aziende, mentre le relazioni con le istituzioni locali erano infrequenti o addirittura osteggiate.

(50) EAD., op. cit., p. 45.

(51) IBIDEM.

(52) IBIDEM.

(53) EAD., op. cit., pp. 46 – 58, il modello aziendale era quello creato da Hp. Lo stile dirigenziale era caratterizzato dalla fiducia nella motivazione individuale, oltre che dalla previsione di generosi benefit agli impiegati e dalla cultura aziendale familiare,

Negli anni '60 e '70 la Silicon Valley assimilò alcuni aspetti del modello Hp e Intel. Molti fornivano generose stock options a tutti gli impiegati. Il modello delle associazioni orizzontalmente collegate dei gruppi di lavoro descrive la vita all'interno della Silicon. E ha contribuito all'assenza dei sindacati all'interno delle aziende tecnologiche.

La crisi del modello arrivò, secondo SAXENIAN, a causa dell'individualismo americano che portò le imprese della regione ad attribuire la crescita alle capacità individuali e ai rischi assunti dagli imprenditori. Assumendo che il dinamismo del libero mercato si sarebbe auto perpetuato e auto governato non videro il bisogno di partecipare alla fondazione istituzionale della loro vitalità. Questa mancanza di auto comprensione li portò ad assumere decisioni che avrebbero minacciato il dinamismo che il distretto aveva creato.

L'economia regionale si assestò su di un gruppo atomistico di imprese che mancava di collegamenti con il tessuto sociale o commerciale (54).

Il sistema basato sulle aziende indipendenti offriva i vantaggi della stabilità assicurata da un'economia di scala, ma era lento a rispondere ai cambi del mercato e delle tecnologie (55).

Secondo Saxenian questo tipo di struttura industriale rifletteva le origini storiche della regione: la società del New England, a metà del ventesimo secolo, era caratterizzata da tradizioni conservatrici risalenti al diciassettesimo secolo e l'etica gerarchico-autoritaria del puritanesimo continuò a influenzare la cultura regionale per secoli (56).

Il percorso desiderato di carriera nella Route 128 era rappresentato dalla prospettiva di progressione all'interno di una grande azienda, dotata di una buona reputazione.

La pratica di lasciare una grande azienda per una piccola startup innovativa era sconosciuta e anche gli investitori erano più formali e conservatori, raramente avevano l'esperienza operativa dell'industria delle tecnologie che avrebbe consentito loro di aiutare l'azienda in cui avevano investito, in caso di difficoltà operative (57).

In sostanza non c'era, secondo una testimonianza ricevuta da Saxenian (58), un vero e proprio investimento di rischio e gli investitori erano prevalentemente istituzionali.

Anche il Mit, secondo Saxenian, ignorò i risultati ottenuti da Stanford con i programmi di promozione dell'interazione tra università e aziende tecnologiche locali (59).

C'era un network anche nella Route: un piccolo circolo di dirigenti che si conoscevano l'un l'altro e che condividevano idee attraverso i business forum; una élite coesa e munita di una stessa visione politica e sociale (60).

(54) EAD., op. cit., p. 59.

(55) EAD., op. cit., p. 60.

(56) IBIDEM, questo collegamento alle famiglie, al vicinato, e alla comunità assicurava una rigida separazione tra lavoro vita sociale tra gli ingegneri della Route 128. Gli ingegneri della Silicon Valley mancavano di radici locali e quindi svilupparono identità condivise attorno al progetto comune di sviluppare nuova tecnologia, distinguendo appena tra vita professionale e lavorativa. Questo modello non si sviluppò nella Route 128.

(57) EAD., op. cit., pp. 61-64.

(58) EAD., op. cit., p. 65, Gordon Bell, vice presidente della Dec dal 1960 al 1970, poi divenuto consulente nella Silicon Valley.

(59) EAD., op. cit., p. 66.

(60) EAD., op. cit., p. 69.

La struttura della Route 128 era definita dalla ricerca di autosufficienza o di autarchia aziendale. La lunga predominanza della produzione militare rinforzò l'autarchia militare e anche le imprese tecnologiche imitavano la struttura delle imprese tradizionali di produzione di massa (61).

4.

L'Inversione Regionale.

Nel 1975 le posizioni si sono invertite: l'impiego nella Silicon Valley è triplicato e nella Route 128 è scemato (62). Secondo Saxenian l'incapacità della Route 128 di mantenere il primato nel settore dei semiconduttori offre un punto di vista privilegiato per comprendere i limiti del sistema basato sull'azienda autonoma, inadeguato al ritmo delle tecnologie e del mercato (63).

Questo tipo di azienda, riferisce lo studio condotto da Saxenian, si è sviluppato in un ambiente oligopolista in cui l'enfasi era posta sulla riduzione dei costi di produzione, piuttosto che sulla spinta a introdurre rapidamente sul mercato prodotti o procedimenti innovativi. I settori dei semiconduttori erano strettamente controllati e mancavano di autonomia organizzativa o di incentivi per rispondere rapidamente al cambio tecnologico. Molte aziende avevano eretto barriere interne che avevano indebolito le comunicazioni e le interazioni tra r&d, la manifattura e il marketing (64).

Nonostante le differenze, le principali aziende di ciascuna regione avevano adottato un tipo di produzione mono-prodotto per ridurre i costi, rinunciando all'innovazione.

La crisi per entrambe le regioni arrivò negli anni '80: i produttori della Silicon Valley avevano ceduto il controllo del mercato dei semiconduttori alla più efficiente manifattura giapponese, mentre le aziende che producevano minicomputer nella Route 128 assistevano all'ascesa dei personal computer.

(61) EAD., op. cit., pp. 70-72, le aziende assumevano detective privati per monitorare eventuali lacune nella sicurezza e spesso convenivano in giudizio i concorrenti e i precedenti impiegati per evitare la perdita di informazioni aziendali.

(62) EAD., op. cit., p. 78, figura 2.

(63) EAD., op. cit., p. 78, c'erano anche ostacoli manifatturieri alla produzione di massa.

(64) EAD., op. cit., pp. 80-82.

Secondo Saxenian entrambe le regioni non riconobbero i limiti di un modello di business che richiedeva stabilità, in un ambiente caratterizzato dalla volatilità delle tecnologie e del mercato (65).

Per la Silicon Valley il momento di crisi arrivò a causa del passaggio dal modello della startup innovativa a quello dell'azienda strutturata per un'economia di scala (66).

La Silicon Valley si allontanò così dalla sua capacità di identificare le tendenze e i mercati e ci volle una nuova generazione di start up negli anni '80 per realizzare e poi commercializzare una serie di nuove tecnologie che si erano nel frattempo perse.

Le principali aziende nella Silicon Valley decentrarono la produzione e, perseguendo strategie di produzione autarchica, si resero vulnerabili rispetto alla concorrenza della manifattura giapponese e delle startup più innovative della regione; e persero così una quota del mercato (67).

Nella Route 128 la crisi dei minicomputer determinò per la regione un prolungato declino. In questo caso la concorrenza era endogena, proveniva dalle startup regionali e dalla Silicon Valley.

La differenza tra le due regioni, secondo Saxenian, era nei modelli: le aziende della Silicon Valley non realizzarono mai una vera e propria integrazione verticale e continuarono ad appoggiarsi su modelli locali di mobilità interaziendale e di scambio informale.

Queste relazioni avrebbero facilitato il recupero dell'economia regionale (68).

La Silicon Valley si riprese in fretta dalla crisi dei semiconduttori e alla fine del 1980 sostituì la Route 128 ponendosi al centro del sistema di innovazione dei computer (69).

(65) EAD., op. cit., p. 83.

(66) IBIDEM, i produttori della Silicon Valley abbracciarono le strategie della produzione di massa nel momento in cui i loro concorrenti in Giappone avevano adottato un modello più flessibile di produzione. Quindi, le aziende della Silicon Valley abbandonano la strada nuova per adottare la vecchia e più tradizionale via della produzione di massa. Divenne presto chiaro che il vantaggio dell'industria giapponese nei semiconduttori risiedeva nel basso costo del lavoro, in una combinazione di politiche locali e istituzioni che promossero gli investimenti e l'innovazione nell'alto volume della manifattura.

(67) EAD., op. cit., pp. 88-95.

(68) EAD., op. cit., pp. 95- 104.

(69) EAD., op. cit., p. 105.

Gli imprenditori degli anni '80 nella Silicon Valley rifiutarono il modello di azienda dei loro predecessori e ritornarono al sistema fondato sul network e sulla maggior flessibilità, che contribuì alla rinascita della regione.

La Route 128 era invece isolata e ripeteva i precedenti modelli alla ricerca di stabilità (70).

Secondo Saxenian la diversa performance delle due regioni negli anni '80 non può essere attribuita ad altre differenze regionali, quali i costi sostenuti dalle aziende associate all'immobiliare, i salari o le imposte. Il costo degli immobili era più elevato nella Silicon Valley, così anche i salari e non c'erano differenze significative nel regime fiscale (71).

Alla fine degli anni '80 la Silicon Valley non era più la comunità ristretta di individui che aveva caratterizzato la sua origine e si era affermata una nuova volontà di ricorrere alle strategie giudiziali nei confronti dei precedenti impiegati, ma l'approccio «culturale» rimase invariato (72) e ben sintetizzato dalla testimonianza rilasciata a Saxenian da un venture capitalist della regione (73): *“In Silicon Valley, I learn that my buddy is designing a new chip, so I develop a system to use it and have a big lead on the competition. Likewise, I can design a new Conner Peripherals disk drive into my product before my competitors elsewhere have heard of Conner”*.

B.

L'«Infrastruttura Legale» e l'Invalidità dei Patti di Non Concorrenza Definiscono il Distretto Innovativo, Secondo Gilson.

Gilson ha analizzato per primo i distretti industriali ad alta tecnologia dal punto di vista dell'«infrastruttura legale» posta alla base dell'agglomerazione delle economie e della concentrazione all'interno di una regione di imprese ad alta tecnologia (74).

L'efficienza del trasferimento delle conoscenze, secondo Gilson, è modellata da due gruppi di norme giuridiche: quelle che regolano la proprietà intellettuale e, perché la

(70) IBIDEM.

(71) SAXENIAN, p. 108, così anche HYDE, op. cit.

(72) EAD., op. cit., p. 111.

(73) EAD., op. cit., p. 114, Howard Anderson, Yankee Group and Battery Ventures, intervista con l'Autore, 18 dicembre 1990.

(74) Vedi p. 577, GILSON, op. cit.

conoscenza tacita (75) possa essere trasferita nel modo più efficace tra i soggetti che la detengono, quelle che regolano la mobilità dei dipendenti (76).

Secondo Gilson la disciplina legale influenza in modo determinante le dinamiche dei distretti industriali ad alta tecnologia e, in particolare, le norme che disciplinano la validità dei patti di non concorrenza giustificano le differenze esistenti tra i distretti industriali (77).

I patti di non concorrenza, in particolare, sono idonei a limitare la circolazione dei dipendenti tra le imprese e le startup e, con essa, la trasmissione di conoscenza (il c.d. spillover dei dipendenti).

Questa ricostruzione consente di collegare direttamente l'infrastruttura legale al meccanismo che attribuisce un rendimento crescente alla conoscenza all'interno di un distretto industriale: (i) la conoscenza, e in particolare la conoscenza tacita, circola tra le imprese attraverso lo spostamento dei dipendenti tra i datori di lavoro e le startup; (ii) in secondo luogo, questo aspetto dell'infrastruttura legale illustra l'importanza delle condizioni iniziali per la costituzione di un distretto industriale.

(75) ID., op. cit., p. 582 e note 23-24, qui GILSON si riferisce alle abilità e all'esperienza associate alla creazione, allo sviluppo e all'implementazione dell'innovazione, la cui circolazione richiede prossimità e crea il potenziale per l'agglomerazione delle economie. V. R. P. MERGES, *Property Rights Theory and Employee Inventions in Corporate Governance Today* 19 (Apr. 28, 1998) «A great deal of the relevant information is in the form of trade secrets or “tacit” knowledge and know-how.... Accounts of industrial R&D and invention almost universally mention the importance of hands-on experience, much of it gained over time and in the course of interactions with other researchers, manufacturing personnel, and marketing experts in the firm».

(76) ID., op. cit., p. 577.

(77) ID., op. cit., p. 578, allo stesso modo si veda BOOTH, op. cit., p. 4 secondo il quale, facendo rispettare i patti di non concorrenza, la legge del Massachusetts ha protetto le attività di prima generazione, ma ha ritardato la crescita delle attività di seconda generazione, da ultimo v. la relazione sull'uso dei patti di non concorrenza nel mercato italiano di T. BOERI, A. GARNERO E L. GIOVANNI LUISETTO, *The role of non-compete in Monopsony: the case of Italy, XXIV European Conference 12 September 2022*, Chioggia, Fondazione Ing. Rodolfo De Benedetti; è contrario R. W. GOMULKIEWICZ, *Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation*, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=2612246>, secondo il quale Washington realizza gli stessi vantaggi della libera mobilità dei dipendenti e degli spillover di conoscenze senza gli aspetti ritenuti negativi del divieto assoluto di non concorrenza.

La diversità delle norme giuridiche che disciplinano i patti di non concorrenza in California (78) e in Massachusetts (79) aiutano a interpretare la diversa mobilità

(78) La normativa californiana in materia di patti di non concorrenza del dipendente è stata oggetto di ulteriore intervento legislativo nei mesi di ottobre e novembre 2023; su questo tema si rinvia al Capitolo II, § A. 1.5.

(79) Fin dal primo caso su una convenzione restrittiva, il Massachusetts ha guardato al diritto comune inglese. Fino al 2004, la giurisprudenza del Massachusetts ha continuato a citare e a fare affidamento sulla storica giurisprudenza inglese in tema di clausole di non concorrenza. Poiché il Massachusetts ha modellato la legge sui patti di non concorrenza dei dipendenti sulle dottrine del diritto comune inglese, comprendere la storia della legge del Massachusetts sugli accordi di non concorrenza dei dipendenti richiede necessariamente uno sguardo attento a come i tribunali inglesi hanno modellato la legge comune sull'argomento; e su questi tempi si rinvia ampiamente al Capitolo II, § B.1.

Il Massachusetts Noncompetition Agreement Act è stato inserito nelle Leggi Generali come articolo 24L del capitolo 149, Lavoro e industrie. L'articolo 24L è suddiviso in sei sottosezioni: (a) definizioni; (b) da (i) a (viii) stabilisce i requisiti minimi per un accordo di non concorrenza valido e applicabile; (c) indica le tipologie di lavoratori nei confronti dei quali un patto di non concorrenza non sarà opponibile; (d) autorizza un tribunale, a sua discrezione, a riformare o altrimenti rivedere un accordo di non concorrenza; (e) disciplina la scelta delle disposizioni di legge; e (f) prevede le disposizioni sulla giurisdizione e sulla sede per le azioni civili relative agli accordi di non concorrenza dei dipendenti soggetti alla sezione 24L. La legge riduce drasticamente il numero di dipendenti del Massachusetts che possono essere soggetti ad accordi di non concorrenza validi, incorporando le disposizioni del Fair Labour Standards Act che distinguono tra dipendenti "orari" (non esenti) e dipendenti stipendiati (esenti) e vieta l'applicazione di accordi di non concorrenza ai dipendenti non esentati, ovvero al vasto numero di lavoratori orari (Sezione 24L(c)(i)). La legge vieta, inoltre, l'applicazione degli accordi di non concorrenza nei confronti di dipendenti particolarmente vulnerabili, come gli studenti universitari o i laureati in stage o in altro impiego a breve termine, retribuito o non retribuito (c) (ii); dipendenti licenziati senza giusta causa o licenziati (c)(iii); e dipendenti di età pari o inferiore a 18 anni (c)(iv). Oltre a ciò, i datori di lavoro (i) possono stipulare accordi di non concorrenza sia con i lavoratori autonomi che con i dipendenti; (ii) non possono far valere patti di non concorrenza nei confronti di una persona licenziata o licenziata senza motivo, a meno che le clausole di non concorrenza siano concordate nell'ambito di un accordo di fine rapporto. La nuova disciplina non definisce la causa ai fini di questa disposizione; (iii) i datori di lavoro che richiedono a un dipendente neoassunto di firmare un accordo di non concorrenza devono offrire un corrispettivo per la previsione di una garden leave o qualche "altro corrispettivo concordato di comune accordo". Per quanto riguarda gli accordi di non concorrenza presentati ai dipendenti in servizio, la legge richiede solo una consideration equa e ragionevole, ma non definisce tali ultime nozioni. Allo stesso modo, la disciplina in esame non fornisce ulteriori indicazioni su cosa costituisca un "altro corrispettivo concordato di comune accordo" per i nuovi assunti. La definizione garden leave, utilizzata nella nuova disciplina, è individuata nel 50% della retribuzione annuale, più alta, pagata al dipendente negli ultimi due anni. Per quanto riguarda la tempistica del pagamento della garden leave, la legge prevede che venga pagata dopo che il dipendente lascia il posto di lavoro, e solo se il datore di lavoro desidera ancora far rispettare l'accordo. Può essere pagato tramite somma forfettaria o in rate salariali nell'arco di un anno entro il quale la concorrenza è limitata. Se un datore di lavoro sceglie di non far valere un patto di non concorrenza precedentemente stipulato, non è tenuto a pagare il corrispettivo del congedo di garden leave. I datori di lavoro devono ora adottare clausole di non concorrenza formulate in modo chiaro e dal contenuto ragionevole, secondo la previsione normativa, ovvero: (i) durata ragionevole: salvo limitate eccezioni, secondo la nuova normativa, la durata massima

lavorativa dei dipendenti all'interno delle due regioni e quindi la diversa circolazione delle conoscenze che Saxenian identifica come un fattore critico nella comprensione delle prestazioni differenziali della Silicon Valley e della Route 128.

In California, la section §16600 del Codice delle Imprese e delle Professioni prevede che «every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void (80)».

La giurisprudenza californiana ha interpretato la section §16600 in modo piuttosto ampio (81) e, anche se alcuni obiter dicta hanno considerato valido il patto di non concorrenza

consentita per un patto di non concorrenza è di un anno. La durata può essere estesa a due anni qualora l'ex dipendente abbia violato un obbligo di fedeltà nei confronti della società o si sia impossessato illecitamente di beni aziendali; (ii) ragionevole portata della condotta vietata: secondo la nuova legge, la condotta limitata non deve essere “più ampia di quanto necessario a proteggere i legittimi interessi commerciali del datore di lavoro”. La disciplina normativa prosegue affermando che la restrizione deve essere limitata alle “tipologie specifiche di servizi forniti dal dipendente in qualsiasi momento durante gli ultimi due anni di lavoro”; (iii) ragionevolezza della limitazione geografica: secondo la nuova legge, le restrizioni geografiche relative ai luoghi in cui un ex dipendente non può competere sono limitate all'area in cui, durante gli ultimi due anni di impiego, il dipendente ha fornito servizi o ha esercitato una “presenza o influenza materiale”. La normativa non definisce la locuzione “presenza o influenza materiale”. I datori di lavoro devono inoltre rispettare diversi nuovi ostacoli procedurali prima che un accordo di non concorrenza diventi esecutivo: l'accordo deve essere stipulato in forma scritta; deve essere firmato da entrambe le parti; deve essere consegnato al potenziale dipendente prima della formale offerta di un impiego o dieci giorni prima dell'inizio del rapporto di impiego; l'azienda deve informare il candidato dipendente che ha il diritto di consultare un avvocato prima di sottoscrivere l'accordo. Si veda ex multis J. COHEN, K. BREDI, T. J. CAREY JR., *Employee Noncompetition Laws and Practices*, Massachusetts Law Review, 2022.

(80) Questa la formulazione del testo normativo quando il contributo di GILSON è stato pubblicato e si farà riferimento ad essa in queste pagine, per una versione aggiornata alla recente novella legislativa cfr. Business and Professions Code § 16600, consultabile al sito: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=16600.&lawCode=BPC, e si rinvia all'analisi svolta nel Capitolo II §A.1.5.

(81) ID., op. cit., p. 607 e la nota (98).

che protegga il segreto commerciale (82), tale principio non sembra aver trovato applicazione (83).

Inoltre, secondo Gilson, la giurisprudenza applicava la section §16600 a tutti i dipendenti residenti nello stato della California cosicché la norma non poteva essere elusa mediante il rinvio negoziale alla legge di un altro stato (84).

Secondo Gilson questo tipo di disciplina legale ha indotto i datori di lavoro, per quanto con riluttanza, ad adottare una strategia diversa, quella della cooperazione e della concorrenza; strategia che avrebbe generato, secondo un processo dinamico, le attuali caratteristiche della Silicon Valley.

Anche se le singole aziende sono incentivate ad avvantaggiarsi degli spillovers derivanti dalla mobilità aziendale e a limitare la mobilità dei propri dipendenti, il divieto previsto

(82) In *Scott v. Snelling & Snelling, Inc.*, 732 F. Supp. 1034 (N.D. Cal. 1990), la corte distrettuale della California ha affermato che “California courts recognize a judicially created exception to section 16600 and will enforce a restrictive covenant to protect employer's trade secrets”, disponibile al sito: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/732/1034/2253054/>; in *Trans-American Collections, Inc. v. Continental Account Servicing House, Inc.* 342 F. Supp. 1303, 1305 (D. Utah 1972), disponibile al sito: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/342/1303/2339753/>, la corte distrettuale ha osservato che in California il patto di non concorrenza può essere applicabile ove necessario per proteggere i segreti commerciali; in *Muggill v. Reuben H. Donnelly Corp.*, 398 P.2d 147, 149 (Cal. 1965), disponibile online al sito <https://scocal.stanford.edu/opinion/muggill-v-reuben-h-donnelley-corp-27235>, la corte ha ritenuto che i patti di non concorrenza sono inapplicabili “unless they are necessary to protect the employer's trade secrets”; *Fowler v. Varian Assocs., Inc.*, 241 Cal. Rptr. 539, 544-45 (Ct. App. 1987), disponibile al sito: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/196/34.html>, la corte ha affermato che licenziare il lavoratore perché ha prestato assistenza ai concorrenti del datore di lavoro non viola la libertà di concorrenza ai sensi della section 16600 “as agreements designed to protect an employer's proprietary information do not violate section 16600”.

(83) Né HYDE, op. cit., né GILSON, op. cit., riportano casi contrari; nel caso Scott, supra, la corte ha rifiutato di far rispettare un patto di non concorrenza perché non ha rilevato trade secrets proteggibili; ma si veda su questo tema più ampiamente il Capitolo II, §A. 1.

(84) Vedi *Frame v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 97 Cal. Rptr. 811, 814 (Ct.App. 1971), disponibile online al sito: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/20/668.html>, in cui la corte ha applicato la legge della California per invalidare il piano di partecipazione agli utili che negava i benefici pattuiti se l'ex dipendente avesse violato il patto di non concorrenza con il datore di lavoro, nonostante il piano fosse valido ai sensi della legge di New York scelta contrattualmente dalle parti, (“[S]ection 16600 ... has been held by the California courts to represent a strong public policy which would override the choice of law provision in the contract”).

dalla section §16600 preclude questo ultimo obiettivo e determina una sovrapposizione tra la strategia individuale e quella collettiva (85) (86).

Secondo Gilson (87), il confine tra la conoscenza generale del dipendente, quella specifica del settore industriale e i segreti commerciali del datore di lavoro è disegnato dall'Uniform Trade Secrets Act (UTA) (88), adottato dalla maggioranza degli stati Usa

(85) ID., op. cit., pp.608-609.

(86) ID., op. cit., p. 579, GILSON osserva che il divieto californiano dei patti di concorrenza non è motivato da una decisione politica di valorizzazione dell'innovazione, ma si tratta di una mera casualità storica: il divieto della California risale al 1870 ed è un risultato fortuito, determinato dalla coincidenza tra la nascita del movimento di codificazione negli Stati Uniti in quel periodo e la determinazione dello stato della California di sviluppare un sistema giuridico coerente.

(87) ID., op. cit., p. 597.

(88) Negli Stati Uniti, il segreto commerciale è una materia di giurisdizione statale piuttosto che federale. Storicamente, i segreti commerciali erano disciplinati dal common law. Nel 1979, la Conferenza nazionale dei commissari sulle leggi statali uniformi approvò e raccomandò agli stati l'adozione dell'Uniform Trade Secrets Act (UTSA). Lo Uniform Trade Secrets Act (UTA) definisce i trade secrets come «information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy», Unif. Trade Secrets Act § 1(4), 14 U.L.A. 437-38 (West 1990).

Prima dell'entrata in vigore del DTSA, le parti potevano agire contro l'appropriazione indebita dei segreti commerciali solo nei tribunali statali e in conformità della legge statale. L'Uniform Trade Secrets Act (UTSA) pubblicato dalla Uniform Law Commission ha fornito un quadro per aiutare gli stati a stabilire linee guida standard. La maggior parte degli stati, inclusa la California, ha adottato l'UTSA, tuttavia l'UTSA non viene eseguito e interpretato in modo coerente tra gli stati.

Il DTSA ha rappresentato un tentativo di unificazione del corpus giuridico. La nuova legge è entrata in vigore l'11 maggio 2016 e si applica a qualsiasi appropriazione indebita di segreti commerciali avvenuta a partire da tale data. È importante notare che è possibile comunque introdurre un giudizio per appropriazione indebita di segreti commerciali presso un tribunale statale; tuttavia, se il segreto commerciale è “correlato a un prodotto o servizio utilizzato o destinato all'uso nel commercio interstatale o estero”. “la parte può scegliere di adire un tribunale federale.

Il DTSA non prevale sulle leggi statali esistenti; piuttosto, il nuovo schema federale fornisce a tutti coloro che intendano agire in protezione dei segreti commerciali l'accesso diretto ai tribunali federali. Il DTSA proibisce espressamente qualsiasi ingiunzione che sia in conflitto con le leggi statali che vietano l'applicazione di accordi di non concorrenza o con leggi statali che vietano qualsiasi restrizione all'esercizio di una professione, di un commercio o di un'impresa (come il California's Business & Professions Code 16600 et seq.).

S. K. SANDEEN, E. A. ROWE, *Debating Employee Non-Competes and Trade Secrets*, 33 Santa Clara High Tech. L.J. 438 (2016), disponibile al sito <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol33/iss4/1>, pp. 450 e 451, considera, in particolare, la sezione 1836 (b)(3)(A)(i), che prevede che un tribunale possa emettere un'ingiunzione a condizione di non: (I) impedire a una persona di avviare un rapporto di lavoro e le condizioni poste in tale rapporto di lavoro devono essere basate sulla prova della minaccia di un'appropriazione indebita e non semplicemente sulle informazioni di cui la persona è a conoscenza; o (II) altrimenti in conflitto con una legge statale applicabile che vieta restrizioni all'esercizio di una professione, commercio o impresa legale. Questa formulazione testuale, secondo SANDEEN, potrebbe essere interpretata allo scopo di impedire a un tribunale di concedere un'ingiunzione che vieti a un dipendente di lavorare per

(compresa la California), ma (all'epoca del contributo di Gilson) non dal Massachusetts che aveva però definito la nozione di trade secrets in modo non difforme (89).

un altro datore di lavoro in qualsiasi stato, anche negli stati che applicano accordi di non concorrenza, quantomeno ove non siano invocabili i rimedi disponibili per l'appropriazione indebita di segreti commerciali ai sensi del DTSA. Ne consegue quindi che i datori di lavoro negli stati che applicano le clausole di non concorrenza dovranno fare affidamento sulla legge statale sui contratti e sui segreti commerciali per impedire ai dipendenti di lavorare per i concorrenti. Per i lavoratori stabiliti in stati come la California, l'applicazione del DTSA rispecchierà in gran parte la legge statale esistente in materia. Per quanto riguarda la dottrina della divulgazione inevitabile, il DTSA non adotta la dottrina, impedendo invece apparentemente l'applicazione della dottrina negli stati che la riconoscono. La formulazione della sezione 1836(b)(3)(A)(i)(I), prevede che un'ingiunzione debba basarsi sulla prova di una minaccia di appropriazione indebita e non semplicemente sul fatto che un individuo sia a conoscenza di determinate informazioni. Tuttavia, la clausola generale che precede tale formulazione, e che vieta le ingiunzioni restrittive dell'occupazione, sembra secondo SANDEEN incompatibile con la dottrina della divulgazione inevitabile (che impedisce a un dipendente di lavorare per un concorrente per un certo periodo).

(89) *Id.*, op. cit., p.598; si precisa che successivamente al contributo di GILSON, ovvero il 1° ottobre 2018, il Massachusetts è diventato il penultimo stato ad adottare l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA). In tal modo, il Massachusetts ha rivisto sia la definizione di "segreto commerciale" sia i rimedi legali per l'appropriazione indebita (che si applicano solo all'appropriazione indebita avvenuta per la prima volta dopo il 1° ottobre 2018). Sebbene l'UTSA codifichi in gran parte la legge esistente sui segreti commerciali del Massachusetts, differisce in tre modi significativi per i detentori di segreti commerciali.

In primo luogo, non è più necessario che i segreti commerciali siano suscettibili di un valore economico effettivo per essere tutelabili; i segreti commerciali anche muniti di un valore economico anche solo potenziale, sono ora tutelabili. Ciò è significativo, poiché secondo la precedente legge del Massachusetts solo i segreti commerciali in "uso continuativo" erano tutelabili. In altre parole, la precedente legge del Massachusetts consentiva ai concorrenti di trarre vantaggio dalla ricerca e sviluppo degli altri operatori, se il segreto commerciale (non importa quanto tempo ci fosse voluto per lo sviluppo, quanto fosse stato costoso svilupparlo o quanto fosse importante allo sviluppo di ulteriori segreti commerciali) non veniva più utilizzato, non era tutelabile. Al contrario, l'UTSA protegge gli investimenti dei detentori di segreti commerciali in ricerca e sviluppo proteggendo tutti i segreti commerciali, indipendentemente dal loro stato d'uso.

In secondo luogo, per ottenere un'ingiunzione contro gli ex dipendenti, i detentori del segreto commerciale non hanno più bisogno di dimostrare l'effettiva appropriazione indebita; i detentori di segreti commerciali potrebbero ora agire sulla base di una sola minaccia di appropriazione indebita. Anche questo è significativo, poiché le corti d'appello del Massachusetts non hanno adottato la dottrina della divulgazione inevitabile prevalente in altri stati e questa apparente codificazione della dottrina della divulgazione inevitabile provoca un'interessante svolta nella mobilità dei dipendenti (in particolare data l'approvazione del Massachusetts Noncompetition Agreement Act (GL cap. 149, § 24L).

Infine, nelle azioni per appropriazione indebita, se i detentori dei segreti commerciali possono dimostrare che l'appropriazione indebita è stata intenzionale e dolosa, l'UTSA consente ai tribunali di liquidare le spese legali.

La versione dell'UTSA che il Massachusetts ha adottato presenta notevoli somiglianze con il Defend Trade Secrets Act, la legge federale sui segreti commerciali. Entrambe le normative consentono un provvedimento ingiuntivo per prevenire qualsiasi "appropriazione indebita effettiva o minacciata" ed entrambi gli statuti prevedono che un segreto commerciale possa riguardare anche un'informazione munita di un valore economico "reale o potenziale" in quanto non generalmente nota. Sebbene uno degli aspetti più importanti del DTSA, il meccanismo di sequestro civile ex parte che consente alle vittime di furto di

La definizione dello UTA della nozione di violazione del segreto commerciale stabilisce che il titolare dell'informazione dimostri che il nuovo datore di lavoro dell'ex dipendente si è “appropriato indebitamente” (90) di informazioni appartenenti al primo, che le informazioni non erano generalmente note e che il precedente datore di lavoro aveva compiuto ogni ragionevole sforzo per proteggere la segretezza delle informazioni.

Dalla prospettiva di un datore di lavoro che intenda proteggere la propria conoscenza tacita emergono due problemi, uno sostanziale e un altro processuale.

Il problema sostanziale riguarda l'ampiezza dei margini che lo UTA richiede all'attore di rispettare: la distinzione tra la conoscenza tacita incorporata nel «capitale umano», ovvero il dipendente che produce valore economico indipendente, reale o potenziale, per il fatto di non essere generalmente nota e la conoscenza generale del dipendente o quella dell'industria particolare, è difficile da stabilire (91). E sono altrettanto incerti gli sforzi che il datore di lavoro dovrebbe impiegare per mantenere la segretezza.

Il problema procedurale, secondo Gilson, deriva dal problema sostanziale: tanto sono imprecisi i criteri stabiliti dallo UTA, tanto sono dispendiose e lunghe le controversie in materia di segreti commerciali.

segreti commerciali di ricorrere al tribunale per il sequestro del materiale segreto rubato, non è presente nella nuova legge sul segreto commerciale del Massachusetts, la versione del Massachusetts della l'UTSA consente al tribunale di adottare rimedi per proteggere il segreto commerciale in circostanze appropriate. Questa disposizione è simile alle disposizioni sui rimedi previsti dal DTSA e codificate nella sezione 18 USC § 1836(b)(3). Sia la versione del DTSA che quella del Massachusetts dell'UTSA consentono anche la condanna al risarcimento dei danni laddove un segreto commerciale venga sottratto intenzionalmente o dolosamente.

(90) La Section 1 dello UTA definisce “misappropriation” come: “(i) acquisition of a trade secret of another by a person who knows or has reason to know that the trade secret was acquired by improper means; or (ii) disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who (A) used improper means to acquire knowledge of the trade secret; or (B) at the time of disclosure or use, knew or had reason to know that his knowledge of the trade secret was (I) derived from or through a person who had utilized improper means to acquire it; (II) acquired under circumstances giving rise to a duty to maintain its secrecy or limit its use; or (III) derived from or through a person who owed a duty to the person seeking relief to maintain its secrecy or limit its use; or (C) before a material change of his [or her] position, knew or had reason to know that it was a trade secret and that knowledge of it had been acquired by accident or mistake. Unif. Trade Secrets Act § 1(2) (amended 1985), 14 U.L.A. 438 (West 1990)”.

(91) ID., op. cit., p. 599.

Secondo Gilson, la cultura d'impresa che sostiene un mercato del lavoro ad alta velocità disincentiva il contenzioso sui segreti commerciali contro gli ex dipendenti ed espone al rischio di sanzioni reputazionali (92) il datore di lavoro che intenda valersene (93).

La disciplina del Massachusetts, invece, è rappresentativa dell'approccio che tutela i patti di non concorrenza, adottato dalla maggioranza degli USA.

La legislazione degli Stati Uniti in questo settore deriva in gran parte dalla disciplina inglese che ha sviluppato un modello generale di applicazione dei patti di non concorrenza a partire da quelli stipulati dal cedente l'azienda e che ha previsto l'applicazione della *rule of reason* ai patti di non concorrenza del dipendente, sempreché la durata del patto e la sua estensione non siano maggiori di quanto necessario a tutelare un legittimo interesse commerciale del datore di lavoro e non contrastino con l'interesse pubblico (94).

Questa formulazione è comune a quella del Massachusetts e risale alla fine del XIX secolo (95).

Secondo Gilson (96), le circostanze individuate dalla giurisprudenza del Massachusetts per l'opponibilità di un patto di non concorrenza al dipendente sono ampie, poco coerenti e gli esiti del contenzioso riflettono l'elevata probabilità di pronunce di validità dei patti: su dieci decisioni relative ad una ingiunzione preliminare per il rispetto del patto di non concorrenza, secondo il resoconto di Gilson, tra il mese di febbraio 1994 e il mese di luglio 1996 ne sono state concesse otto (97).

Peraltro Gilson rileva che il procedimento ingiuntivo sommario, previsto per garantire il rispetto dei patti di non concorrenza, non è previsto per il caso di appropriazione indebita di segreti commerciali (98).

(92) Sulle sanzioni reputazionali vedi anche HYDE, op. cit.

(93) ID., op. cit., p. 601, secondo GILSON le pratiche di impiego a livello regionale evolvono spontaneamente verso un auto-equilibrio.

(94) Vedi Capitolo II, § B. 1.

(95) IBIDEM.

(96) ID., op. cit., p. 605.

(97) E. C. CASE, *Recent Developments in "Non-Compete" Litigation*, Mass. Law. Wkly, 1996.

(98) R. P. MERGES, *Intellectual Property in the New Technological Age* 89, 1997, "In a competitive industry, preventing the disclosure of trade secrets is far preferable to suing for misappropriation after they have already been disclosed. A noncompetition agreement may be a reasonable way for an employer to prevent a problem-and a lawsuit-before it starts".

In definitiva, secondo Gilson la disciplina giuridica del Massachusetts, che tutela il patto di non concorrenza, configura una condizione iniziale della costituzione del modello occupazionale della Route 128, della sua organizzazione industriale e della cultura aziendale, così invertendo l'ordine causale proposta da Saxenian.

Una probabilità significativa che un patto di non concorrenza venga applicato, come accade nel Massachusetts, detta una strategia di carriera diversa: favorisce modelli di carriera a lungo termine, di integrazione verticale e modelli di sviluppo dell'innovazione interna all'azienda piuttosto che estesa alla regione. E secondo Gilson questo aspetto dell'infrastruttura legale della Route 128 non interferisce con l'origine dello sviluppo del distretto industriale, ricostruita da Saxenian.

In breve, secondo Gilson l'infrastruttura legale del Massachusetts rappresenta una barriera alla realizzazione del secondo stadio dell'economia che sostiene la formazione di un distretto ad alta tecnologia non stabilizzato sulla produzione di un solo prodotto, ovvero il modello di economia regionale che si è sviluppato in Silicon Valley (99).

1.

Segue: le Criticità del Modello di Gilson. La Dottrina dell'Inevitable Disclosure Applicata ai Patti di Non Concorrenza.

La ricostruzione causale proposta da Gilson per giustificare il rapido sviluppo del distretto della Silicon Valley diverge da quella proposta da Hyde, secondo il quale la tutela giuridica del patto di non concorrenza del dipendente ha certamente assunto un ruolo primario nella costruzione del distretto industriale, ma ancor più rilevante è stata la scarsa applicazione da parte delle aziende californiane della protezione dei segreti commerciali (100).

Secondo Gilson, Hyde non attribuisce ai patti di concorrenza un'efficacia causale esclusiva nella promozione del distretto californiano alla luce di alcuni obiter dicta in cui la giurisprudenza ha ritenuto che la section §16600 non vieti i patti di concorrenza relativi

(99) GILSON, op. cit., p. 607.

(100) ID., op. cit., p. 610, GILSON qui si riferisce ad A. HYDE, *Real Human Capital: The Economics and Law of Shared Knowledge*, 1998, ma il parziale disaccordo sembra ricomporsi nei contributi successivi di HYDE, su cui si rinvia al seguente paragrafo.

ai segreti commerciali: poiché la violazione dei segreti commerciali è autonomamente vietata dalla disciplina legale californiana e i patti di non concorrenza sono applicabili (secondo certa giurisprudenza) ai segreti commerciali, secondo Hyde i patti di non concorrenza poco aggiungono alla disciplina prevista a tutela del segreto commerciale.

L'elemento discretivo deve essere allora ricercato, secondo la lettura che Gilson propone di Hyde, nell'applicazione della protezione del segreto commerciale.

E la differenza tra la Silicon Valley e la Route 128, secondo questa ricostruzione, deve risiedere nella differenza di rigore delle rispettive leggi sui segreti commerciali, in California e in Massachusetts.

Secondo Gilson, Hyde non offre casi a supporto della tesi proposta, né la conclusione può essere derivata dalla piana trasposizione nella legge californiana dell'UTA (101).

Secondo Hyde, le aziende ricorrono alla tutela prevista dalla normativa sui trade secrets meno estensivamente per il timore del danno reputazionale che deriva dalla sua applicazione. Gilson ritiene che anche questo argomento presupponga una cultura commerciale che supporti un modello veloce di mobilità dei lavoratori, ma che comunque non giustifica né risponde alla domanda: quali sono le diverse condizioni iniziali (102)? Gilson e Hyde concordano nel ritenere che l'applicazione della dottrina dell'inevitabile disclosure rappresenti una minaccia per il rispetto del divieto generale di applicazione dei patti di non concorrenza nello stato della California.

La dottrina della divulgazione inevitabile è un concetto di common law che amplia sostanzialmente la protezione dei segreti commerciali.

Secondo questa dottrina, il titolare di un segreto commerciale può ottenere un'ingiunzione per vietare a un dipendente di lavorare per un concorrente, sulla base del fatto che l'espletamento della mansione gli imporrebbe di rivelare inevitabilmente i segreti commerciali dell'ex datore di lavoro.

Il proprietario del segreto commerciale non è tenuto a dimostrare che l'ex dipendente ha utilizzato o divulgato il segreto commerciale, ma deve semplicemente allegare che il nuovo impiego comporterebbe "inevitabilmente" la rivelazione dei segreti commerciali.

(101) ID., op. cit., p. 611.

(102) ID., op. cit., p. 613.

Nel 1960, la Corte d'appello della Florida citò la dottrina della divulgazione inevitabile nel procedimento Hudson Cush-N-Foam (103) e, dichiarando valido l'accordo di non concorrenza del sig. Fountain, osservò che “poiché l'assunzione da parte del ricorrente [Hudson Cush-N-Foam] è stata l'occasione per acquisire conoscenza dei segreti commerciali e dei processi di produzione del ricorrente, sembrerebbe logico supporre che il suo impiego presso un concorrente del ricorrente avrebbe eventualmente comportato la divulgazione di tali informazioni” (104).

Trentacinque anni dopo, nel 1995, la Corte d'Appello del 7° Circuito degli Stati Uniti citò la dottrina dell'inevitabile divulgazione nel caso PepsiCo (105).

Nel giugno 1993, la divisione Nord America della Pepsi-Cola promosse William E. Redmond Jr. a direttore generale per la California. Nel novembre 1994 Redmond si dimise da PepsiCo per assumere la posizione di Vice President Field Operations nella divisione Gatorade della Quaker Oats Company. PepsiCo, allora, citò in giudizio Redmond e Quaker Oats per proteggere i segreti commerciali relativi a piani aziendali, prezzi e sistemi di distribuzione davanti a un tribunale distrettuale degli Stati Uniti nello stato dell'Illinois, dove Quaker Oats aveva la sede legale.

Nella decisione sull'applicazione dell'Illinois Trade Secrets Act, la Corte d'Appello ha ritenuto che “la conoscenza da parte di Redmond dei segreti commerciali e delle informazioni riservate (della Pepsi-Cola) darebbe inevitabilmente forma a tale rivelazione e non si può confidare che Redmond non incorra in un tale conflitto di interessi” (106).

La Corte d'Appello ha confermato l'ingiunzione della Corte distrettuale contro il signor Redmond.

Questo precedente è particolarmente influente non solo perché è stato formulato da una corte d'appello federale (107), ma anche perché il contenuto della disposizione

(103) Fountain v. Hudson Cush-N-Foam Corp., 122 So. 2d 232, Florida District Court of Appeal, 1960.

(104) Hudson Cush-N-Foam, p. 234.

(105) GILSON, op. cit., p. 623 e vedi il caso PepsiCo Inc. V. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995) al sito: <https://casetext.com/case/pepsico-inc-v-redmond-2>.

(106) V. PepsiCo, cit., p. 1272.

(107) Sebbene i segreti commerciali siano una questione di competenza statale, i tribunali federali hanno giurisdizione in due circostanze: i casi che coinvolgono parti di stati diversi (come nell'azione PepsiCo contro Mr. Redmond e Quaker Oats), e i casi che coinvolgono sia i segreti commerciali sia cause

dell'Illinois Trade Secrets Act applicata era conforme alla corrispondente norma prevista dall'UTSA e, pertanto, l'interpretazione dell'UTSA resa dalla Corte d'Appello avrebbe potuto orientare la giurisprudenza degli stati che avevano adottato l'UTSA.

La decisione della Corte d'Appello nel caso PepsiCo ha, di fatto, inciso sull'interpretazione della disciplina sostanziale dei segreti commerciali in due modi.

Ha stabilito un test di valutazione per l'applicazione della dottrina della divulgazione inevitabile strutturato così ripartito: (i) il dipendente deve essere a conoscenza dei segreti commerciali del precedente datore di lavoro; (ii) la posizione e le responsabilità del dipendente nei confronti del nuovo datore di lavoro devono essere così simili che sarebbe improbabile il mancato utilizzo dei segreti commerciali del precedente datore di lavoro; e (iii) non è presumibile che il dipendente e il nuovo datore di lavoro non utilizzino i segreti commerciali del precedente datore di lavoro.

Inoltre, la Corte d'Appello ha ampliato la nozione di segreto commerciale alle informazioni strategiche: "PepsiCo non ha presentato un caso tradizionale di segreto commerciale, in cui un ex dipendente è a conoscenza di uno speciale processo di produzione o di un elenco di clienti e può fornire a un concorrente un vantaggio ingiusto trasferendo la conoscenza tecnologica, o alcuni clienti, al concorrente (...) PepsiCo ritiene che Quaker, ingiustamente munito della conoscenza dei piani del PCNA, sarà in grado di anticiparne le mosse di distribuzione, di confezionamento, di prezzo e marketing (108)". Nel 2012 i tribunali di 23 stati si sono pronunciati su questa dottrina: nove stati (Arkansas, Delaware, Illinois, Iowa, Ohio, Pennsylvania, Texas, Utah e Washington) l'hanno adottata; quattro stati (California, Louisiana, Maryland, e Virginia) l'hanno respinta e dieci stati hanno emesso sentenze contrastanti (109).

Anche secondo Gilson la dottrina della divulgazione inevitabile contrasta con il divieto posto dalla section §16600 e la sua applicazione darebbe luogo a un patto di non

fondate sulla legge federale come brevetti, marchi, copyright, diritto fallimentare o tributario. Nel decidere in merito ai segreti commerciali, il tribunale federale applica la legge dello Stato interessato. Il caso PepsiCo è stato deciso da una Corte d'Appello federale che ha interpretato l'Illinois Trade Secrets Act, secondo cui "l'appropriazione indebita effettiva o minacciata può essere ingiunta" (Sezione 3 (a)).

(108) PepsiCo, cit. 1270.

(109) I. P. L. PNG, S. SAMILA, *Trade Secrets Law and Mobility: Evidence from 'Inevitable Disclosure'*, 2015, disponibile al sito SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1986775> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986775>, p. 3.

concorrenza di fatto, ma la corte suprema californiana (110) ha affermato che il patto di non concorrenza non può essere ritenuto valido a meno che non sia necessario a proteggere il segreto industriale del datore di lavoro.

2.

Il Modello del Mercato del Lavoro Veloce Secondo Hyde è Determinato dalla Mobilità dei Dipendenti, Spillover e Trade Secrets.

Cosa è cambiato dopo l'analisi di Saxenian? Secondo l'analisi di Hyde (111) la Valley è divenuta la regione leader nella rete nelle comunicazioni tecnologiche, sfruttando la diffusione di internet.

Gli elementi che caratterizzano il mercato del lavoro ad alta velocità, secondo Hyde, sono: le startup, un elevato turnover, il pagamento in stock-option, l'esternalizzazione e reti di produzione globali (112).

Le startup sono quasi sempre fondate da personale che ha lasciato una precedente azienda al fine di sviluppare un prodotto in concorrenza con il precedente datore di lavoro o che instauri una collaborazione interaziendale.

Le startup analizzate da Hyde mostrano un turnover del 13%; paradossalmente, anche se assumere personale dotato di abilità specifiche è cruciale per le startup innovative, la maggior parte di esse non investe nella formazione dei dipendenti, né assume personale da avviare a un percorso di formazione professionale o di specializzazione all'interno dell'azienda.

L'ossessione per la retribuzione in stock-option è una delle tematiche ricorrenti dell'analisi di Saxenian ed effettivamente questo tipo di retribuzione è stato a lungo

(110) Qui il riferimento è ancora a *Muggill v. Reuben H. Donnelly Corp.*, 398 P.2d 147, 149 (Cal. 1965) che a sua volta cita *Gordon v. Landau*, 321 P.2d 456 (Cal. 1958) relativamente alla possibile eccezione alla section § 16600 per i trade secrets.

Secondo S. K. SANDEEN, E. A. ROWE, *Debating Employee Non-Competes and Trade Secrets*, 33 Santa Clara High Tech. L.J. 438 (2016), disponibile al sito <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol33/iss4/1>, p. 452, il caso *Gordon v. Landau*, ha semplicemente riconosciuto che gli accordi di non divulgazione diretti alla protezione dei segreti commerciali possono essere ritenuti validi anche in California.

(111) V. A. HYDE, *Working in Silicon Valley, Economic and Legal Analysis of a High-Velocity Labor Market*, Routledge London-New York, 2003.

(112) ID., op. cit., p. 15.

impiegato nella Silicon Valley come incentivo al rendimento dei dipendenti, e come strumento di fidelizzazione.

Il successo regionale che deriva dalla decentralizzazione aziendale e dalla nozione di networking descrive le relazioni fluide tra multiple aziende.

Secondo Hyde (113) le aziende assumono impiegati con contratti brevi così da massimizzare i profitti ricavabili dalle informazioni acquisite dalle precedenti esperienze lavorative, incentivano le prestazioni degli impiegati e realizzano profitti dal ricorso al lavoro flessibile.

A loro volta gli impiegati accettano queste condizioni perché sono ben retribuiti e non ostacolati nella ricerca di altro impiego.

Saxenian attribuisce l'ascesa della Silicon Valley rispetto alla Route 128 al rapido scambio di informazioni che trascende i confini aziendali e il suo studio include molti esempi di passaggio informale di informazioni tra dipendenti (114).

Secondo Hyde la disciplina californiana scongiura (anche se non totalmente) la conflittualità datore-dipendente (115) in particolare perché:

(i) la normativa californiana vieta i patti di non concorrenza tra datore di lavoro e dipendente (116).

(ii) La disciplina dei patti di non concorrenza è certamente la più evidente differenza tra il distretto della Silicon Valley e la Route 128 e ogni sistema giuridico che cerchi di promuovere un'economia regionale dovrebbe limitare o escludere i patti di non concorrenza (117).

(113) ID., op. cit., p. 23.

(114) ID., op. cit., p. 30. Un rappresentante della nota azienda Cisco ha riferito ad Hyde che l'azienda non agisce giudizialmente nei confronti di precedenti dipendenti in applicazione della dottrina della inevitable disclosure, salvo nel caso in cui gli impiegati abbiano veramente imparato qualcosa.

(115) ID., op. cit., p. 32 e ss.

(116) V. supra § B.

(117) E questa circostanza sarebbe empiricamente dimostrata secondo HYDE dalla crescita esponenziale dell'impiego registrata dagli stati che vietano i patti di non concorrenza tra datore di lavoro e dipendente, vedi anche R. VALLETTA, *On the move: California Employment Law and High-Tech Development*, *Federal Reserve Bank of San Francisco Economic Letter*, No. 2002-24, 2002, W. LYNCH SCHALLER, *Jumping Ship: Legal Issues Relating to Employee Mobility in High Technology Industries*, *The Labor Lawyer*, Summer 2001, Vol. 17, No. 1 pp. 25-106, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/40862753>.

Nonostante ciò, secondo Hyde, non è sufficiente una singola norma giuridica a modellare il distretto californiano: anche altri stati Usa, come il Montana e l'Oklahoma, hanno adottato lo stesso codice della California e lo stesso divieto dei patti di non concorrenza, ma le loro corti vagliano la validità dei patti attraverso il principio di common law della ragionevolezza (118).

Anche Hyde valorizza, come Saxenian, la componente culturale nell'analisi delle caratteristiche del distretto, ma da un punto di vista differente: Hyde ritiene che la diversa interpretazione della stessa normativa, ampiamente secondo le corti californiane e restrittivamente secondo le corti dell'Oklahoma e del Montana, sia determinata dalla diversa tradizione culturale (119).

Questa circostanza dimostra, secondo Hyde, che non è sufficiente la codificazione della nullità dei patti di non concorrenza per giustificare il rapido sviluppo della Silicon Valley, ma si tratterebbe anche di comprendere perché la legge che tutela i trade secrets non sia stata interpretata come una efficace alternativa.

(iii) La giurisprudenza californiana non ha né accettato né rigettato la dottrina della inevitable disclosure. Gli attori nei giudizi relativi alla violazione dei trade secrets devono normalmente identificare il segreto commerciale che assumono violato dal dipendente e a questa condizione la corte può poi determinare se: si trattava effettivamente di un segreto industriale, se l'attore aveva adottato i ragionevoli sforzi richiesti ex lege per mantenerlo segreto, se il convenuto poteva violarlo, etc.

I titolari dei segreti temono la rivelazione necessaria alla tutela del segreto in giudizio e perciò fanno appello alla dottrina dell'inevitable disclosure, ma la maggior parte di questi tentativi non ha avuto successo e solo due corti di appello hanno adottato la dottrina (120). Anche Hyde riporta il caso PepsiCo v. Redmond, deciso dalla Corte Federale di Appello di Chicago nel 1995 (121) e un altro caso in cui una corte d'appello statale ha fedelmente

(118) B. M. MALSBERGER, *Covenants not to compete: a state-by-state survey*, Washington DC, BNA Books, 2 ed., 1996.

(119) Intel Corporation and Level One Communications, Inc. vs Broadcom Corporation and others, CV 788310, Order, Superior Court, Santa Clara County, 25 maggio, 2000.

(120) ID., op. cit., pp. 33-34.

(121) Criticata da H. BUI-EVE, *To Hire or Not to Hire: What Silicon Valley Companies Should Know about Hiring Competitors' Employees*, 48 Hastings L.J. 981, 1997, disponibile al sito:

applicato la dottrina della divulgazione inevitabile, il New Jersey National Starch & Chemical Corp. V. Parker Chemical Corp (122).

Sul tema secondo Hyde la giurisprudenza è stata ondivaga nello stato della California: una corte d'appello intermedia (Schlage Lock Co. V. Whyte) e alcuni tribunali (come Intel v. Broadcom; Bayer Corp. V. Roche Molecular Systems) l'hanno rigettata, la situazione è quindi incerta.

(iv) La California non attribuisce rilievo autonomo agli accordi limitativi della concorrenza dell'ex dipendente per esigenze di tutela dei trade secrets.

È comune, in Silicon Valley, che i dipendenti sottoscrivano accordi nei quali accettano di non rivelare trade secrets o informazioni confidenziali (123), ma ciò nonostante questo tipo di accordi non sembra idoneo a produrre un vincolo giuridico restrittivo della mobilità del dipendente. Hyde riporta l'obiter dictum della corte d'appello dello stato della California secondo cui un accordo sui trade secrets, per esser ritenuto valido, deve essere limitato alle informazioni ex lege tutelate come segreti commerciali. Un accordo che pretenda di estendere la tutela del segreto commerciale a ciò che la legge non considera tale integrerebbe di fatto un patto di non concorrenza, vietato dalla legge californiana (124).

Hyde non ha reperito casi che abbiano attribuito un'efficacia autonoma a un accordo restrittivo della concorrenza dell'ex-dipendente collegato alla protezione dei trade secrets e questa circostanza, secondo l'Autore, può rappresentare un altro aspetto della legge

https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol48/iss5/5, S. STREET WHALEY, *The Inevitable Disaster of Inevitable Disclosure*, 67 U. Cin. L. Rev. 809, 1998-1999, disponibile al sito: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ucinlr67&div=36&id=&page=>; HYDE op. cit. 1998, MERGES op. cit., WHALEY 1999, Gilson, op. cit.

(122) ID., op. cit., p. 35, HYDE riferisce, ma senza riportare gli estremi, la decisione di una corte che ha solo presuntivamente adottato la dottrina: la corte ha attentamente esaminato ogni segreto per cui l'attore aveva invocata la tutela e aveva poi deciso che nessuno dei segreti rivendicati era effettivamente tale. Un metodo che è l'esatto opposto della dottrina della inevitable disclosure. La Corte Suprema della California ha poi statuito che quella decisione non dovesse essere citata come precedente, ma senza spiegare il motivo (Electro Optical Industries v. White).

(123) Quantomeno questo è il risultato delle interviste riferite da HYDE, op. cit., p. 36.

(124) State Farm Mut. etc. Ins. Co. v. Dempster, [Civ. No. 18270. First Dist., Div. One. Oct. 13, 1959], disponibile al sito: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/174/418.html>. Va detto che in ogni caso la nozione di trade secret è molto ampia, copre ogni informazione non generalmente conosciuta e profittevole per il fatto di essere segreta, v. il caso By-Buk Co. V. Printed Cellophane Tape Co.

californiana che favorisce la mobilità dei dipendenti, così come la legge che vieta i patti di non concorrenza.

Ciò nondimeno, alla luce della possibile parziale sovrapposizione tra la normativa sui trade secrets e quella sui patti di non concorrenza, non è chiaro secondo Hyde se la legge della California sia veramente diversa dagli altri stati su questo tema (125).

Sotto altri aspetti, la legge della California sui trade secrets non è diversa dagli altri stati (126): il contenzioso difficilmente vede l'azienda che lo promuove vittoriosa e la penalizza da punto di vista reputazionale (127).

In definitiva, secondo Hyde i diritti di proprietà sulle informazioni potrebbero fornire un incentivo per l'innovazione, ma di fatto ne inibiscono la diffusione (128).

Oltre ai rischi già segnalati dell'applicazione della dottrina della inevitable disclosure, Hyde segnala alcune criticità di sistema relative al distretto della Silicon Valley: (i) la carenza di politiche pubbliche assistenziali (129)(ii) la mancanza di iniziative politiche dirette a promuovere il passaggio dal lavoro temporaneo a quello a tempo indeterminato e dal lavoro occasionale al lavoro autonomo; (iii) la scarsa inclusione sociale: una bassa partecipazione femminile e, in generale, la scarsa diversità culturale caratterizzano il reclutamento regionale.

(125) ID., op. cit., p. 36.

(126) Secondo HYDE, op. cit., p. 37, il basso successo di questo tipo di procedimenti non è determinato dalla ristretta definizione di trade secrets, dato che al contrario la definizione californiana di trade secret è molto più ampia che altrove. Può includere tutti i segreti non meglio precisati assorbiti dal dipendente nel corso del rapporto di lavoro, vedi il caso Intel, supra; non deve essere necessariamente previsto per iscritto e può includere anche il know-how. Le corti non definiscono il contenuto di trade secret che è per sua natura adattabile, In Dynamics Research Corp. V. Analytic Sciences Corp., la corte ha deciso di ignorare la differenza tra le informazioni note e il particolare know-how per il loro concreto utilizzo, differenza invece assai rilevante.

(127) V. il caso Intel Corp. v. ULSI System Technology, Inc., 782 F. Supp. 1467 (D. Or. 1991), secondo un dipendente di Intel, intervistato da HYDE, per l'azienda ha prodotto un effetto disastroso sul reclutamento, op. cit., p. 39.

(128) HYDE cerca di definire una nozione di beni comuni dell'informazione come concetto economico, op. cit., p. 43. Il testo di HYDE integra la storia della flessibilità con una storia dell'economia dell'informazione. Quale è di fatto l'oggetto del contratto di assunzione del personale nei casi dei contratti a breve termine? Le nozioni e le informazioni veicolate dal dipendente. La possibilità che si apre è considerare il mercato del lavoro come parte del mercato dell'informazione, op. cit., p. 70.

(129) Secondo il contributo di HYDE solo pochi managers altamente retribuiti hanno aumentato i loro risparmi pensionistici e il mercato non ha raggiunto alcun equilibrio sotto questo punto di vista. Problematica è anche la forma di retribuzione mediante stock-options, v. infra.

Poco rimane del paradigma californiano che Saxenian riteneva meritocratico (130).

C.

L'Analisi Economica del Patto di non concorrenza.

Anche l'analisi economica del collegamento tra la protezione della conoscenza proprietaria e la crescita di nuove imprese nel mercato ha prodotto esiti divisivi.

Secondo taluni studi (131), in linea generale, la protezione della conoscenza proprietaria rafforza la capacità dei titolari di competere nel rispettivo settore del mercato, portando a un aumento delle vendite rispetto ai concorrenti.

Nella letteratura esistente questo collegamento rimane una presunzione piuttosto che un'evidenza empiricamente accertata, poiché non è chiaro se un'azienda in possesso di conoscenza proprietaria possa sfruttarla per migliorare la propria posizione competitiva (132).

Secondo lo studio condotto da Nguyen, Pham e Qiu (133), l'adozione della dottrina della inevitable disclosure negli Stati Uniti dimostrerebbe che l'aumento esogeno della protezione della conoscenza, determinato da questa dottrina giuridica, assegna ai titolari un incremento della quota di mercato detenuta rispetto ai concorrenti (134).

Altra opinione ritiene la protezione proprietaria della conoscenza uno strumento che di fatto limita la diffusione delle nuove conoscenze e scoraggia l'ingresso nel mercato di riferimento dei nuovi concorrenti. Queste preoccupazioni riflettono i risultati di alcuni

(130) Una dichiarazione rilasciata da SAXENIAN e riportata da HYDE, op. cit., p. 219.

(131) J. H. NGUYEN, P. K. PHAM, B. QIU, *Proprietary Knowledge Protection and Product Market Performance*, Journal of Financial and Quantitative Analysis, 2022, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=4101794>; M. J. GARMAISE, *Ties that truly bind: Noncompetition agreements, executive compensation, and rm investment*, Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 27, issue 2, 2011, pp. 376-425, https://econpapers.repec.org/article/oupjleorg/v_3a27_3ay_3a_3ai_3a2_3ap_3a376-425.htm; D. GOULD, W. GRUBEN, *The role of intellectual property rights in economic growth*; W. PARK, J. C. GINARTE, *Intellectual property rights and economic growth. Contemporary Economic Policy*, Journal of Development Economics, 48(2), 1997.

(132) P. BOLTON AND D. S. SCHARFSTEIN, *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*. American Economic Review, 80/1, 1990.

(133) Vedi NGUYEN, PHAM, QIU, op. cit.

studi secondo cui i vantaggi della protezione delle private sembrano concentrarsi sulle grandi imprese consolidate, con effetti anticoncorrenziali (135).

Tra i sostenitori del patto di non concorrenza come incentivo all'innovazione, Carlino (136) ha esaminato le riforme antitrust (MARA) del 1985 nel Michigan che, oltre a modificare le leggi antitrust, hanno anche inavvertitamente condotto il Michigan ad applicare i patti di non concorrenza. Carlino ritiene che “una maggiore applicazione del patto di non concorrenza ha avuto un effetto positivo e significativo sul numero di brevetti nel settore della meccanica nel Michigan, la classificazione brevettuale più importante in quello stato”.

Secondo Starr (137), a parte le difficoltà esistenti nel distinguere gli effetti della riforma dei patti di non concorrenza dalle modifiche antitrust adottate nello stesso periodo, Carlino mostra che i brevetti meccanici aumentano dopo l'approvazione del MARA, ma tale aumento inizia nel 1998, 13 anni dopo l'entrata in vigore della politica di non concorrenza nel Michigan.

Tra il 1980 e il 1997 il tasso di registrazione dei brevetti meccanici ha seguito un trend leggermente crescente che non ha mostrato effetti discontinui in questo periodo di tempo e sarebbe quindi estremamente improbabile, in base all'andamento temporale, che l'aumento dei brevetti meccanici nel Michigan abbia a che fare con la riforma della concorrenza del 1985 (138).

(135) F. MURRAY AND S. STERN, *Do formal intellectual property rights hinder the free flow of scientific knowledge?: An empirical test of the anti-commons hypothesis*. *Journal of Economic Behavior Organization*, 63(4); K. G. HUANG, F. E. MURRAY, *Does patent strategy shape the long-run supply of public knowledge? evidence from human genetics*, *Academy of Management Journal*, 52(6), 2009; M. BRYAN, *Reconceptualising the debate on intellectual property rights and economic development*, *The Law and Development Review*, 3(1) 2010; H. WILLIAMS, *Intellectual property rights and innovation: Evidence from the human genome*. *Journal of Political Economy*, 121(1), 2013; A. GALASSO, M. SCHANKERMAN, *Patents and cumulative innovation: Causal evidence from the courts*. *The Quarterly Journal of Economics*, 130(1), 2015.

(136) G. A. CARLINO, *Do Non-Compete Covenants Influence State Startup Activity? Evidence from the Michigan Experiment*, FRB of Philadelphia Working Paper No. 21-26, 2021, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=3900300> o <http://dx.doi.org/10.21799/frbp.wp.2021.26>.

(137) E. STARR, *Re: Non-Compete Clause Rulemaking*, Matter No. P201200, 19 aprile 2023, p. 12.

(138) Per contro uno studio di M. JOHNSON, M. LIPSITZ, A. PEI, *The Enforceability of Noncompete Agreements and Innovation: Evidence from State Law Changes*, Working paper presented at People & Organization conference, 2022, utilizza la variazione nell'applicabilità dei patti di non concorrenza

Capitolo II

Diversi Modelli di Tutela della Concorrenza dei Dipendenti.

Sommario: Premessa. **A. Il Modello di Invalidità delle Clausole Negoziali Limitative della Concorrenza del Dipendente.** - 1. Il Modello Californiano. - 1.1. L'Interesse Tutelabile del Datore di Lavoro e le Restrizioni Parziali. - 1.2. Il Caso Edwards. - 1.3. I Trade Secrets come Eccezione alla Section §16600. - 1.4. Il Caso Galante. - 1.5. Nuove Norme. - 1.6. Quali Limitazioni Impone il Dovere di Lealtà Durante e Dopo il Rapporto di Lavoro? - 1.7. Le Caratteristiche dei Non Esecutori. - **B. Il Modello che Tutela Debolmente i Patti di Non Concorrenza.** - 1. Giurisdizioni di Common Law. - 1.1. Caratteristiche dei Paesi di Common Law che Applicano Debolmente il Patto di Non Concorrenza. 2. I Paesi dell'Unione Europea e la Compatibilità delle Clausole Restrittive della Concorrenza dei Lavoratori rispetto ai Trattati. - 2.1. Le Normative degli Stati Membri Sui Patti di Non Concorrenza. - 2.2. In Particolare, il Patto di Non Concorrenza nel Sistema Giuridico Italiano. - **C. I Sistemi Giuridici che Applicano Sistematicamente il Patto di Non Concorrenza.**

Premessa.

Il ruolo della mobilità dei dipendenti nel settore dell'alta tecnologia è un tema di studio relativamente recente in dottrina ed è stato ritenuto, a torto o a ragione, centrale nel processo di formazione e consolidamento dei distretti industriali innovativi, che spesso si concentrano in regioni particolari (139), caratterizzate da un'elevata mobilità dei

derivante dai cambiamenti della politica legislativa tra gli anni '90 e la metà del 2010 per valutare direttamente come l'applicabilità dei patti di non concorrenza influenza il numero e la qualità dei brevetti nonché le misure degli investimenti delle imprese. I risultati suggeriscono in generale che l'applicazione dei patti di non concorrenza riduce la qualità e la quantità dell'innovazione.

Un ulteriore studio di S. BASLANDZE, *Entrepreneurship through Employee Mobility, Innovation, and Growth*, 2022, disponibile in https://www.dropbox.com/s/asy2kpkzxnj880e/Baslandze_spinouts_Konstanz.pdf?dl=0, che utilizza i dati sui brevetti e sulle dinamiche aziendali per studiare la relazione tra i patti di non concorrenza, innovazione, crescita aziendale e benessere, costruisce e stima un modello di crescita endogena di equilibrio generale in cui permette ai i patti di non concorrenza di costituire una restrizione diretta all'ingresso, di aumentare gli incentivi per le imprese all'innovazione, di ridurre i flussi di informazioni e di ridurre la concorrenza influenzando la composizione delle aziende. Questo contributo valuta quantitativamente queste prospettive e conclude sostenendo che vietare i patti di non concorrenza determina "un miglioramento sia della crescita che del benessere".

(139) Cfr. A. HYDE ed E. MENEGATTI in M.W. FINKIN, G. MUNDLAK (a cura di), *Comparative Labor Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2015, p. 196. Sul tema si vedano A. HYDE,

dipendenti (140) e dalla libera circolazione della conoscenza tra gli operatori del distretto (141).

Si è sostenuto che, in quelle regioni, il segmento industriale delle startup innovative non si sarebbe affermato se le società consolidate del distretto avessero potuto beneficiare dell'efficacia dei patti di non concorrenza degli ex-dipendenti (142).

In particolare, Hyde e Menegatti hanno sostenuto che regioni come la Silicon Valley in California o Singapore, India, Israele (etc.), in cui la crescita economica regionale appare strettamente legata alla diffusione della conoscenza tecnologica oltre i confini delle singole aziende, dimostrerebbero una crescita endogena fondata sulla produzione e la diffusione di informazioni non rivali e non esclusive (143).

Secondo questa ricostruzione, i dati esistenti sul tema della circolazione dei dipendenti hanno evidenziato che dal divieto delle clausole restrittive della concorrenza degli ex dipendenti discendono unicamente vantaggi sociali: nei sistemi giuridici in cui simili patti

Working in Silicon Valley: Economic and Legal Analysis of a High-Velocity Labor Market, Armonk NY, Routledge, 2003; R. LANGLOIS, *External Economies and Economic Progress: The Case of the Microcomputer Industry*, 66 *Business History Review*, 1992, p. 1-50; AL. SAXENIAN, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

(140) B. C. FALICK, A. FLEISCHMAN, E J. B. REBITZER, *Job Hopping in Silicon Valley: Some Evidence Concerning the Micro-foundations of a High Technology Cluster*, 88 *Review of Economics and Statistics*, 2006, pp. 472-81.

(141) Cfr. HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 196; A. K. AGRAWAL, I. COCKBURN E J. MCHALE, *Gone but not Forgotten: Knowledge Flows, Labor Mobility, and Enduring Social Relationships*, 6 *Journal of Economic Geography*, 2006, p. 571-91; R. A. CORREDOIRA e L. ROSENKOPF, *Should Auld Acquaintance be Forgotten?: The Reverse Transfer of Knowledge Through Mobility Ties*, 31 *Strategic Management Journal*, 2010, 159-81; Y. FELDMAN, *Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees*, 2003 *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, p. 105-80; S. B. SITKIN, *Secrecy in Organizations: Determinants of Secrecy Behavior among Engineers in Three Silicon Valley Semiconductor Firms*, Ph.D. dissertation, Graduate School of Business, Stanford University, 1986; E. VON HIPPEL, *The Sources of Innovation*, New York, Oxford University Press, 1988.

(142) P. ALMEIDA, E. KOGUT, *Localization of Knowledge and the Mobility of Engineers in Regional Networks*, 45 *Management Science* 905, 1999; A. K. CHATTERJI, *Spawned with a Silver Spoon?: Entrepreneurial Performance and Innovation in the Medical Device Industry*, 30(2) *Strategic Management Journal*, 2009, p. 185-206; A. M. FRANCO E D. FILSON, *Spin-outs: Knowledge Diffusion through Employee Mobility*, 37 *RAND Journal of Economics*, 2006, pp. 841-60.

(143) Sul tema si rinvia a: D. P. COOPER, *Innovation and Reciprocal Externalities: Information Transmission via Job Mobility*, 45 *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2000, pp. 403-25; P. M. ROMER, *Endogenous Technological Change*, 98 *Journal of Political Economy*, 1990, pp. 71-102; D. WARSH, *Knowledge and the Wealth of Nations: A Story of Economic Discovery*, New York, WW Norton, 2006.

sono integralmente o parzialmente nulli la crescita economica è più elevata, così pure il numero delle startup innovative, il trattamento economico-retributivo è significativamente superiore alla media (144), e si osserva una maggiore capacità attrattiva dei lavoratori qualificati, provenienti da sistemi protezionistici (145).

Hyde e Menegatti hanno sostenuto, inoltre, che il collegamento tra la mobilità dei lavoratori e la circolazione dell'innovazione non rileva egualmente nei diversi sistemi giuridici: i datori di lavoro in Germania, ad esempio, raramente richiedono ai dipendenti di sottoscrivere un patto di non concorrenza, considerato che l'assenza di un mercato di lavoro per dipendenti con una significativa anzianità di servizio rende il tema della mobilità dei dipendenti poco o scarsamente rilevante per i datori di lavoro e non rappresenta un'opportunità per i dipendenti (146).

In funzione dei diversi regimi di tutela dei patti di non concorrenza dell'ex dipendente, Hyde e Menegatti (147) hanno identificato tre modelli:

(iv) i sistemi giuridici che non applicano affatto i patti restrittivi della concorrenza dell'ex dipendente, tra cui la California (e altre giurisdizioni statunitensi), India, Israele, Malesia, Messico, Argentina, Cile e altre giurisdizioni latinoamericane; ciò in un'ottica di ampia tutela della libertà di occupazione e della concorrenza (oppure per mero accidente storico, come nel caso della California);

(v) i sistemi giuridici che applicano raramente questo genere di clausole restrittive e per periodi di efficacia raramente ultra annuali. Questo gruppo, secondo questa ricostruzione, comprende la maggior parte degli stati membri dell'UE, la maggior parte delle giurisdizioni di common law, la Cina e il Giappone;

(144) D. ROTHSTEIN, E. STARR, *Noncompete agreements, bargaining, and wages*, Monthly Labor Review (2022), E. STARR, J. J. PRESCOTT, N. D. BISHARA, *Noncompete agreements in the US labor force*, The Journal of Law and Economics 64, no. 1, 2021; M. LIPSITZ, E. STARR, *Low-wage workers and the enforceability of noncompete agreements*, Management Science, 68/1, pp.143-170, 2022, BALASUBRAMANIAN, NATARAJAN, J. W. CHANG, M. SAKAKIBARA, J. SIVADASAN, E. STARR, *Locked in? The enforceability of covenants not to compete and the careers of high-tech workers*, Journal of Human Resources 57, 2022; M.S. JOHNSON, K. LAVETTI, M. LIPSITZ, *The labor market effects of legal restrictions on worker mobility*, 2020, disponibile al sito: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455381.

(145) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 199.

(146) Cfr. HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 196, la Germania ha la seconda percentuale più bassa di mobilità per il personale qualificato in Europa, seconda solo all'Italia.

(147) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 199.

(vi) I sistemi giuridici che riconoscono validità ad ogni patto restrittivo della concorrenza per la semplice ragione che il dipendente lo ha accettato, senza porre a carico del datore di lavoro alcun onere di allegazione dell'interesse giuridicamente rilevante alla cui tutela il patto è preordinato. Questo modello normalmente riconosce al patto un periodo di efficacia ultra annuale; assegna alle corti la facoltà di intervenire a correzione dei patti ritenuti irragionevolmente lunghi o ampi per ricondurli entro il limite della ragionevolezza; assume una visione corrispondentemente ampia della protezione del segreto commerciale. Si tratta di sistemi giuridici quali Thailandia, Corea e alcuni degli Stati Uniti come il New Jersey e l'Illinois.

I paragrafi che seguono sviluppano le caratteristiche dei sistemi giuridici in funzione della diversa tutela riconosciuta al patto di non concorrenza, secondo la tripartizione proposta da Hyde e Menegatti (148).

A.

Il Modello di Invalidità delle Clausole Negoziali Limitative della Concorrenza del Dipendente.

1.

Il Modello Californiano.

Sono molti i sistemi giuridici che non riconoscono alcuna validità alle clausole limitative della concorrenza del dipendente (149) e l'esempio più rappresentativo di questo modello, all'interno del sistema giuridico federale statunitense (150), è quello californiano.

(148) HYDE-MENEGATTI, op. cit., passim.

(149) Per un'ampia analisi si rimanda a HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 200 ss.

(150) Negli Stati Uniti i parametri di validità delle clausole restrittive della concorrenza sono disciplinati a livello statale e c'è una notevole differenza tra le singole discipline statuali.

Una disposizione (i.e. *statute*) del 1872, ora codificata all'interno del California Business and Professional Code Section 16600 (151), prevede che, ad eccezione (152) di quanto previsto dal Chapter 1 Contracts in Restraint of Trade [16600 - 16607], ogni contratto in forza del quale a una parte è impedito impegnarsi in una professione, un'attività commerciale o un'altra lecita attività di qualsiasi tipo è in tale misura nullo (153).

Diversamente dal modello californiano, altri stati USA (ad esempio il Montana e l'Oklahoma), che pure hanno adottato la stessa o una formulazione simile della norma sul patto di non concorrenza, hanno sviluppato un orientamento interpretativo improntato al vaglio della ragionevolezza di tali restrizioni (154).

La giurisprudenza californiana ha invece interpretato la disposizione alla stregua di un divieto assoluto di tutte le clausole restrittive della concorrenza del dipendente.

In particolare, la Corte Suprema della California ha fornito un'interpretazione assai ampia della section §16600 secondo cui tutte le clausole limitative della concorrenza sono inapplicabili in California (155) e le corti di merito (156) danno continuità a tale

(151) Si riporta il testo della section 16600: "Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void". La norma è disponibile al sito: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=BPC§ionNum=16600.

(152) Oggi in California gli accordi di non concorrenza sono nulli se non rientrano tra le eccezioni tassativamente indicate dal capitolo sulle restrizioni del commercio, ovvero: gli accordi di non concorrenza contenuti nei contratti di cessione o scioglimento di società di capitali (§ 16601), società di persone (ibid.; § 16602) e le società a responsabilità limitata (§ 16602.5).

(153) V. R. J. GILSON, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not To Compete*, 74 NYU L Rev. 575, 1999, il quale ha evidenziato che l'adozione di questa norma nello stato californiano riflette la mera adesione del legislatore a un modello di codificazione diffuso nel diciannovesimo secolo, priva di alcuna valutazione in termini di opportunità politica.

(154) B. M. MALSBERGER, *Covenants Not to Compete: A State-by-State Survey*. 2ed. Washington DC: BNA Books, 1996.

(155) *Edwards v. Arthur Andersen LLP*, 189 P3d 285 (Cal 2008).

(156) I tribunali della California sono stati chiari nel ritenere che la section 16600 rappresenta una forte public policy dello stato che, in quanto tale, dovrebbe essere applicata dalla giurisprudenza. La giurisprudenza della California ha ripetutamente affermato che la section 16600 dovrebbe essere interpretata in modo ampio, coerentemente al suo significato letterale, così Muggill [u. Reuben H. Donnelley Corp.], 62 Cal.2d 239, 242, 42 Cal.Rptr. 107, 398 P.2d 147 (1965); *Bosley Medical Group contro Abramson*, 161 Cal.App. 3d 284, 288, 207 Cal.Rptr. 477 (1984). L'unica possibile limitazione di questo tipo che è stata riconosciuta dai tribunali della California riguarda i patti restrittivi che vietano a un individuo di perseguire "un'intera attività, commercio o professione", *Roughton v. Socony Mobil Oil Co.*, 231 Cal.App.2d 188,

precedente negando validità anche agli accordi con cui il dipendente uscente assume l'obbligazione di non stornare la clientela dell'ex datore di lavoro.

Il dipendente è ritenuto responsabile solo se viola, in modo illecito, l'obbligo di preservare i segreti commerciali (157), protetti dalla relativa disciplina e disapplicato ogni diverso e ulteriore contenuto (158).

Inoltre, la giurisprudenza californiana non applica la rule of reason (159) nemmeno in sede di interpretazione delle clausole parzialmente restrittive della concorrenza in termini di durata e spazio applicativo (160).

192. 41 Cal.Rptr. 714 (1964) (enfasi nell'originale); si veda anche *Campbell v. Board of Trustees of Stanford Univ.*, 817 F.2d 499 (9th Cir. 1987).

(157) *The Retirement Group v. Galante*, 98 Cal Rptr. 3d 585 (Ct. App 2009).

(158) *State Farm Mut Auto Ins. Co. v. Dempster*, 344 P2d 821 (Cal App 1959).

(159) *Scott v. Snelling & Snelling*, 732 F. Supp. 1034, 1042 (NDCal. 1990).

(160) P. J. RICHEY E M. MALSBERGER, *Covenants Not to Compete: a State-by-State Survey*, Washington D.C, Bureau of National Affairs, Inc., 1991, p. 51.

In *Bosley Medical Group contro Abramson*, 161 Cal. App. 3d 284, 288, 207 Cal. Rptr. 477 (1984) la corte ha dichiarato che la regola di ragionevolezza fu respinta dallo stato della California nel 1872 quando furono emanate le sezioni dal 1673 al 1675 del codice civile e le sezioni precedenti del codice degli affari e delle professioni, dal 16600 al 16602. Almeno dal 1872 il patto di non concorrenza è considerato nullo se non espressamente autorizzato dalle sezioni. 16601 o 16602.

Pertanto, l'accordo di un dipendente o di un lavoratore autonomo di non concorrere con un suo ex datore di lavoro dopo aver lasciato tale impiego è nullo. La giurisprudenza ha inoltre dichiarato che sono nulle e inapplicabili le operazioni fittizie dirette ad eludere la rigida norma statutaria contro le limitazioni all'esercizio di un'impresa o di una professione e, in applicazione di questo principio, ha annullato un accordo di riacquisto di azioni tra un dottore e la clinica che lo aveva impiegato. Il datore di lavoro aveva richiesto al medico di acquistare una partecipazione di minoranza nella società del datore di lavoro come condizione per l'assunzione e gli aveva imposto di rivendere la sua partecipazione una volta terminato il rapporto di lavoro. L'accordo conteneva un divieto di 3 anni dalla pratica medica all'interno di alcune contee. Secondo il tribunale, l'accordo costituiva un tentativo fittizio di portare il patto di non concorrenza entro § 16601 la quale prevede generalmente che chiunque ceda un'azienda o tutte le azioni di una società possa accettare di astenersi dal portare avanti un'attività simile.

L'enunciato "qualsiasi persona che cede l'attività", contenuto nella section 16601, intendeva indicare e includere solo una persona che detiene e cede l'attività e non può essere applicata all'ex dipendente. Così anche *Golden State Linen Serv. v. Vidalin*, 69 Cal.App.3d 1, 137 Cal. Rptr. 807 (1977).

Anche se le parti possono aver concordato di compromettere ad arbitri una controversia sull'applicabilità di un patto di non concorrenza, l'invalidità del patto in base al paragrafo 16600 annullerebbe il lodo arbitrale che eventualmente lo implementasse, vedi *Suth Bay Radiology Medical Assocs. V. W. M. Asher, MD, Inc.*, 268 Cal. Rptr. 15 (Cal. App. 4° Dist. 1990).

1.1.

L'Interesse Tutelabile del Datore di Lavoro e le Restrizioni Parziali.

Nonostante la nullità prevista dalla section §16600, gli accordi che limitano la capacità lavorativa di un dipendente sono stati, in taluni casi, ritenuti applicabili nel sistema giuridico californiano quando il datore di lavoro riusciva a dimostrare la concreta sussistenza di un'esigenza di tutela di un interesse proprietario (161).

Secondo i principi di common law le restrizioni contrattuali di una professione, di un'impresa o di un mestiere sono valide purché ragionevoli (162). Tali principi sono stati applicati anche in California (163) sino alla codificazione del 1872 (164), che ha escluso l'applicazione della rule of reason di diritto comune ai patti di non concorrenza.

Negli anni successivi alla sua promulgazione originale, come sezione 1673 del Codice Civile, le corti di merito californiane hanno ritenuto che la section §16600 esprimesse una nozione di public policy a favore della libertà della concorrenza e della mobilità dei dipendenti (165), con alcune eccezioni ovvero: (i) la dottrina di narrow restraint e (ii) l'eccezione di tutela dei trade secrets.

L'eccezione di narrow restraint (i.e. restrizione limitata) alla section §16600 è stata discussa nel caso Campbell (166) in cui la corte suprema, pur avendo escluso l'applicabilità della rule of reason di diritto comune ai patti restrittivi della capacità di esercitare una professione, ha concluso che la section §16600 “only makes illegal those restraints which preclude one from engaging in a lawful profession, trade, or business” (167).

(161) RICHEY-MALSBERGER, op. cit., p. 53.

(162) Bosley Medical Group v. Abramson (1984) 161 Cal.App.3d 284, 288.

(163) Wright v. Ryder (1868) 36 Cal. 342, 357.

(164) Ex Cod. Civ., § 1673, abrogato da Stats. 1941, cap. 526, § 2, pag. 1847 e adottato come Code of Bus. & Prof. § 16600, Stats. 1941, cap. 526, § 1, pag. 1834; Bosley, supra, 161 Cal.App.3d a p. 288.

(165) Vedi D'sa v. Playhut, Inc. (2000) 85 Cal.App.4th 927, 933; la legge garantisce “that every citizen shall retain the right to pursue any lawful employment and enterprise of their choice.” (Metro Traffic Control, Inc. v. Shadow Traffic Network (1994) 22 Cal.App.4th 853, 859.) e protegge “the important legal right of persons to engage in businesses and occupations of their choosing.” (Morlife, Inc. v. Perry (1997) 56 Cal.App.4th 1514, 1520.)

(166) Campbell v. Trustees of Leland Stanford Jr. Univ. (9° Cir. 1987) 817 F.2d 499 (Campbell).

(167) Campbell, supra, 817 F.2d at p. 502.

La corte rinviò il caso al tribunale distrettuale per consentire al dipendente di dimostrare se l'accordo di non concorrenza in questione avesse integralmente precluso l'esercizio della professione, di un'attività commerciale o di altra attività di impresa come previsto dalla §16600 (168).

Il paragrafo della decisione Campbell, in cui la corte aveva osservato che alcuni tribunali della California avevano escluso l'applicazione della section §16600 alle pattuizioni limitanti l'esercizio di una parte ridotta della professione del dipendente (169), sollevò alcuni dubbi interpretativi.

A supporto di questa tesi la corte aveva citato due pronunce (Boughton e King (170)) indicandole quali precedenti dell'eccezione di narrow restraint alla section §16600 (171). In realtà, l'analisi di quei precedenti non poteva fornire alcun sostegno all'adozione della dottrina della restrizione limitata.

Nel caso Boughton, la restrizione non riguardava l'esercizio di una professione o di un mestiere ed era contenuta in un atto notarile relativo a un appezzamento di terreno in cui si specificava che tale cespite non poteva essere utilizzato come stazione di servizio di benzina per un certo periodo di tempo (172); non si richiedeva quindi l'applicazione della section §16600 (173).

Nel caso King, invece, il ricorrente non si era semplicemente impegnato nella produzione e nella vendita di beni (rimorchi domestici), ma aveva utilizzato anche un design sostanzialmente simile a quello del suo ex datore di lavoro, l'inventore del disegno (174).

(168) Campbell, a pag. 503.

(169) Campbell, supra, 817 F.2d a p. 502.

(170) Vedi il paragrafo 11 della sentenza Edwards v. Arthur Andersen LLP, 189 P3d 285 (Cal 2008).

(171) Vedi Boughton v. Socony Mobil Oil Co. (1964) 231 Cal.App.2d 188 (Boughton) e King v. Gerold (1952) 109 Cal.App.2d 316 (King).

(172) Boughton, supra, 231 Cal.App.2d 188.

(173) La decisione Boughton si è a sua volta basata sul precedente King, un caso di concorrenza sleale in cui il tribunale aveva applicato un'eccezione motivata dall'esigenza di tutela di un segreto commerciale alla norma vigente contro le clausole di non concorrenza (King, supra, 109 Cal.App.2d 316).

(174) Decisione Boughton, p. 318.

Tuttavia il precedente Campbell è stato seguito da alcune US Court of Appeals Ninth Circuit allo scopo di creare un'eccezione di c.d. narrow restraint alla section §16600 attraverso le corti federali (175).

Secondo la recente giurisprudenza californiana (176), per contro, la giurisprudenza della California non aveva affatto aderito all'eccezione di restrizione limitata, e anzi più volte i tribunali della California avevano statuito che “have been clear in their expression that section 16600 represents a strong public policy of the state which should not be diluted by judicial fiat” (177).

1.2.

Il Caso Edwards.

L'overruling del predetto precedente della corte suprema californiana è avvenuto formalmente nel 2008 con il caso Edwards (178).

Sebbene molte decisioni adottate dai tribunali statali della California avessero nel frattempo ribadito che la section §16600 rifletteva una forte public policy favorevole al principio della libera concorrenza (179), alcune decisioni dei tribunali federali californiani avevano, invece, adottato la dottrina della narrow restraint rispetto a quelle disposizioni contrattuali capaci di produrre un risultato anti competitivo (180).

Su queste basi, si era quindi ritenuto che una clausola di non concorrenza poteva essere ritenuta applicabile in California, al di fuori di una delle eccezioni previste dalla norma,

(175) Ad esempio, in *International Business Machines Corp. contro Bajorek* (9° Cir. 1999) 191 F.3d 1033, la corte ha confermato un accordo che imponeva a un dipendente la perdita del diritto ad esercitare l'opzione di acquisto delle quote societarie se assunto da un concorrente entro sei mesi dalla risoluzione del contratto di lavoro.

Nella pronuncia *General Commercial Packaging v. TPS Package* (9th Cir. 1997) 126 F.3d 1131 si è affermato che una disposizione contrattuale che impediva al dipendente lo storno di un cliente specifico non costituiva una restrizione vietata dalla section 16600, perché non precludeva integralmente alla parte l'esercizio della propria attività professionale o imprenditoriale.

(176) V. par. 12 del caso *Edwards v. Arthur Andersen, LLP*, 44 Cal. 4° 937 (2008).

(177) *Scott v. Snelling and Snelling, Inc.* (N.D. Cal. 1990) 732 F. Supp. 1034, 1042.

(178) *Edwards v. Arthur Andersen, LLP*, 44 Cal. 4° 937 (2008).

(179) *D'Sa v. Playhut, Inc.*, 85 Cal. App. 4th 927 (2000).

(180) *Campbell v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*, 817 F. 2d 499 (9th Cir. 1987).

se imponeva al lavoratore solo una restrizione limitata e non impediva l'esercizio della professione in un intero settore occupazionale.

Nello specifico, Edwards aveva sottoscritto con il datore di lavoro Arthur Andersen un patto limitativo della concorrenza (di diciotto mesi di durata) in forza del quale l'ex dipendente non poteva prestare i propri servizi in favore di un qualsiasi cliente della Arthur Andersen per il quale avesse fornito assistenza nei dodici mesi precedenti la conclusione del rapporto di lavoro.

La Corte Suprema della California ha stabilito che una clausola così formulata, ancorché circostanziata, non è applicabile in California e ha respinto la dottrina della restrizione limitata sulla base della consolidata interpretazione giurisprudenziale del chiaro significato (*plain meaning*) della norma, che non supporta eccezioni diverse da quelle codificate.

In secondo luogo, la Corte ha osservato che le preoccupazioni di *public policy*, consolidate in giurisprudenza, hanno favorito la decisione di non applicare l'eccezione della restrizione limitata: l'eccezione di *narrow restraint* consentirebbe ai datori di lavoro di forzare i limiti del requisito di ristrettezza e imporrebbe ai dipendenti l'onere di valutare di volta in volta se la clausola di non concorrenza sottoscritta rientri o meno nell'eccezione della restrizione limitata.

I dipendenti potrebbero erroneamente ritenere valide tali disposizioni e sarebbero così dissuasi dal contestarle in giudizio.

Inoltre, riconoscere validità a clausole di non concorrenza di portata applicativa limitata potrebbe ostacolare la capacità dei dipendenti di assicurarsi una nuova occupazione, considerata la probabile riluttanza dei datori di lavoro ad assumere dipendenti vincolati da un patto di non concorrenza ipoteticamente vincolante le parti.

La Corte nel decidere il caso Edwards ha anche ricordato in un *obiter dictum* che secondo un risalente orientamento giurisprudenziale alcune disposizioni contrattuali avrebbero potuto produrre un effetto non anticoncorrenziale se dirette a proteggere i segreti commerciali del datore di lavoro, ma poiché quel caso riguardava la tutela di un segreto commerciale la corte non si pronunciò sull'eventuale compatibilità alla *section §16600*.

Pertanto, dopo la decisione Edwards, le aziende hanno continuato a includere divieti di storno della clientela negli accordi di lavoro e altre simili pattuizioni che espressamente impedivano al dipendente di utilizzare i segreti commerciali del datore di lavoro.

1.3.

I Trade Secrets come Eccezione alla Section §16600.

Nel caso Muggill, la Corte Suprema californiana ha sostenuto che la section §16600 invalida tutte le disposizioni, contenute nei contratti di lavoro e nei piani pensionistici, che vietano a un dipendente di lavorare per un concorrente successivamente alla conclusione del rapporto di lavoro o che impongono una sanzione in caso di violazione del patto, a meno che tali disposizioni non siano necessarie a proteggere i segreti aziendali del datore di lavoro (181).

Esempi di interessi del datore di lavoro ritenuti idonei dalla giurisprudenza a giustificare la validità di un patto che limitava la capacità di un dipendente di ottenere lavoro sono:

(i) l'interesse di un datore di lavoro a proteggere le informazioni riservate sui propri clienti (182); (ii) la presenza di accordi di non divulgazione e forti interessi proprietari di un datore di lavoro nella protezione dei segreti commerciali (183); (iii) un accordo che impedisca agli ex dipendenti lo storno dei colleghi (184).

Si noti, tuttavia, che i patti che vietavano lo sviamento della clientela non erano ritenuti validi quando l'elenco dei clienti non conteneva informazioni riservate (185).

(181) Muggill v. Reuben H. Donnelley Corp. (1965) 62 Cal.2d, p. 242 (Muggill); vedi anche Chamberlain v. Agostine (1916) 172 Cal. 285, 289. La corte suprema californiana ha annullato un accordo strettamente circostanziato, ai sensi della sezione 16600, perché imponeva a un ex dipendente la perdita del diritto alla pensione se avesse iniziato a lavorare per un concorrente.

(182) Vedi American Credit Indemnity Co. v. Sacks, 262 Cal. Rptr. 92, 98 (Cal. Dist. Ct. App. 1989); Cambridge Filter Corp. v. International Filter Co., 548 F.Supp. 1301 (D.Nev. 1982); Buskuhl c. Family Life Ins. Co., 271 Cal.App.2d 514, 76 Cal. Rptr. 602 (1969); Gordon v. Wasserman, 153 Cal.App.2d 328, 314 P.2d 759 (1957); California Intelligence Bureau v. Cunningham, 83 Cal.App.2d 197, 188 P.2d 303 (1948).

(183) V. Loral Corp. v. Moyes, 174 Cal.App.3d 268, 276, 219 Cal. Rptr. 836, 840 (1985); Muggill v. Reuben H. Donnelley Corp., 62 Cal.2d 239, 42 Cal. Rptr. 107, 398 P.2d 147, 149 (1965).

(184) V. Loral Corp. v. Moyes, supra a 279, 219 Cal. Rptr. a 843.

(185) Si veda, ad esempio, Continental Car-Na-Var Corp. contro Mosley, 24 Cal.2d 104, 148 P.2d 9 (1944).

Gli ex dipendenti erano generalmente liberi di sviare i clienti dei loro ex datori di lavoro (186), tuttavia, l'uso da parte di un ex dipendente di informazioni riservate ottenute dall'ex datore di lavoro finalizzato a sottrarre l'ex cliente era ritenuto un atto di concorrenza sleale (187) (188).

Con riferimento allo sviamento della clientela la giurisprudenza aveva individuato i requisiti che dovevano essere soddisfatti al fine di ottenere l'ingiunzione all'esecuzione del patto (189): (i) l'ex dipendente era in possesso di segreti commerciali o di informazioni aziendali riservate o non facilmente accessibile dai terzi; (ii) l'ex dipendente aveva sviato i clienti del suo ex datore di lavoro attraverso un'attività concorrente con l'intento di danneggiare l'attività del suo ex datore di lavoro; (iii) l'ex dipendente aveva sviato i clienti del suo ex datore di lavoro, inclusi quei clienti più profittevoli per l'azienda, la conoscenza dei quali integra un segreto commerciale riservato; (iv) si trattava di un cliente ricorrente dell'azienda; gli elenchi dei nominativi e degli indirizzi dei clienti erano considerati segreti ed appartenevano al datore di lavoro; (v) esisteva una relazione commerciale consolidata tra il cliente e l'ex datore di lavoro che, salvo interferenze, sarebbe proseguita (190) (191).

(186) *Gordon Termite Control v. Terrones*, 84 Cal.App.3d 176, 148 Cal. Rptr. 310 (1978); *Fortune v. Martin*, 158 Cal.App.2d 634, 323 P.2d 146 (1958).

(187) *John F. Matull*, cit.

(188) Il codice delle imprese e delle professioni alle sezioni §§16606 e 16607 prevede, rispettivamente, che gli elenchi dei clienti dei servizi di segreteria telefonica e delle agenzie di collocamento sono segreti commerciali. La precedente formulazione della § 16606, CAL. AUTOBUS. & PROF. CODE §9902 (abrogata da CAL. CIV. CODE §1812.500, in vigore dal 25 settembre 1989; 1989 Cal. Stat. ch. 704 §2), escludeva in particolare le agenzie di lavoro interinale. Se la condotta in questione si è verificata prima della data di abrogazione della norma, un servizio di lavoro interinale non può avvalersi del §16607, che non esonera le agenzie di lavoro interinale dalla sua competenza. *Scott*, sopra a 1044 n. 13.

(189) *RICHEY-MALSBERGER*, op. cit., p. 60 e 61. Questa dichiarazione è stata adottata dalla Corte Suprema della California in *Artna Bldg. Maintenance Co. v. West*, 39 Cal.2d 198, 204-05, 246 P.2d 11, 15 (1952). Ma vedi *American Packaging Prods. v. Kirgan*, 183 Cal.App.3d 1318, 228 Cal. Rptr. 713 (1986) (test di *Hollingworth* sostituito).

(190) *Hollingsworth Solderless Terminal Co. v. Turiry*, 622 F.2d 1324, 1330.

(191) Va notato che, sebbene nella maggior parte dei casi in cui le informazioni erano tutelabili come segreto commerciale erano presenti tutte e cinque le circostanze descritte in *Hollingworth*, non era richiesto che l'attore ne dimostrasse la ricorrenza, vedi *Klamath-Orleans Lumber Inc. contro Miller*, 87 Cal.App.3d 458, 464, 151 Cal. Rptr. 118, 120 (1978).

Di nuovo, nel caso Hollingsworth (192) la corte aveva osservato che i tribunali della California riconoscono un'eccezione di origine giurisprudenziale, sviluppata a partire dalla section §16600 per i casi in cui un ex dipendente utilizzava i segreti commerciali di un ex datore di lavoro o altrimenti commetteva atti di concorrenza sleale (193).

1.4.

Il Caso Galante.

Nel 2009 una corte d'appello della California ha affrontato la questione lasciata aperta nel caso Edwards, ovvero la compatibilità di un'eccezione motivata dall'esigenza di tutela del segreto commerciale con la section §16600 (194).

La questione riguardava l'appropriazione dell'elenco dei clienti dell'ex datore di lavoro da parte di un dipendente, Galante, in violazione del sottoscritto accordo che vietava tale pratica.

L'argomentazione sostenuta dal dipendente, secondo il quale non poteva darsi alcuna valida eccezione per la tutela del segreto commerciale alla section §16600, è stata condivisa dalla corte.

Secondo la corte californiana l'unica normativa applicabile alle ipotesi di appropriazione indebita del segreto commerciale dell'ex datore di lavoro da parte del dipendente è quella prevista dall'Uniform Trade Secrets Act, ma non è possibile impedire all'ex dipendente di reperire un'occupazione presso un'azienda concorrente per ragioni di tutela del segreto.

(192) Hollingsworth Solderless Terminal Co. v. Turley, 622 F.2d 1324, 1338 (9th Cir. 1980).

(193) Tale decisione venne poi ampiamente superata nella parte in cui definiva la nozione di segreto commerciale a seguito dell'adozione dello Uniform Trade Secrets Act (UTSA), CAL. CIV. CODE § 3426, e segg., anche se i principi generali enunciati in Hollingsworth rimasero emblematici dell'applicazione della legge della California. Cfr. ad esempio Scott v. Snelling & Snelling, 732 F.Supp. 1034, 1043 (N.D.Cal. 1990); American Paper & Packaging Prods. v. Kirgan, 183 Cal.App.3d 1318, 228 Cal. Rptr. 713 (1986); Moss, Adams & Co. v. Shilling, 179 Cal.App. 3d 124, 224 Cal. Rptr. 456 (1986).

(194) Retirement Group v. Galante, 176 Cal. App. 4^o 1226 (2009).

In forza di tale pronuncia è stato confermato che anche una clausola che vieta lo sviamento della clientela (195), legata all'esigenza di tutela del segreto commerciale, non è compatibile con la §16600 (196).

1.5.

Nuove Norme.

Con il dichiarato scopo di codificare l'“existing case law by specifying that the statutory provision voiding noncompete contracts is to be broadly construed to void the application of any noncompete agreement in an employment context, or any noncompete clause in an employment contract, no matter how narrowly tailored, that does not satisfy specified exceptions”, il legislatore californiano ha ulteriormente ampliato la portata applicativa della nullità delle clausole restrittive della concorrenza dell'ex dipendente disposta dalla

(195) La questione se l'elenco dei clienti di un datore di lavoro rientri nella nozione di segreto commerciale è stata affrontata dalla giurisprudenza californiana che ha distinto tra elenchi di clienti che contengono informazioni sviluppate dal datore di lavoro nel corso di molti anni, investendo tempo e altre risorse aziendali (informazioni generalmente non disponibili ai concorrenti del datore di lavoro), v. Hilb, Rogal and Hamilton Ins. Servs. Of Orange Ctny. v. Robb, 33 Cal App. 4th 1812 (1995) ed elenchi di clienti generici e generalmente disponibili ai concorrenti del datore di lavoro, v. American Paper & Packaging Prods., Inc. v. Kirgan, 183 Cal. App. 3d 1318 (1986).

(196) A livello di legislazione federale, ad esempio, S. K. SANDEEN, E. A. ROWE, *Debating Employee Non-Competes and Trade Secrets*, 33 Santa Clara High Tech. L.J. 438 (2016), disponibile al sito <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol33/iss4/1>, pp. 450 e 451, osserva che a sezione 1836(b)(3)(A)(i) del DTSA (Defend Trade Secret Act), prevede che un tribunale può emettere un'ingiunzione a condizione di non: (I) impedire a una persona di avviare un rapporto di lavoro e che le condizioni poste su tale rapporto di lavoro siano basate sulla prova della minaccia di appropriazione indebita e non semplicemente sulle informazioni di cui la persona è a conoscenza; o (II) altrimenti in conflitto con una legge statale applicabile che vieta restrizioni all'esercizio di una professione, commercio o impresa legale. Questa formulazione, secondo SANDEEN, potrebbe impedire a un tribunale di concedere un'ingiunzione che vieti a un dipendente di lavorare per un altro datore di lavoro in qualsiasi stato, anche negli stati che applicano accordi di non concorrenza, almeno per quanto riguarda i rimedi disponibili per l'appropriazione indebita di segreti commerciali ai sensi del DTSA. Ne consegue quindi che i datori di lavoro negli stati che applicano clausole di non concorrenza dovranno fare affidamento sulla legge statale sui contratti e sui segreti commerciali per impedire ai dipendenti di lavorare per i concorrenti. Per i lavoratori che risiedono in stati come la California, l'applicazione del DTSA rispecchierà in gran parte la legge statale esistente sugli accordi di non concorrenza. Per quanto riguarda la dottrina della divulgazione inevitabile, il DTSA non adotta la dottrina, impedendo invece apparentemente l'applicazione della dottrina negli stati che la riconoscono. La formulazione del testo della sezione 1836(b)(3)(A)(i)(I), prevede che un'ingiunzione debba basarsi sulla prova di una minaccia di appropriazione indebita e non semplicemente sul fatto che un individuo è a conoscenza di determinate informazioni. Tuttavia, la clausola generale che precede tale formulazione vietando le ingiunzioni restrittive dell'occupazione, sembra, secondo SANDEEN, incompatibile con la dottrina della divulgazione inevitabile (che impedisce a un dipendente di lavorare per un concorrente per un certo periodo).

section §16600 mediante due emendamenti, SB 699 e AB 1076, entrambi in vigore dal 1° gennaio 2024 (197).

L'emendamento SB 699, firmato dal Governatore Newsom il 1° settembre 2023, integra con la nuova Sezione 16600.5 il California Business & Professions Code e rende inapplicabile in California qualsiasi contratto limitativo del commercio “regardless of where and when the contract was signed” and “regardless of whether the contract was signed and the employment was maintained outside of California.”

Un datore di lavoro non può, quindi, portare ad esecuzione in California un patto che limiti la libertà di occupazione di un dipendente anche quando il contratto sia stato sottoscritto fuori dal territorio dello stato californiano e il rapporto di lavoro si sia svolto al di fuori della California.

La nuova legge introduce, inoltre, il diritto dei dipendenti, ex dipendenti o potenziali dipendenti i cui contratti di lavoro contengono clausole restrittive, di chiedere

(197) Si trascrive il testo dei nuovi commi introdotti alla section 16600 dal Senate Bill No. 699 (testo consultabile all'indirizzo https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=202320240SB699:

“SECTION 1. Section 16600 of the Business and Professions Code is amended to read:

16600. (a) Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void.

(b) (1) This section shall be read broadly, in accordance with *Edwards v. Arthur Andersen LLP* (2008) 44 Cal.4th 937, to void the application of any noncompete agreement in an employment context, or any noncompete clause in an employment contract, no matter how narrowly tailored, that does not satisfy an exception in this chapter.

(2) This subdivision does not constitute a change in, but is declaratory of, existing law.

(c) This section shall not be limited to contracts where the person being restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business is a party to the contract.

SEC. 2. Section 16600.1 is added to the Business and Professions Code, to read:

16600.1. (a) It shall be unlawful to include a noncompete clause in an employment contract, or to require an employee to enter a noncompete agreement, that does not satisfy an exception in this chapter.

(b) (1) For current employees, and for former employees who were employed after January 1, 2022, whose contracts include a noncompete clause, or who were required to enter a noncompete agreement, that does not satisfy an exception to this chapter, the employer shall, by February 14, 2024, notify the employee that the noncompete clause or noncompete agreement is void.

(2) Notice made under this subdivision shall be in the form of a written individualized communication to the employee or former employee, and shall be delivered to the last known address and the email address of the employee or former employee.

(c) A violation of this section constitutes an act of unfair competition within the meaning of Chapter 5 (commencing with Section 17200).

Entrambi i nuovi articoli sono entrati in vigore il 1° gennaio 2024 e producono efficacia retroattiva al 1° gennaio 2022. La scadenza per l'ottemperanza all'obbligo di notifica era il 14 febbraio 2024.

provvedimenti ingiuntivi, danni, spese e spese legali in giudizio contro il datore di lavoro, l'ex datore di lavoro o il potenziale datore di lavoro.

L'AB 1076, firmato dal Governatore Newsom il 13 ottobre 2023, inserisce analogamente la nuova section §16600.1 e chiarisce che un datore di lavoro non può includere una clausola di non concorrenza in un contratto di lavoro, ovvero non può richiedere a un dipendente di stipulare un accordo di non concorrenza, a meno che tale clausola non soddisfi una delle eccezioni previste dal capitolo sulle restrizioni al commercio.

La nuova normativa impone ai datori di lavoro di notificare agli attuali e agli ex dipendenti (assunti dopo il 1° gennaio 2022) soggetti a una clausola di non concorrenza invalida, una comunicazione sulla nullità di tali patti (198).

La nuova disciplina, nella parte in cui prevede che la sua efficacia non è limitata ai contratti in cui la persona alla quale è impedito di impegnarsi in una professione sia una parte del contratto, sembra includere anche le clausole che vietano all'ex-lavoratore lo storno dei dipendenti.

Pertanto, mentre la decisione Edwards (espressamente citata nel testo legislativo) non aveva considerato la compatibilità dello storno dei dipendenti alla section §16600, l'ampia formulazione della novella legislativa sembra includere anche tali accordi nel suo spazio applicativo (199) (200).

(198) Tali notifiche dovevano essere redatte per iscritto e recapitate all'ultimo indirizzo anagrafico e all'indirizzo e-mail conosciuto del dipendente entro il 14 febbraio 2024. La mancata osservanza dell'onere di notificazione della nullità della clausola costituisce un atto di concorrenza sleale in conformità della section § 17200 del California Business & Professions Code § 17200, sanzionata sino a \$ 2.500 per ogni violazione.

(199) Compresa le disposizioni che vietano lo sviamento dei clienti o lo storno dei dipendenti contenute negli accordi di joint venture, accordi di licenza, accordi con appaltatori, contratti di personale e altri accordi business-to-business e potrebbe includere clausole restrittive presenti negli accordi business-to-business, che la Corte Suprema della California aveva ritenuto dovessero essere analizzate in forza della rule of reason piuttosto che essere dichiarate nulle in forza della section §16600, vedi Supreme Court of California, *Ixchel Pharma, LLC. v. BIOGEN, INC.*, S256927Ninth Circuit 18-15258, 3 agosto 2020 August 3, 2020, disponibile all'indirizzo <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2020/s256927.html>.

(200) Non solo, la Corte Suprema californiana ha inoltre ritenuto che le disposizioni sullo storno dei dipendenti negli accordi di collaborazione tra imprese integrano di per sé violazioni dello Sherman Act e resta quindi aperta l'interazione tra questi due casi e la nuova disciplina, v. Supreme Court of California, *Aya Healthcare Services, Inc. v. AMN Healthcare, Inc.* No. 20-55679, 2021 WL 3671384 (9th Cir. Aug. 19, 2021).

Rimane incerta la compatibilità dell'eccezione di tutela del segreto commerciale con la nuova formulazione della section §16600 (201), quantomeno sino alla pronuncia della corte suprema sul tema, e resta da verificare inoltre come l'SB 699 sarà armonizzato con i principi stabiliti nel caso *Advanced Bionics Corp* (202) in cui la Corte Suprema della California ha limitato l'ambito di applicazione della section 16600 e della nozione di public policy delineata dalla norma al territorio della California.

In quel caso, un dipendente aveva sottoscritto un patto di non concorrenza, valido in Minnesota con la società Medtronic e, successivamente alle dimissioni, era stato reclutato da Advanced Bionics, un concorrente californiano.

Le parti introdussero due contenziosi, in California e in Minnesota. La Corte Suprema californiana rifiutò di applicare la section § 16600 che avrebbe annullato il divieto di concorrenza all'accordo del Minnesota in base all'argomento per cui " exceptional circumstances [did not exist] that outweigh[ed] the threat to judicial restraint and comity principles".

Occorre, inoltre, considerare che il 5 gennaio 2023 la Federal Trade Commission (FTC), l'autorità garante della concorrenza statunitense, ha proposto (203) l'adozione di un

(201) Ma si veda sul tema anche la nota (196).

(202) Supreme Court of California, *Advanced Bionics Corp. v. Medtronic, Inc.*, 29 Cal. 4th 697, disponibile all'indirizzo: https://scholar.google.com/scholar_case?case=13132838666990539041&q=advanced+bionics+corp+v+medtronic+inc&hl=en&as_sdt=2006.

(203) La proposta formulata dalla commissione ha sollevato dubbi di competenza alla luce della pronuncia della Corte Suprema nel caso *West Virginia* contro EPA, in cui si sosteneva che un'Agenzia non può rivendicare un'espansione trasformativa nella sua autorità di regolamentazione. Se un'Agenzia avoca la decisione su una questione di importanza nazionale, le sue azioni devono essere supportate da una chiara autorizzazione del Congresso. La FTC, secondo questa interpretazione, non può dimostrare una chiara autorizzazione da parte del Congresso per la proposta regolamentazione poiché non le è stata previamente concessa tale competenza ai sensi della legge federale (vedi Lettera del rappresentante Jim Jordan, presidente, comitato giudiziario della Camera, et al. a Lina Khan, presidente della FTC, et al. (14 febbraio 2023), <https://judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/republicans-judiciary.house.gov/files/evo-media-document/2023-02-14-jdj-dei-tm-sf-to-ftc.pdf>; la dichiarazione dissenziente del commissario Christine S. Wilson in merito all'avviso di proposta di regolamentazione per la regola della clausola di non concorrenza, Comm'n File n. P201200-1 (5 gennaio 2023), https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p201000noncompetewilsondissent.pdf.)

Secondo questa lettura, ai sensi dell'articolo 5 del Federal Trade Commission Act, la FTC non disporrebbe della competenza per dichiarare illegittima una pratica in quanto integrante un atto di concorrenza sleale a meno che questa pratica non "causi o sia suscettibile di causare un danno sostanziale

nuovo sottocapitolo al capitolo I del titolo 16 Commercial Practice del Code of Federal Regulations che vieterebbe le clausole di non concorrenza dei lavoratori a livello federale (204) (205), in quanto ritenute dalla commissione una pratica che riduce i salari, ostacola l'innovazione e l'iniziativa economica.

Le norme proposte definiscono “un metodo di concorrenza sleale” (206): (i) la stipulazione, anche solo tentata, di un patto di non concorrenza con un lavoratore; (ii) la

ai consumatori altrimenti non ragionevolmente evitabile e non controbilanciata da benefici compensativi per i consumatori o per la concorrenza.” E, inoltre, gli studi sulle clausole di non concorrenza non dimostrano che producano o che probabilmente produrranno un danno sostanziale ai consumatori, (commento del Committee on education and the workforce U.S. House of Representative, il 27 marzo 2023).

(204) Dal punto di vista federale si rinvia alla nota (196).

(205) Destinata a produrre effetto in tutti gli USA: “§ 910.4 Relation to State laws. This Part 910 shall supersede any State statute, regulation, order, or interpretation to the extent that such statute, regulation, order, or interpretation is inconsistent with this Part 910. A State statute, regulation, order, or interpretation is not inconsistent with the provisions of this Part 910 if the protection such statute, regulation, order, or interpretation affords any worker is greater than the protection provided under this Part”.

(206) “Subchapter J—Rules Concerning Unfair Methods of Competition, Part 910—Non-Compete Clauses

§ 910.2 Unfair methods of competition.

(a) Unfair methods of competition. It is an unfair method of competition for an employer to enter into or attempt to enter into a non-compete clause with a worker; maintain with a worker a non-compete clause; or represent to a worker that the worker is subject to a non-compete clause where the employer has no good faith basis to believe that the worker is subject to an enforceable non-compete clause.

(b) Existing non-compete clauses. Vedi <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notices/non-compete-clause-rulemaking>.

Secondo M. A. COHEN, *The Federal Trade Commission's Notice of Proposed Rulemaking on A Non-Compete Clause Rule and Its International Impact*, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=4378931> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4378931>, la proposta non tiene conto dell'impatto internazionale di tale norma, nonché l'impatto sulla competitività degli Stati Uniti come destinatari di investimenti internazionali nel settore high-tech. Questi commenti rispondono a tali preoccupazioni e suggeriscono che un ritardo nella finalizzazione della norma proposta è necessario per considerare appieno il suo impatto nel suo contesto internazionale; contrario è anche il New York City Bar che riconosce (e concorda con) la limitazione dell'uso di accordi di non concorrenza per i dipendenti a basso salario, ma non con un divieto generale a tutti i livelli di impiego, segnalando che alcune ricerche rilevano che le clausole di non concorrenza possono produrre delle efficienze, in particolare, in termini di aumento di investimenti nella formazione dei dipendenti, nonché di aumento dei livelli di occupazione. Inoltre, secondo questa interpretazione, i dati offrono un debole sostegno alla conclusione che gli accordi di non concorrenza danneggiano segmenti del mercato del lavoro quale quello dei dirigenti aziendali e i lavoratori più retribuiti, dove non esiste un potere contrattuale asimmetrico tra le parti o dove la non concorrenza protegge ragionevolmente l'avviamento di un'impresa e non costituisce un'ipotesi di sfruttamento della posizione datoriale, vedi <https://www.nycbar.org/reports/report-on-federal-trade-commission-proposed-rule/>.

conservazione, nei contratti in corso di validità, di un patto di non concorrenza; (iii) l'affermazione che il lavoratore è soggetto a una clausola di non concorrenza quando il datore di lavoro non disponga di alcuna base per ritenere, in buona fede, che il lavoratore sia soggetto a una clausola di non concorrenza applicabile.

Il riferimento alla buona fede del datore di lavoro, contenuto nell'ipotesi (iii), sembra ammettere la sopravvivenza alla norma di ipotesi di validità di questi patti, diverse dalle eccezioni previste dal paragrafo §910.3 e non richiamate dal paragrafo (207).

Infatti, la possibilità che il datore di lavoro disponga di “basi” su cui ritenere, in “buona fede”, che la clausola sia valida tra le parti, necessariamente presuppone l'esistenza di ipotesi di validità dei patti di non concorrenza.

Lo scopo di questa eccezione di buona fede è, secondo le motivazioni della commissione, (208) rendere la limitazione della libertà di espressione datoriale, proposta dalla norma, compatibile con il Primo Emendamento.

La commissione, al predetto fine, richiama il principio affermato dalla Corte Suprema secondo la quale “non può esserci un'obiezione di costituzionalità contro la soppressione dei messaggi commerciali che non informano accuratamente il pubblico in merito ad attività lecite” (209) e di conseguenza, “[I]l governo può vietare forme di comunicazione più idonee a ingannare il pubblico che a informarlo, o discorsi commerciali legati ad attività illegali (210)”.

Una norma che vieti al datore di lavoro di rappresentare al dipendente la soggezione a una clausola di non concorrenza, quando il datore di lavoro non possa in buona fede ritenere che il lavoratore sia effettivamente soggetto ad un valido divieto di concorrenza, secondo la commissione soddisferebbe quel principio perché, in tali circostanze, il datore

(207) Si veda il testo integrale: “§ 910.3 Exceptions. The requirements of this Part 910 shall not apply to a non-compete clause that is entered into by a person who is selling a business entity or otherwise disposing of all of the person's ownership interest in the business entity, or by a person who is selling all or substantially all of a business entity's operating assets, when the person restricted by the non-compete clause is a substantial owner of, or substantial member or substantial partner in, the business entity at the time the person enters into the non-compete clause. Non-compete clauses covered by this exception would remain subject to Federal antitrust law as well as all other applicable law”.

(208) Proposta FTC, p. 120.

(209) *Cent. Hudson Gas & Elec. v. Pub. Serv. Comm'n of N.Y.*, 447 U.S. 557, 563 (1980),

(210) Corte suprema, ult. cit., pp. 563–64.

di lavoro renderebbe false affermazioni dichiarando vincolante una limitazione dell'attività lavorativa invece invalida.

Non è allora chiaro quando, secondo il ragionamento della commissione, il datore di lavoro potrebbe in buona fede ritenere valida la clausola sottoscritta con il dipendente e quindi beneficiare dell'esclusione della condotta dalla § 910.2, considerato che, sempre secondo la commissione (211), la buona fede è esclusa quando simili clausole non sono valide in forza del diritto positivo, ovvero quando l'invalidità della clausola è stata dichiarata e confermata in giudizio.

La norma, in questo senso, sembra quindi aprire all'elaborazione in via giurisprudenziale di eccezioni ulteriori a quelle espressamente codificate e non richiamate.

Occorre, inoltre, evidenziare che la commissione nel richiamare il principio giurisprudenziale in materia di discorsi commerciali sembra assegnare al datore di lavoro, nella comunicazione con i dipendenti, gli stessi obblighi di trasparenza previsti per la comunicazione commerciale.

E conseguentemente la commissione assimila il lavoratore a un consumatore al quale imporre un intervento del legislatore di stampo paternalistico, in quanto parte debole di un rapporto negoziale caratterizzato da una intrinseca asimmetria informativa.

Così ragionando però la commissione incorre, anzitutto, in una semplificazione della complessa figura negoziale del dipendente che, entro la stessa definizione normativa, include sia ruoli soggetti alla unilaterale somministrazione di informazioni rilevanti per la negoziazione da parte del datore di lavoro, ma anche ruoli direttivi o comunque muniti di un elevato potere contrattuale, potenzialmente in grado di sovvertire a proprio favore la connaturale asimmetria del mercato del lavoro.

Incidentalmente, si osserva che il tema della diversificazione delle qualifiche dei dipendenti è assente in tutte le norme in esame, che mai distinguono le diverse condizioni negoziali applicate ai dipendenti, tutti assimilati all'interno della definizione omnicomprensiva di "lavoratore" (212).

(211) Proposta FTC, p. 120.

(212) Sebbene la commissione nella sua proposta abbia chiesto specificamente commenti sulla possibilità di dotare standard diversi per le clausole di non concorrenza che riguardano dirigenti senior e lavoratori altamente retribuiti o qualificati, adottando per queste categorie una presunzione relativa in

In secondo luogo, ciò che solleva maggiori perplessità è la restrizione alla libertà di espressione del datore di lavoro, garantita dal primo emendamento americano, e giustificata dalla commissione mediante il richiamo alla giurisprudenza sui possibili limiti posti dal legislatore alla comunicazione pubblicitaria.

Poiché al “discorso commerciale” viene concessa una protezione costituzionale inferiore rispetto ad altre forme di discorso è importante, secondo la corte suprema, che la nozione di discorso commerciale non venga definita in modo troppo ampio, per evitare che il discorso meritevole di maggiore protezione costituzionale venga invece soppresso (213).

Il discorso commerciale è definito in giurisprudenza come “l'espressione legata esclusivamente agli interessi economici dell'oratore e del suo pubblico (214)” ovvero “un discorso che propone una transazione commerciale”.

La comunicazione datore di lavoro-dipendente, invece, per quanto caratterizzato da una strutturale asimmetria informativa che beneficia il datore di lavoro di un maggiore potere

considerazione del diverso potere contrattuale rispetto ai dipendenti medi, vedi Proposta p. 88 e S. J. PRINCE, B. EDWARDS, C. BROOKS, J. P. FERSHÉE, F. J. MOOTZ, J. M. MORINGIELLO, G. T. PIVATEAU, D. STEELE, T. HABERLE, Comments on Federal Trade Commission Non-compete Ban Proposed Rule, Matter No. P201200, 24 aprile 2023, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4427945> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4427945>, p.12.

(213) La corte suprema nel caso citato innanzitutto descrive il discorso commerciale come “espressione legata esclusivamente agli interessi economici di chi parla e del suo pubblico”, sebbene non sia del tutto chiaro se questa definizione utilizzi come fattore limitante l'oggetto del discorso o la motivazione di chi parla, essa comprende un tipo di discorso che ha certamente diritto alla massima protezione consentita dal Primo Emendamento: né l'esortazione di un leader sindacale allo sciopero né la dissertazione di un economista sull'offerta di moneta dovrebbero ricevere una protezione minore perché l'argomento riguarda solo gli interessi economici del pubblico. Né la motivazione economica di un oratore dovrebbe qualificare la sua tutela costituzionale; anche Shakespeare, secondo questo ragionamento potrebbe essere stato motivato dalla prospettiva di una ricompensa pecuniaria. Pertanto, secondo la corte suprema la prima definizione di discorso commerciale data dalla Corte è indiscutibilmente troppo ampia.

La seconda definizione della Corte si riferisce al “discorso che propone una transazione commerciale” e cioè la sollecitazione di un venditore, l'offerta di un intermediario e la pubblicazione di un listino prezzi da parte di un produttore o i termini della sua garanzia standard rientrerebbero senza dubbio in questo concetto. Presumibilmente, la definizione intende comprendere la pubblicità che informa i possibili acquirenti della disponibilità di prodotti specifici a prezzi specifici e descrive i vantaggi dell'acquisto di tali articoli. Forse si estende anche ad altre comunicazioni che non fanno altro che rendere più familiare al grande pubblico il nome di un prodotto o di un servizio”. Anche in questo caso la corte suprema ricorda che la giustificazione della regolamentazione non può esprimere il mero timore che il pubblico possa trovare persuasivo il messaggio dell'utilità (p. 447, US 581).

(214) *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748, 425 U. S. 762 (1976); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 433 U.S. 363-364 (1977); *Friedman v. Rogers*, 440 U. S. 1, 440 U. S. 11 (1979).

negoziale, non sembra assumere i connotati tipici della comunicazione commerciale diretta alla vendita (215) di un prodotto ad un pubblico.

Il richiamo operato dalla commissione alla restrizione governativa del Primo Emendamento, così come applicato agli Stati attraverso il Quattordicesimo Emendamento, riguarda la protezione del discorso commerciale da una regolamentazione governativa ingiustificata (216) in virtù del fatto che l'espressione commerciale non serve solo l'interesse economico di chi la utilizza, ma aiuta anche i consumatori e promuove l'interesse sociale alla più ampia diffusione delle informazioni.

Nell'applicare il Primo Emendamento a quest'area, la giurisprudenza ha rifiutato la visione "altamente paternalistica" secondo cui il governo ha il potere completo di sopprimere o regolare il discorso commerciale (217).

Rimane, però, la circostanza per cui la Costituzione americana accorda una protezione minore al discorso commerciale rispetto ad altre espressioni costituzionalmente garantite in considerazione della natura dell'espressione e degli interessi governativi tutelati attraverso la sua regolamentazione.

L'interesse del Primo Emendamento per il discorso commerciale si basa sulla funzione informativa della pubblicità (218) e, in questa misura, il governo può vietare forme di

(215) Per contro, secondo K. MARX, *Il Capitale*, Editori Riuniti, Roma, VII ed. 1970, libro I, sezione vi, capitolo 17, pp. 251-259, è il lavoratore a vendere la propria forza-lavoro e appena il suo lavoro comincia realmente, esso ha già cessato di appartenergli, e quindi non può più essere venduto da lui. Il lavoro è la sostanza e la misura immanente dei valori, ma esso stesso non ha valore. Lo scambio fra capitale e lavoro si presenta proprio allo stesso modo della compravendita di tutte le altre merci. Il compratore dà una certa somma di denaro, il venditore un articolo diverso dal denaro. La coscienza giuridica riconosce in questo caso tutt'al più una differenza di materia che trova la sua espressione nelle formule giuridicamente equivalenti: *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias*.

(216) *Virginia Pharmacy Board*, 425 U.S. a 425 U.S. 761-762.

(217) "[Le] persone percepiranno il loro interessamento solo se saranno sufficientemente informate, e... il mezzo migliore a tal fine è aprire i canali di comunicazione, piuttosto che chiuderli...", Id. a 425 U.S.770; vedere *Linmark Associates, Inc. contro Willingboro*, 431 U. S. 85, 431 U. S. 92 (1977). E anche quando la pubblicità trasmette solo una versione incompleta dei fatti rilevanti, il Primo Emendamento presuppone che la comunicazione di poche e accurate informazioni sia preferibile alla trasmissione di nessuna informazione, in *Bates v. State Bar of Arizona*, supra a 433 U. S. 374.

Tuttavia, la giurisprudenza americana ha riconosciuto anche "la distinzione basata sul buon senso tra il discorso che propone una transazione commerciale, che avviene in un'area tradizionalmente soggetta alla regolamentazione governativa, e altre tipologie di discorso" in *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U. S. 447, 436 U. S. 455-456 (1978); v. *Bates v. State Bar of Arizona*, supra a 433 U. S. 381; anche *Jackson & Jeffries, Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment*, 65 Va.L.Rev. 1, 1979.

(218) Vedi *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765, 435 U. S. 783 (1978).

comunicazione che abbiano maggiori probabilità di ingannare il pubblico piuttosto che di informarlo (219).

Non sembra, dunque, che la comunicazione tra le parti di un rapporto di lavoro, circa la validità di una clausola sottoscritta, possa assumere le forme tipiche della comunicazione commerciale finalizzata alla vendita ed essere assoggettato a quella ridotta protezione costituzionale che consentirebbe alla commissione interventi limitativi, quale quello in esame, ma tale forma di comunicazione pare piuttosto rientrare entro il generale dovere di buona fede nella fase esecutiva del contratto (220).

(219) Si vedano in dottrina soprattutto J. E. ROTHMAN, R. C. POST, *The First Amendment and the Right(s) of Publicity*, All Faculty Scholarship. 2376, 2020, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2376; e in giurisprudenza *Friedman v. Rogers*, supra 440 U. S. 13, 440 U. S. 15-16; *Ohralik contro Ohio State Bar Assn.*, supra al 436 U. S. 464-465, o il discorso commerciale relativo ad attività illegali, *Pittsburgh Press Co. contro Human Relations Comm'n*, 413 U. S. 376, 413 U. S. 388 (1973).

(220) Si veda in particolare D. MARKOVITS, *Contract Law and Legal Methods*, Oxford University Press 2014, p.272 ss. Negli Stati Uniti, l'Uniform Commercial Code impone un obbligo di buona fede nell'esecuzione di "ogni contratto" che rientra nel suo ambito di applicazione. Il Restatement (Second) of Contracts afferma similmente che "[e] ogni contratto impone a ciascuna parte un dovere di buona fede e correttezza nella sua esecuzione e nella sua applicazione." L'U.C.C. aggiunge quindi che "buona fede" significa "onestà di fatto e osservanza di ragionevoli standard commerciali di correttezza". I commenti al Restatement spiegano che la buona fede "esclude una varietà di comportamenti caratterizzati come implicanti "mala fede" perché violano gli standard comuni di decoro, equità o ragionevolezza".

Anche se il Restatement prevede che "un catalogo completo dei tipi di malafede è impossibile", fornisce tuttavia esempi rappresentativi. Questi includono: "evasione dallo spirito del contratto, mancanza di diligenza e negligenza, esecuzione intenzionale di prestazioni imperfette, abuso del potere di specificare i termini e interferenza o mancata cooperazione nell'esecuzione dell'altra parte." I commenti al Restatement aggiungono che la buona fede "è violata da una condotta disonesta [nell'applicazione dei diritti contrattuali] come quella che consiste nell'evocare una finta controversia, rivendicare un'interpretazione contraria alla propria comprensione o falsificare i fatti. [È in violazione della buona fede anche] un comportamento sincero ma scorretto, quale quello di approfittare di circostanze di necessità della controparte per estorcere la modifica di un contratto di vendita di beni senza un legittimo motivo commerciale. [La buona fede è violata anche da] richieste moleste di garanzie di adempimento, dal rifiuto della prestazione per ragioni non dichiarate, dall'incapacità dolosa di mitigare i danni e l'abuso del potere di determinare l'adempimento o la risoluzione del contratto".

In particolare la nozione di buona fede, cui sarebbe soggetto il datore di lavoro delineata dalla commissione, sembra rientrare nella definizione indicata da MARKOVITS, op. cit., p. 273, secondo il quale la buona fede vieta alle parti di nascondersi dietro termini contrattuali indefiniti, sia interpretandoli in una luce eccessivamente egoistica, sia sostenendo che l'indefinitezza renda nulli, tout court, i contratti che li contengono.

Proseguendo nell'analisi delle nuove norme, per determinare se una disposizione contrattuale costituisca una clausola di non concorrenza vietata, si applicherà un “test funzionale”, solo genericamente descritto.

Rientra, cioè, nell'ambito di applicazione del divieto qualsiasi altra clausola contrattuale che operi come clausola di non concorrenza de facto, di cui sono forniti due esempi: (i) un accordo di non divulgazione tra un datore di lavoro e un lavoratore, redatto in termini così ampi da impedire l'esercizio dell'attività lavorativa nello stesso ambito, dopo la conclusione del rapporto di lavoro con precedente datore di lavoro; (ii) una clausola contrattuale tra un datore di lavoro e un lavoratore che impone al lavoratore di pagare al datore di lavoro, o a un ente terzo, i costi di formazione se il rapporto di lavoro del lavoratore termina entro un determinato periodo, laddove il pagamento richiesto non sia ragionevolmente correlato ai costi sostenuti dal datore di lavoro per la formazione del lavoratore.

Il primo esempio di clausola de facto anticoncorrenziale, ovvero l'accordo di non divulgazione così ampio da impedire di fatto al lavoratore di lavorare nello “stesso campo” dopo la conclusione del rapporto di lavoro con il datore di lavoro (221), sembra

(221) Si veda la lettera del testo: “§ 910.1 Definitions. (a) Business entity means a partnership, corporation, association, limited liability company, or other legal entity, or a division or subsidiary thereof.

(b) Non-compete clause.

(1) Non-compete clause means a contractual term between an employer and a worker that prevents the worker from seeking or accepting employment with a person, or operating a business, after the conclusion of the worker's employment with the employer.

(2) Functional test for whether a contractual term is a non-compete clause. The term non-compete clause includes a contractual term that is a de facto non-compete clause because it has the effect of prohibiting the worker from seeking or accepting employment with a person or operating a business after the conclusion of the worker's employment with the employer. For example, the following types of contractual terms, among others, may be de facto non-compete clauses:

i. A non-disclosure agreement between an employer and a worker that is written so broadly that it effectively precludes the worker from working in the same field after the conclusion of the worker's employment with the employer.

ii. A contractual term between an employer and a worker that requires the worker to pay the employer or a third-party entity for training costs if the worker's employment terminates within a specified time period, where the required payment is not reasonably related to the costs the employer incurred for training the worker.

(c) Employer means a person, as defined in 15 U.S.C. 57b-1(a)(6), that hires or contracts with a worker to work for the person.

facoltizzare restrizioni di ristretta portata applicativa (secondo cioè la dottrina del narrow restraint (222), non espressamente esclusa dalla norma) anche se la stessa locuzione non si ritrova nelle altre definizioni fornite dalla norma.

Il secondo esempio introduce l'esame della ragionevolezza della restituzione dei costi sostenuti dal datore di lavoro nella formazione del dipendente nella valutazione de facto della validità della clausola negoziale. Anche in questo caso la commissione anziché estendere la portata applicativa della definizione dei metodi anticoncorrenziali (come invece espresso nella lunga parte informativa della proposta), sembra facoltizzare quelle clausole che di fatto colleghino la concorrenza del dipendente alla previa restituzione dei costi di formazione sostenuti dal datore di lavoro. Al tempo stesso, stante l'incerto perimetro applicativo della norma, tale formulazione sembra più idonea a disincentivare gli investimenti nella formazione dei dipendenti piuttosto che promuoverli.

Il testo proposto, infine, pone ai datori di lavoro un obbligo di rescissione della clausola e di formale notificazione ai dipendenti della nullità delle clausole, in linea con la normativa californiana (223).

(d) Employment means work for an employer, as the term employer is defined in paragraph (c) of this section.

(e) Substantial owner, substantial member, and substantial partner mean an owner, member, or partner holding at least a 25 percent ownership interest in a business entity.

(f) Worker means a natural person who works, whether paid or unpaid, for an employer. The term includes, without limitation, an employee, individual classified as an independent contractor, extern, intern, volunteer, apprentice, or sole proprietor who provides a service to a client or customer. The term worker does not include a franchisee in the context of a franchisee-franchisor relationship; however, the term worker includes a natural person who works for the franchisee or franchisor. Non-compete clauses between franchisors and franchisees would remain subject to Federal antitrust law as well as all other applicable law”.

(222) Vedi supra Capitolo II, § A. 1.4.

(223) Così il testo proposto: “(1) Rescission requirement. To comply with paragraph (a) of this section, which states that it is an unfair method of competition for an employer to maintain with a worker a non-compete clause, an employer that entered into a non-compete clause with a worker prior to the compliance date must rescind the non-compete clause no later than the compliance date”.

(2) Notice requirement. (A) An employer that rescinds a non-compete clause pursuant to paragraph (b)(1) of this section must provide notice to the worker that the worker’s non-compete clause is no longer in effect and may not be enforced against the worker. The employer must provide the notice to the worker in an individualized communication. The employer must provide the notice on paper or in a digital format such as, for example, an email or text message. The employer must provide the notice to the worker within 45 days of rescinding the non-compete clause.

Nonostante le norme proponano un divieto generale delle clausole di non concorrenza, sembrano lasciare alle imprese strumenti considerevoli per proteggere i loro interessi legittimi (224) ricorrendo ad accordi di non divulgazione, clausole che vietano lo storno dei dipendenti o che tutelano il segreto commerciale (225), definite dalla commissione “reasonable alternatives to non-compete clauses for protecting their investments” (226). La FTC afferma, infatti, che la nozione di clausola di non concorrenza generalmente non include altri tipi di accordi restrittivi come gli accordi di non divulgazione e gli accordi che vietano lo storno dei dipendenti o lo sviamento della clientela, perché questi accordi generalmente non impediscono a un lavoratore di cercare o di accettare un impiego presso altra impresa dopo la conclusione del rapporto di lavoro con il datore di lavoro (227). Tuttavia, secondo il test previsto dal § 910.1 (2) rientrano entro la definizione di clausola di non concorrenza quei patti che abbiano una portata così insolitamente ampia da funzionare come patti restrittivi della concorrenza.

(B) The employer must provide the notice to a worker who currently works for the employer. The employer must also provide the notice to a worker who formerly worked for the employer, provided that the employer has the worker’s contact information readily available.

(C) The following model language constitutes notice to the worker that the worker’s non-compete clause is no longer in effect and may not be enforced against the worker, for purposes of paragraph (b)(2)(A) of this section. An employer may also use different language, provided that the notice communicates to the worker that the worker’s non-compete clause is no longer in effect and may not be enforced against the worker.

A new rule enforced by the Federal Trade Commission makes it unlawful for us to maintain a non-compete clause in your employment contract. (Omissis).

(3) Safe harbor. An employer complies with the rescission requirement in paragraph (b)(1) of this section where it provides notice to a worker pursuant to paragraph (b)(2) of this section”.

(224) S. J. PRINCE, B. EDWARDS, C. BROOKS, J. P. FERSHEE, F. J. MOOTZ, J. M. MORINGIELLO, G. T. PIVATEAU, D. STEELE, T. HABERLE, *Comments on Federal Trade Commission Non-compete Ban Proposed Rule*, Matter No. P201200, 2023, disponibile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4427945>, p. 11.

(225) Proposta FTC, p. 85 e p. 104.

(226) Proposta FTC, p. 101.

(227) La Proposta FTC, a p. 4, menziona anche gli “accordi di non fare affari” (che vietano a un lavoratore di fare affari con ex clienti o clienti del datore di lavoro), gli “accordi di non reclutamento” (che vietano al lavoratore di assumere o reclutare dipendenti del datore di lavoro) e “accordi di non assunzione” (che vietano al lavoratore di assumere o reclutare dipendenti del datore di lavoro), “disposizioni sul risarcimento dei danni” (che impongono al lavoratore di pagare al datore di lavoro una somma di denaro se il lavoratore adotta un determinato comportamento) come altri tipi di accordi che “a volte possono” avere una portata sufficientemente ampia da rientrare nella definizione di clausola di non concorrenza contenuta nella norma proposta .

Inoltre, l'attuale formulazione delle norme proposte dalla FTC non risolve i dubbi interpretativi, che saranno eventualmente risolti in sede di applicazione, di compatibilità dell'eccezione di tutela del segreto commerciale al divieto posto dalla norma; eccezione cui la norma non fa alcun riferimento, né attraverso una clausola di salvezza ad hoc per i diritti proprietari, né qualificando come anticoncorrenziali le clausole che tutelano tali diritti vietando la circolazione post impiego del dipendente (228).

La proposta di vietare tutti i patti di non concorrenza, in quanto proceduralmente coercitivi, formulata dalla commissione presuppone che tutti o quasi tutti i datori di lavoro che ottengono tali accordi detengano un sufficiente potere sul mercato del lavoro per imporli, ma alcuni dati non considerati dalla proposta della commissione contraddicono l'affermazione secondo cui tutti o la maggior parte dei dipendenti nord americani negoziano i propri contratti di lavoro in mercati del lavoro concentrati.

Secondo Meese (229), la Commissione non ha considerato uno studio del 2020, condotto da Azar-Marinescu-Steinbaum-Taska, secondo cui poco più del 75% dei dipendenti USA negozia in mercati non concentrati (230)(231), e un ulteriore studio (232) che ha identificato circa 160.000 mercati del lavoro, ciascuno definito da componenti occupazionali e geografiche, nei quali solo il 2,9% dei dipendenti del settore privato si confronta con mercati del lavoro "altamente concentrati", rispetto al 20% dei dipendenti pubblici e stima inoltre che un altro 10,3% dei dipendenti pubblici lavora in mercati moderatamente concentrati.

(228) Sebbene sul tema si veda, ancora una volta, la nota (196).

(229) A. J. MEESE, *Are Employee Noncompete Agreements Coercive? Why the FTC's Wrong Answer Disqualifies It from Rulemaking (For Now)*, William & Mary Law School Research Paper No. 09-476 (forthcoming), p. 68, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=4558012>.

A favore invece della proposta della commissione è il commento di E. STARR del 19 aprile 2023, Re: Non-Compete Clause Rulemaking, Matter No. P201200, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4427741>

(230) J. AZAR, I. MARINESCU, M. STEINBAUM, B. TASKA, *Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data*, 66 *LABOUR ECONOMICS* 101866 (2020).

(231) Lo studio ha utilizzato i codici professionali del Dipartimento del Lavoro per definire la componente occupazionale, v. Department of Labor, U.S. Bureau of Labor Statistics, May 2022 Occupation Profiles https://www.bls.gov/oes/current/oes_stru.htm.

(232) V. MEESE, op. cit., p. 78, e W. HANDWERKER, M. DEY, *Some Facts about Concentrated Labor Markets in the United States*, Industrial Relations, 2023.

Nel complesso, circa il 94% dei dipendenti del settore privato negozia le proprie condizioni contrattuali all'interno di mercati del lavoro non concentrati (233).

La Commissione giustifica la proposta regolamentazione alla luce della natura “iper-concentrata” dell'economia americana, ma nel mercato del lavoro l'iper-concentrazione sembra essere invece apparente e l'invocazione, non supportata dalla prova, della effettiva concentrazione da parte della commissione, come fonte di un potere diffuso sul mercato del lavoro da parte dei datori di lavoro, pone in discussione l'affermazione della commissione secondo cui i patti di non concorrenza sono coercitivi della volontà negoziale dei dipendenti (234).

1.6.

Quali Limitazioni Impone il Dovero di Lealtà Durante e Dopo il Rapporto di Lavoro?

L'interpretazione giurisprudenziale della disciplina californiana ha ritenuto lecita la condotta del dipendente che in costanza del rapporto di lavoro pone in essere alcune

(233) V. MEESE, op. cit., p. 78.

(234) ID., op. cit., p. 79; Si osserva che, successivamente alla stesura del presente elaborato, la FTC ha pubblicato la versione definitiva delle norme commentate in questo paragrafo e che pertanto tale formulazione non è stata considerata dall'analisi che precede. In ogni caso, la FTC ha apportato solo lievi modifiche alla precedente versione che lasciano intatte le perplessità espresse nel corpo del testo, e cioè: (i) ha rimosso il c.d. test de facto, anche se la definizione della clausola di non concorrenza include ora anche quelle pattuizioni che abbiano la funzione di impedire al lavoratore di cercare o accettare un impiego dopo la conclusione del precedente; (ii) permane l'indistinzione tra i lavoratori, salvo aver previsto un'articolata enunciazione di parametri reddituali e decisionali alla stregua dei quali individuare i dirigenti senior rispetto ai quali, a differenza di tutti gli altri lavoratori, la nuova normativa non si applica per le pattuizioni anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina; (iii) l'eccezione di buona fede è stata spostata dalla parte definitoria dei metodi di concorrenza sleale alla parte relativa alle eccezioni della regola generale di nullità dei patti di non concorrenza; eccezioni integrate inoltre dall'inclusione di quelle clausole rispetto alle quali i profili di impugnazione siano maturati prima dell'entrata in vigore delle nuove norme.

Le nuove norme entreranno in vigore 120 giorni (dal 23.04.2024) dopo la relativa pubblicazione nel Registro federale e saranno rimesse alla valutazione presidenziale prima di essere pubblicata nel Registro federale ove ritenuta di particolare rilievo in ragione del suo impatto economico o sotto il diverso profilo delle sue eventuali implicazioni politiche. Inoltre, la normativa sarà sottoposta all'esame del Congresso e del Government Accountability Office. Se entrambi i rami del Congresso USA non approveranno il testo (e la relativa risoluzione sarà ratificata dal Presidente USA), oppure se entrambe le camere annulleranno il veto presidenziale, la norma non entrerà in vigore e non potrà essere riproposta nella stessa formulazione senza l'approvazione del Congresso. Si rinvia al testo disponibile online all'indirizzo: [chromextension://efaidnbmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/noncompete-rule.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/noncompete-rule.pdf).

attività preparatorie alla competizione con il datore di lavoro prima di dimettersi (235). Tuttavia nel corso del rapporto di lavoro il datore di lavoro ha diritto alla “lealtà indivisa” dei suoi dipendenti (236).

1.7.

Le Caratteristiche dei Non Esecutori.

I sistemi giuridici che non riconoscono validità ai patti di non concorrenza, in via generale attribuiscono al datore di lavoro l'azione a tutela dalla sottrazione del segreto commerciale o delle informazioni riservate da parte del dipendente, ma applicano restrittivamente questa dottrina così da evitare che si traduca in un'elusione della norma di portata generale.

La California non consente ai datori di lavoro una più ampia o diversa tutela negoziale del segreto rispetto a quella normativamente prevista e richiede all'interessato di identificare con precisione il segreto in giudizio. Il settore degli operatori economici high-tech dimostra scarsa propensione alla difesa giudiziale dei propri segreti commerciali, non avendo interesse a disvelarne il contenuto, soprattutto se si tratta di segreti relativi a progetti in fase di sviluppo (237).

Hyde e Menegatti annoverano anche lo stato di Israele tra i sistemi giuridici che non applicano in via generale i patti di non concorrenza del dipendente (238).

(235) *Bancroft Whitney Co. v. Glen* (1966) 64 Cal.2d 237, 346, 49 Cal.Rptr. 825, 411 P.2d 921.

(236) Vedi in dottrina M. S. STEWART, A. H. PEDOWITZ, AND B. M. MALSBERGER, *Employee Duty of Loyalty: a State-by-State Survey*, Washington, D.C: Bureau of National Affairs, 1995; *Sequoia Vacuum Systems c. Stransky* (1964), pp. 93 e 94; in giurisprudenza: Cal.App. 281, 287, 40 Cal.Rptr. 203. Vedi anche *Fowler contro Varian Associates, Inc.*, 241 Cal.Rptr. 539, 543, 196 Cal.App.3d 26, 41 (Cal.App. 6 Dist. 1987) secondo cui nessun principio di public policy autorizza il dipendente a prestare servizio per i concorrenti del datore di lavoro (*Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, [(1980) 27 Cal.3d 167, 172, 164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330]).

In netto contrasto con la posizione di diritto comune, si è ritenuto che sull'agente incaricato in via esclusiva da un solo preponente grava un obbligo di lealtà che impedisce di agire contro o in concorrenza agli interessi del preponente (Restat., Agency 2d, § 394; *Rezos v. Zahm & Nagel Co.* (1926) 78 Cal.App. 728, 246 P. 564, *Spector contro Miller* (1962) 199 Cal.App.2d 87, 95, 18 Cal. Rptr. 426.)

(237) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 203.

(238) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 202.

Secondo questa ricostruzione le corti israeliane non riconoscono alcuna validità ai patti di non concorrenza per le stesse finalità tutelate dalla norma californiana, ovvero il vantaggio economico derivato dalla mobilità dei dipendenti, in particolare nel settore dell'alta tecnologia.

Fino alla fine degli anni '90 la giurisprudenza israeliana aveva condiviso l'approccio di common law diretto al vaglio della ragionevolezza della clausola e ha poi superato quell'indirizzo giurisprudenziale attraverso due decisioni fondamentali (239).

Ora, secondo la lettura di Hyde e Menegatti, il datore di lavoro israeliano che agisca per l'esecuzione di un patto restrittivo in giudizio deve dimostrare l'esistenza di una particolare necessità di imporre una limitazione alla mobilità dei dipendenti, oltre all'interesse a non subire la concorrenza dell'ex dipendente.

Secondo Hyde e Menegatti (240) questa linea interpretativa può essere accostata alla giurisprudenza californiana, considerato che i datori di lavoro israeliani non riescono quasi mai a dimostrare in giudizio la titolarità di un interesse tutelabile e che quindi i tribunali israeliani non hanno quasi mai occasione di valutare la ragionevolezza delle clausole restrittive, e in ogni caso, anche quando tali interessi sono efficacemente dimostrati in giudizio, le corti israeliane emettono ingiunzioni solo per periodi molto brevi, inferiori a un anno (241).

Il sistema giuridico israeliano, con particolare riguardo alla tutela del patto di non concorrenza nel settore del software di sicurezza, sarà approfondito nel capitolo III per verificarne l'ipotizzata rispondenza, anche empirica, al modello di sfruttamento diffuso della concorrenza.

(239) Check Point e Frumer c. Redguard (Corte nazionale del lavoro 1999) e AES Systems c. Sa'ar (Corte Suprema 2000).

(240) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 202.

(241) ID., op. cit., p. 202.

B.

Il Modello che Tutela Debolmente i Patti di Non Concorrenza.

Un gruppo più ampio di sistemi giuridici vieta occasionalmente ai dipendenti di competere con gli ex datori di lavoro, bilanciando la mobilità del lavoratore con l'interesse del datore di lavoro a preservare informazioni riservate o a recuperare gli investimenti sostenuti nella formazione del dipendente per periodi di tempo talvolta anche ultra annuali (18 mesi), a patto che l'ex datore di lavoro remunererà il dipendente (242).

Hyde e Menegatti distinguono, all'interno di questo gruppo di sistemi giuridici, le giurisdizioni di common law da quelle di civil law; anche in questo caso seguiamo la stessa ripartizione.

1.

Giurisdizioni di Common Law.

Le giurisdizioni di common law (escludendo, ovviamente, i paesi non esecutori: India, Malesia, California e alcuni altri stati degli Stati Uniti occidentali, Israele) normalmente analizzano la validità del patto a partire dalla preliminare verifica dell'esistenza di un interesse tutelabile e vagliano la ragionevolezza del patto in termini di durata e ambito territoriale di efficacia.

È complesso tratteggiare un quadro omogeneo dei sistemi di common law sotto il profilo della tutela riconosciuta ai patti di non concorrenza.

Molti sono i casi di common law, soprattutto di origine anglosassone, adottati nella ricostruzione del modello (243) prospettato da Hyde e Menegatti, in particolare (244): (i) la decisione della UK Employment Appeal con cui la corte ha ritenuto inapplicabili quelle clausole contrattuali successive alla formazione del contratto, onerose e non

(242) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 203.

(243) Si veda in generale: P. GOULDING, G. CLARKE, T. JONES, C. Taylor, *Restrictive Covenants*, in P. GOULDING (a cura di), *Employee Competition: Covenants, Confidential, and Garden Leave*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

(244) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 204.

sufficientemente negoziate con il dipendente (245); (ii) l'impiego da parte delle corti di common law dell'argomento della tutela dei diritti di proprietà intellettuale ed industriale, salvo si riferiscano ai rapporti con i clienti o con il personale, esclusi dalla proprietà del datore di lavoro (246); (iii) l'employer's repudiation, ovvero lo scioglimento unilaterale del contratto da parte del datore di lavoro che libera, secondo la giurisprudenza di common law, il dipendente da qualsiasi patto restrittivo contenuto dal contratto, nel caso di licenziamento senza giusta causa (247); (iv) la reasonableness, il datore di lavoro che dimostri la titolarità di un diritto di proprietà può far valere solo un patto ragionevole tra le parti e non pregiudizievole per l'interesse pubblico.

Il caso più noto che ha affermato il principio della reasonableness nello scrutinio del patto di non concorrenza e citato nelle decisioni del Regno Unito, Canada, Australia, Hong Kong e Singapore, è Nordenfeld vs. Maxim Nordenfeld Gun & Ammunition Co. (248). Prima di Nordenfeld, per circa 250 anni il caso più citato in tema di restrizioni commerciali nel common law è stato Mitchel v. Reynolds (249).

Il giudice Parker, Chief Justice, (poi Lord Macclesfield) nella sua opinion ha esaminato i primi precedenti giurisprudenziali alla ricerca di un principio unificatore che potesse

(245) ID., op. cit., p. 204, Peninsula Business Services Ltd v. Sweeney, [2004] IRLR 49. 32 Herbert Morris Ltd contro Saxelby, [1916] AC 688. (HL), 709-10.

(246) Per una critica dell'ampliamento della nozione di proprietà nella giurisprudenza australiana sulla concorrenza, si veda: R. JOELLEN, *Commodifying Sheer Talent: Perverse Developments in the Law's Enforcement of Restrictive Covenants*, in C. ARUP E W. VAN CAENEGEM (a cura di) *Intellectual Property Policy Reform – Fostering Innovation and Development*, Cheltenham Regno Unito, Northampton, MA. Stati Uniti: Edward Elgar, pp. 267-84.

(247) General Billposting Co Ltd contro Atkinson [1909] AC 118 (HL).

(248) Nordenfeld v. Maxim Nordenfeld Guns & Ammunition Co. [1894] AC 535 (H.L.).

(249) H. M. BLAKE, *Employee Agreements Not to Compete*, Harvard Law Review, Feb., 1960, Vol. 73, No. 4, pp. 625-691, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/1338051>; Eng. Rep. 347 (Q.B. I711), Case 44, Mitchel v. Reynolds. [1711], accessibile al sito: <https://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?searchtype=field&termsa=Mitchel%20v.%20Reynolds&collection=engrep&submit=Go&typea=title&termtypea=word>; esaustiva la raccolta dei casi di J. B. MATTHEWS, *Law Relating to Covenants in Restraint of Trade*, London, Sweet & Maxwell, 1893, W. A. JOLLY, *Contracts in Restraint of Trade*, London, Butterworth & Co., 1900, F. J. GOODNOW, *Trade Combinations at Common Law*, Political Science Quarterly, Vol. 12, No. 2 (Jun., 1897), pp. 212-245, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/2140120>.

orientare le successive decisioni relative all'applicazione di un patto di non concorrenza (250).

Il Giudice Lord Macclesfield, dato atto della presunzione legale secondo cui tutte le restrizioni al commercio dovevano ritenersi nulle, ha ritenuta la presunzione superata (251). La presunzione di invalidità derivava dal danno che le restrizioni potevano causare in primo luogo al contraente, esposto al rischio di perdere gli strumenti di sussistenza e, in secondo luogo, alla società che a sua volta rischiava di perdere un membro utile della comunità. La Corte ha osservato che tali patti possono essere utilizzati dalle società come strumenti anticoncorrenziali, ma negare la validità di restrizioni ragionevoli alla concorrenza dell'alienante l'azienda comporterebbe inutili difficoltà, se non perdite, per l'alienante stesso che si vedrebbe diversamente costretto a proseguire l'attività commerciale o a svalutare la propria offerta, perché nessun operatore economico rischierebbe l'acquisto di una simile attività senza la garanzia di un efficace patto di non concorrenza.

La decisione ha anche evidenziato che gli effetti possono essere diversi nel caso dei patti relativi ai contratti di lavoro, visti gli abusi cui i dipendenti sono soggetti da parte dei datori di lavoro («masters»), inclini a vessare i loro apprendisti e a utilizzare pratiche indirettamente limitative della temuta, futura, concorrenza degli apprendisti (252).

Lord Macclesfield ha poi tracciato una distinzione tra vincoli “particolari” e “generali” derivanti dai patti di non concorrenza. Una restrizione “generale” all'occupazione era quella estesa a tutto il regno e senza limiti di tempo. Una restrizione “particolare” (o “parziale”) era invece limitata a un'area, oppure applicata solo a determinati “individui”,

(250) In quel caso, il patto di non concorrenza non riguardava un contratto di lavoro subordinato, ma il trasferimento di un'azienda. Il concedente l'affitto di un panificio si era obbligato a non esercitare la stessa attività, nello stesso comune (*rectius*: parish), per la durata del contratto di locazione. Il concedente violò l'accordo e agì in giudizio sostenendo che l'obbligazione assunta contrattualmente configurava una illegittima restrizione del commercio nella misura in cui interferiva con l'esercizio del suo mestiere.

(251) *Id.*, «[A] special consideration being set forth in the condition, which shews it was reasonable for the parties to enter into it, the same is good [A] man may, upon a valuable consideration, by his own consent, and for his own profit, give over his trade, and part with it to another . . .».

(252) *Id.*, *op cit.*, p. 350 «great abuses . . . from masters, who are apt to give their apprentices much vexation on this account, and to use many indirect practices to procure such bonds from them, lest they should prejudice them in their custom, when they come up to "great abuses . . . from masters, who are apt to give their apprentices much vexation on this account, and to use many indirect practices to procure such bonds from them, lest they should prejudice them in their custom, when they come up to ».

presumibilmente i clienti dell'azienda coinvolta. Una restrizione parziale, come quella sottoposta alla Corte, poteva essere validamente applicata in presenza di una buona e adeguata *consideration* (253) a sostegno della promessa e delle circostanze esposte che qualificasse come «giusta e onesta» (254) la pattuizione.

Nessuna restrizione generale poteva tuttavia ritenersi valida, perché non sarebbe mai stato ragionevole impedire a un individuo di esercitare il proprio mestiere quando questa limitazione non fosse di nessun beneficio per nessuna delle parti (255).

Come sostenuto in dottrina (256), *Mitchel v. Reynolds* è una pronuncia rilevante per la tecnica di bilanciamento tra l'utilità sociale di alcuni tipi di limitazioni alla concorrenza e i possibili effetti indesiderati a carico della parte obbligata e della società, elaborata dalla corte, e per la formulazione della *rule of reason*.

Si tratta di una decisione che, secondo Blake (257), tuttora orienta il moderno approccio interpretativo a questo genere di controversie.

La decisione ha però ricondotto all'interno di una dottrina unitaria relativa ai patti limitativi del commercio diversi temi pur non strettamente correlati, tra cui, oltre ai patti di non concorrenza del dipendente, gli accordi per la fissazione dei prezzi o per la spartizione del mercato. Questa commistione, secondo alcuni autori (258), non ha aiutato lo sviluppo ordinato delle successive dottrine giuridiche e ha consolidato per lungo tempo l'uso della dicotomia generale-parziale per la valutazione della validità dei patti.

Infine, il test di ragionevolezza (*reasonableness*) è stato collegato alla dottrina della *consideration* a tal punto che quando talune decisioni successive hanno ritenuto superata l'indagine circa l'adeguatezza della *consideration*, parte della giurisprudenza ha ritenuto superato anche il vaglio della ragionevolezza del patto (259) nel giudizio circa la sua validità.

(253) Sull'istituto della *consideration* come strumento di vincolatività delle promesse, funzionalmente analogo alla causa negli ordinamenti di common law, si rinvia diffusamente a G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, Jovene, 1995.

(254) *Mitchel v. Reynolds*, Eng. Rep. 347, 349, 352.

(255) *Mitchel v. Reynolds*, Eng. Rep. P. 348.

(256) BLAKE, op. cit., p. 630.

(257) ID., op. cit., pp. 630-631.

(258) ID., op. cit., p. 631

(259) IBIDEM.

I primi precedenti giurisprudenziali considerati in *Mitchel v. Reynolds* rientrano, secondo la ricostruzione di Blake, in due gruppi distinti sia dal punto di vista temporale che sostanziale (260). I primi quattro casi, a cominciare dal Caso *Dyer* (261) del 1414, risalgono al XVI secolo. In ciascuno di questi casi la corte ha dichiarato nullo il patto limitativo della concorrenza, senza considerarne la ragionevolezza della sua portata. Questi sono i casi citati a sostegno dell'originaria presunzione di nullità di tutte le clausole limitative della concorrenza in quanto restrittive del principio della libertà economica di common law.

Il secondo gruppo di casi citati nella pronuncia (262), decisi nel diciassettesimo secolo, iniziano a distinguere tra clausole generali e clausole parziali, secondo il bilanciamento degli interessi in gioco applicato in *Mitchel v. Reynolds*.

Blake osserva che tutti i primi casi citati dalla corte a sostegno della decisione riguardavano patti di non concorrenza applicati ad apprendisti od operai. Si trattava di situazioni in cui i datori di lavoro, definiti da Blake «unethical masters» (263), tentavano di prolungare il tradizionale periodo di apprendistato, generalmente non retribuito, ritardando l'ingresso degli apprendisti nelle corporazioni in qualità di artigiani, e quindi in violazione delle consuetudini corporative.

I patti di non concorrenza applicati ai trasferimenti aziendali sono sempre stati ritenuti validi, se ragionevoli rispetto all'oggetto dell'operazione; solo ai patti di non concorrenza applicati ai rapporti di impiego si applicava la presunzione di nullità, indipendentemente dalla portata della restrizione, perché comportavano l'elusione delle regole di natura consuetudinaria in materia di apprendistato (264).

(260) *IBIDEM*.

(261) *Y.B. Mich. 2 Hen. 5, f. 5, pI. 26 (C.P. 1414)*.

(262) *Rogers v. Parrey, 2 Bulst. 136, 80 Eng. Rep. 1012 (K.B. 1613); Broad v. Jollyfe, Cro. Jac. 596, 79 Eng. Rep. 509 (K.B. 1620); Bragge v. Stanner, Palm. 172, 81 Eng. Rep. 1031 (K.B. 1621); Prugnell v. Gosse, Aley 67, 82 Eng. Rep. 919 (K.B. 1648); Ferby v. Arrosmyth, 2 Keb. 377, 84 Eng. Rep. 236 (K.B. 1668); Anonymous, March 77, 82 Eng. Rep. 419 (C.P. 1640); Barrow v. Wood, March 191, 82 Eng. Rep. 470 (C.P. 1642)*.

(263) *BLAKE, op. cit., p. 632*.

(264) *BLAKE, op. cit. p. 632*.

Blake osserva che durante il periodo in cui è stato definito il primo gruppo di casi, citati dalla decisione, le corporazioni artigiane erano i veicoli dominanti dell'iniziativa economica (265).

Una gilda artigianale comprendeva tre classi di membri: maestri, operai e apprendisti.

Gli obblighi e i doveri sia del maestro che dell'apprendista erano definiti da un contratto, *the indenture*, i cui termini variavano da luogo a luogo e da corporazione a corporazione, ma erano in gran parte consuetudinari, oppure sostanzialmente definiti dallo Statuto.

Nel 1563, lo Statuto degli Apprendisti rese obbligatorio un periodo di apprendistato di sette anni, come richiesto molto prima della sua emanazione dalla maggior parte delle corporazioni. Ulteriore corollario dell'estensione del tirocinio, normalmente non retribuito, era che al suo esito l'apprendista doveva essere libero di esercitare il mestiere, a pagamento, ovunque egli desiderasse fino a che non avesse guadagnato l'ingresso alla ristretta cerchia degli artigiani (266).

Alcune corporazioni prolungavano il periodo di apprendistato imponendo all'apprendista di continuare a servire il maestro per un anno o più dopo il periodo di apprendistato. Durante quest'epoca, il numero di operai che cercavano di diventare artigiani aumentò rapidamente in molte corporazioni e gli artigiani cercavano di proteggere la loro posizione attraverso una varietà di restrizioni all'ingresso (267).

Nel caso *Colgate v. Bacheler* (268) il figlio del convenuto si era obbligato a pagare all'attore venti sterline se questi, come apprendista, o servitore, o per sé stesso come padrone, o in altra guisa avesse impiegato il mestiere di mercenario all'interno della contea del Kent, presso la città di Canterbury o Rochester, prima di una certa data.

La corte ha osservato che la restrizione non era generica, ma che era illegittimo limitare la pratica di un commercio senza limiti di tempo e di territorio.

(265) *Id.*, op. cit., p. 632.

(266) Normalmente diveniva un maestro artigiano nella città in cui aveva svolto l'apprendistato, *Id.* p. 633.

(267) Ad esempio *BLAKE*, op. cit., p. 633 riferisce che le tasse che accompagnavano l'ingresso nella gilda venivano aumentate.

(268) *Cro. Eliz.* 872, 78 *Eng. Rep.* 1097 (Q.B. 160).

La corte ha argomentato che “for as well as he may restrain him for one time, or one place, he may restrain him for longer times, and more places, which is against the benefit of the Commonwealth [F]or he ought not to be abridged of his Trade, and Living”.

Il caso *Blacksmiths of South-Mims* (269), deciso dalla Court of Common Pleas nel 1587, non può essere annoverato con certezza tra quelli relativi all'apprendistato.

Il debitore vincolato dal patto di non concorrenza è identificato solo come “un altro fabbro” e il patto di non concorrenza gli impediva di esercitare la professione a South-Mims, senza limiti di tempo.

Tuttavia, quando il creditore agì in giudizio per la violazione del patto, i giudici di pace locali lo condannarono alla pena detentiva. Il tribunale poi riformò la sentenza e, facendo applicazione dell'habeas corpus, da una parte ha dichiarato il difetto di giurisdizione dei giudici di pace, ma dall'altra ha ritenuto che il vincolo era “nullo, perché contrario alla legge”.

Ciascuno di questi tre casi ha fatto riferimento al caso di *Dyer*, deciso di più di centocinquanta anni prima, senza porlo in discussione.

Il caso di *Dyer* è il primo caso noto che si occupa di restrizioni alla pratica di un mestiere. Il tema della causa era relativo a un provvedimento giudiziale di accertamento del debito, richiesto per l'obbligazione assunta dal convenuto, un tintore, il quale sosteneva che, secondo l'*indenture* da lui sottoscritta, l'efficacia dell'obbligo di non concorrenza era limitato alla durata di sei mesi dalla fine del rapporto ed entro il confine della città dell'attore. Il convenuto sosteneva di aver rispettato il patto e il giudice dichiarò il patto illegittimo.

Questi sono gli unici casi noti in cui i patti limitativi della concorrenza sono stati ritenuti nulli dalle corti indipendentemente dall'ambito geografico, dalla durata o dalla loro ragionevolezza.

Secondo *Blake* (270), questi casi indicano la reazione della giurisprudenza alle pratiche elusive delle consuetudini corporative da parte di alcuni artigiani e sono rappresentativi di una giurisprudenza che si è espressa a supporto della nozione consuetudinaria di attività

(269) Eng. Rep. 485 (C.P. 1587).

(270) V. BLAKE, op. cit., p. 637.

commerciale del periodo tardomedievale, piuttosto che una sorta di anticipazione del moderno *laissez faire*.

Era piuttosto il maestro artigiano *unethical*, che cercava di aumentare la sua sfera di controllo del mercato ricorrendo ai patti di non concorrenza per alterare le pratiche consuetudinarie, a muoversi nella direzione del moderno capitalismo d'impresa, secondo Blake (271).

La giurisprudenza successiva a *Mitchel v. Reynolds* e la distinzione tra patti generali e parziali rappresentano il punto di partenza per le moderne norme sui patti di non concorrenza. Il caso *Dyer* e i successivi sono stati decisi nel contesto di un sistema sociale ed economico appena entrato nella transizione verso l'imprenditoria capitalista.

La preoccupazione di Macclesfield era che un individuo potesse essere privato del suo sostentamento e la società dei suoi stessi servizi, ma non era in discussione la limitazione della libertà economica. Né la nozione di libertà contrattuale aveva assunto rilievo nel caso *Mitchel vs. Reynolds*; anzi, l'asimmetria del potere contrattuale tra le parti fu assunta quale *consideration* del patto.

Per le corti dell'Ottocento il bilanciamento si spostò su di un altro piano, quello della libertà di mercato e della libertà contrattuale (272).

(271) Anche secondo K. H. DECKER, A. C. VALIULIS, *Covenants Not to Compete*, 2nd ed. New York: J. Wiley, 1993, p. 23 e 24, un fattore di accelerazione della legge sui patti restrittivi fu l'ascesa delle corporazioni artigiane nei secoli XIV e XVI. Durante questo periodo, le corporazioni artigiane divennero l'istituzione economica dominante in Inghilterra. Composte da maestri, garzoni e apprendisti, le corporazioni addestravano i giovani alle abilità di un mestiere, che proteggevano dalla concorrenza domestica non qualificata. Sebbene il sistema delle corporazioni fosse monopolistico, forniva una forza lavoro qualificata necessaria, che, ironia della sorte, permise ai tribunali di sviluppare un corpus legislativo che di fatto potenziò la concorrenza. Per consentire alla società di avere accesso alle competenze necessarie, i tribunali dovevano garantire che ogni maestro o operaio fosse in grado di esercitare il proprio mestiere senza restrizioni.

A causa della mancanza di manodopera disponibile e del predominio delle corporazioni artigiane durante questo primo periodo, i tribunali svilupparono due principi guida: (1) tutta la manodopera qualificata disponibile doveva essere di dominio pubblico; e (2) ogni individuo aveva il diritto di guadagnarsi da vivere. Tutto ciò che interferiva con questi principi era contrario all'interesse pubblico. Come osservò un successivo tribunale americano, "accettare per contratto di non esercitare il proprio mestiere [a quel tempo] era più o meno come accettare di non lavorare o di dover andare all'estero per lavoro". Nessuna alternativa era accettabile, e nella prospettiva dell'interesse pubblico (*public policy*), i tribunali non potevano validare queste restrizioni (*Herreshoff contro Boutineau*, 17 RI 3, 6, 19 A. 712, 713 (1890)).

(272) BLAKE, op. cit., p. 638.

I cambiamenti industriali e tecnologici progressivamente ridussero il rigore di molte di queste restrizioni.

All'inizio del diciannovesimo secolo le ultime vestigia del sistema di apprendistato erano in via di riduzione e i lunghi apprendistati non servivano più da barriere all'ingresso del mercato del lavoro. In breve, la rivoluzione industriale aveva posto le basi per lo sviluppo di un approccio moderno al problema (273).

I datori di lavoro volevano ora proteggersi dalla concorrenza futura dei dipendenti, o quantomeno dalla perdita di clienti o dei segreti commerciali. I patti limitativi della concorrenza dei dipendenti offrivano tale protezione, in una certa misura. La presenza di una significativa litigiosità è una buona prova che tali restrizioni erano diventate una caratteristica comune dei contratti di lavoro.

Fino alla fine dell'ottocento, sia i tribunali inglesi che americani hanno considerato *Mitchel v. Reynolds* il precedente fondamentale da applicare ai casi di restrizione della concorrenza dei dipendenti.

Il problema centrale era formulare il test di ragionevolezza in termini più specifici e attribuire un contenuto sostanziale al test, decidendone l'applicazione nei singoli casi. L'applicazione della *rule of reason* ai patti limitativi della concorrenza ha portato a due risultati.

In primo luogo, con l'avanzare della tecnologia, la distinzione generale-parziale ha perso di significato ed è stata prima applicata in modo sporadico per essere al fine abbandonata. Inoltre, poiché le *consideration* dell'importanza decisiva nei patti di non concorrenza tra datore di lavoro e dipendente sono state prese in considerazione in un certo numero di casi, la disciplina di tali restrizioni si è specializzata con effetti dirompenti rispetto alla più ampia dottrina. I casi del diciannovesimo secolo riflettono questa evoluzione (274).

La prima attenta riformulazione del test di ragionevolezza risale a un caso inglese, deciso nel 1831.

In *Horner v. Graves* (275), Tindal, Chief Justice, precisò i principi affermati nel caso *Mitchel v. Reynolds* stabilendo che l'elemento della ragionevolezza non si limitava alla

(273) *Id.*, op. cit., p. 639.

(274) *Id.*, op. cit., p. 639.

(275) Bing. 735, 131 Eng. Rep. 284 (C.P. 1831).

consideration espressa nel contratto, ma doveva essere estesa a tutti i fatti rilevanti per comprendere se la restrizione tutelava equamente gli interessi della parte a favore della quale era stata assunta, e non fosse così ampia da interferire con gli interessi della collettività (276).

Sulla base di questo ragionamento la corte ha ritenuto che la previsione contrattuale che impediva all'assistente di un dentista di non esercitare l'attività odontoiatrica, entro cento miglia dalla città del suo datore di lavoro, fosse irragionevolmente ampia.

La natura personale del servizio rendeva impossibile che un'area così vasta potesse essere profittevolmente occupata dal solo datore di lavoro.

Il Giudice Tindal ha anche colto l'occasione per precisare che la distinzione tra restrizioni generali e particolari, formulata in *Mitchel v. Reynolds*, non era una regola universale.

La funzione della corte era di determinare quale vincolo poteva essere ragionevole con riferimento al caso particolare.

Nel 1853, la Court of Queen's Bench ha invertito la regola secondo cui tutte le restrizioni al commercio sono prima facie nulle, spostando l'onere di dimostrare l'irragionevolezza del patto sul beneficiario della clausola (277).

Questo punto di vista, radicato in un approccio che sosteneva una forte libertà contrattuale, prevalse in Inghilterra fino al 1913 ed è in parte ritenuto da Blake responsabile del fatto che, durante l'ultima parte del diciannovesimo secolo, in Inghilterra praticamente tutti questi patti di non concorrenza, inseriti nei contratti di lavoro o altrove, furono ritenuti validi.

Prima del caso *Rousillon v. Rousillon* (278) non ricorrono casi, né pronunciati secondo diritto né secondo equità, in cui un patto limitativo della concorrenza senza limiti spaziali è stato ritenuto eseguibile.

(276) *Id.* p. 743, 131 Eng. Rep, “whether the restraint is such only as to afford- a fair protection to the interests of the party in favour of whom it is given, and not so large as to interfere with the interests of the public”.

(277) *Tallis v. Tallis*, El. & B. 391, 118 Eng. Rep. 482 (Q.B. 1853). Questa inversione della regola di *Mitchel v. Reynolds* è stata a sua volta scartata e la vecchia regola ripristinata in *V. Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571, 588-89 (C.A.).

(278) Eng. Rep. 14 Ch. D. 351 (1880).

Il caso riguardava il nipote dei proprietari di un'impresa di distribuzione di champagne che aveva acconsentito, nel corso del suo rapporto di impiego e di rappresentanza dell'azienda in Inghilterra e in altri paesi, a non rappresentare un'altra casa di champagne per il periodo di due anni dopo la fine dell'impiego. Cessata l'attività di vendita al dettaglio, e quindi risolto il rapporto di lavoro con il nipote, questi iniziò un'attività di commercio di vino al dettaglio.

Il giudice Fry, incaricato della trattazione della causa introdotta dai precedenti datori di lavoro per la violazione del patto, affermò che non era mai stata posta alcuna regola di portata generale secondo cui una restrizione illimitata doveva essere ritenuta nulla e che se una ragionevole protezione del patto ne avesse richiesta l'applicazione oltre i confini nazionali, ciò sarebbe stato possibile (279).

L'opinione del giudice non motiva l'efficacia riconosciuta al patto anche dopo la cessazione dell'attività commerciale in Inghilterra, ma in ogni caso la decisione non ha ottenuto un ampio consenso tra le corti (280).

Con il caso Rousillon il primato della libertà contrattuale aveva raggiunto il suo apice.

Per oltre trent'anni dopo la decisione, tutte le restrizioni al commercio, comprese quelle successive al rapporto di lavoro, sono state esaminate con una presunzione di validità se la loro portata era approssimativamente coincidente con l'area di attività del patto (281).

Nella decisione della Camera dei Lord Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co. (282), ogni dubbio relativo alla validità delle restrizioni generali è stato superato e la pattuizione è stata ritenuta valida perché non più ampia di quanto ragionevolmente necessario a proteggere gli interessi del beneficiario del patto e non contraria all'interesse pubblico. Il caso riguardava la vendita di una vasta attività relativa al settore delle munizioni e un patto di non concorrenza su scala internazionale, ma la

(279) BLAKE, op. cit., p. 641.

(280) IBIDEM.

(281) ID., op. cit., p. 642.

(282) V. p. 198-215, MATTHEWS-ADLER, *Restraint of trade*, 2d ed., 1907, MATTHEWS-ADLER analizzarono trentatré casi decisi durante questo periodo. Di questi, solo sette restrizioni furono ritenute irragionevoli dalle corti. Cinque di quelle ritenute irragionevoli erano restrizioni successive al rapporto di lavoro; due erano restrizioni non accessorie; nessuna è stata annullata nei casi di trasferimento d'impresa. Vi è quindi qualche indicazione che anche in questo periodo è stato occasionalmente dato un certo peso alla diversa natura delle restrizioni dei dipendenti.

corte rifiutò di applicare la meccanica distinzione generale-parziale anche alle restrizioni applicate ai dipendenti. Tuttavia, oltre alla statuizione secondo cui gli sviluppi tecnologici avevano reso la vecchia distinzione superata, il caso conteneva un'anticipazione: l'estrema libertà contrattuale esemplificata dal caso Rousillon non sarebbe sopravvissuta a lungo.

Lord Macnaghten ha osservato che “*different considerations must apply in cases of apprenticeship ... A man is bound an apprentice because he wishes to learn a trade and to practice it . [T]here is obviously more freedom of contract between buyer and seller than between master and servant or between an employer and a person seeking employment (283)*”.

Tuttavia, evidenzia Blake (284), per vent'anni dopo questa pronuncia, i tribunali inglesi hanno continuato a promuovere la libertà contrattuale in tutti i casi di limitazione della concorrenza.

Il test di ragionevolezza veniva utilizzato, ma l'approccio era cambiato e quasi tutte le restrizioni, il cui ambito applicativo era non più ampio del mercato in cui il contraente svolgeva la propria attività, sono state ritenute valide.

Secondo Blake i dicta espressi nei casi Mitchel v. Reynolds e Nordenfelt sono stati finalmente portati a compimento in due decisioni della Camera dei Lord che oggi costituiscono il cuore del diritto inglese in materia di restrizioni alla concorrenza dei dipendenti (285).

In Mason v. Provident Clothing & Supply Co. (286) e Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby, (287) i Lord hanno preso atto del cambiamento dei valori rispetto ai rapporti datore di lavoro-dipendente e hanno intrapreso un completo riesame e una riformulazione dei precedenti principi.

Questi casi hanno stabilito in primo luogo che la *rule of reason* richiedeva l'applicazione di rimedi diversi nei casi applicati ai dipendenti; in secondo luogo, il datore di lavoro doveva dimostrare che la restrizione richiesta non fosse più ampia di quanto necessario

(283) Eng. Rep. [1894] A.C. 566.

(284) BLAKE, op. cit., p. 642.

(285) ID., op. cit., p. 643.

(286) Eng. Rep. [1913] A.C. 724.

(287) Eng. Rep. [1916] I A.C. 688.

per la sua ragionevole tutela; terzo, la restrizione doveva essere ragionevole, tenendo conto sia degli interessi del lavoratore che del datore di lavoro; e, infine, una restrizione non poteva essere giustificata se il suo unico scopo era quello di proteggere il datore di lavoro dalla mera concorrenza futura del dipendente (288).

Pertanto, per tutto il periodo da *Mitchel v. Reynolds*, e probabilmente prima, i tribunali inglesi hanno adottato quasi uniformemente la *rule of reason* per quanto riguarda le clausole limitative della concorrenza dei dipendenti. La maggior parte dei tribunali ha riconosciuto che la distinzione generale-parziale derivava dall'applicazione del principio a una situazione particolare e, con l'avanzare della tecnologia, la distinzione ha perso progressivamente vigore, per essere infine abbandonata. La *rule of reason* derivava gran parte del suo contenuto dall'importanza accordata al principio di libertà contrattuale.

Solo alla Camera dei Lord lo squilibrio tra i contraenti è stato rilevato e da allora l'applicazione della *rule of reason* assegna ai giudici un ruolo più attivo nella tutela del lavoratore dai patti iniqui. I metodi e le intuizioni di Macclesfield di duecento anni prima sono stati compresi e adattati alle condizioni moderne.

Lo sviluppo della disciplina delle restrizioni al rapporto di lavoro negli Usa è parallelo al modello inglese del diciannovesimo secolo, con due differenze.

In primo luogo, i tribunali hanno dovuto confrontarsi con la distinzione generale-parziale nel contesto dei confini statali e federali.

In secondo luogo, nell'applicazione del test di ragionevolezza, quasi fin dall'inizio, è stata data maggiore enfasi alla tutela del lavoratore dagli oneri eccessivamente gravosi e meno alla efficacia dei termini contrattuali.

In due casi documentati da Blake le restrizioni estese all'intero stato sono state ritenute nulle, senza riguardo alle circostanze (289).

Nel 1874, in *Oregon Steam Nav. Co. v. Winsor* (290), la Corte Suprema ha confermato un patto, sottoscritto contestualmente alla vendita di un piroscafo, che limitava la concorrenza nello stato della California. Poco dopo il Rhode Island è diventato il primo

(288) V. BLAKE, op. cit., p. 643.

(289) *Lawrence v. Kidder*, 10 Barb. 641 (N.Y. Sup. Ct. 1851); *Dunlop v. Gregory*, N.Y. 241 (1851) (dictum).

(290) Eng. Rep., 87 U.S. (20 Wall.) 64.

stato a negare rilevanza ai confini statali in un caso relativo a una restrizione dei dipendenti (291). La corte di Rhode Island ha anche osservato che la ragionevolezza di una restrizione dipendeva dalla natura e dalle circostanze dell'operazione. Il criterio della ragionevolezza era stato saldamente stabilito e la Corte Suprema e le corti statali più influenti avevano posto le basi per il superamento della distinzione generale-parziale (292).

Secondo il resoconto di Blake, almeno in un caso un tribunale americano aveva esplorato i problemi delle restrizioni della concorrenza applicate ai dipendenti prima e in modo più approfondito di qualsiasi tribunale inglese, con risultati rilevanti (293).

Poco dopo la decisione Rousillon, in termini di forte libertà contrattuale, un tribunale del New Jersey, nella causa *Mandeville v. Harman* (294), fece una valutazione del tutto diversa. Un medico affermato rinnovò il contratto di impiego del suo assistente con l'ulteriore condizione secondo cui il dipendente rinunciava ad esercitare, ad esito del rapporto di lavoro, la pratica medica o chirurgica a Newark. Poco dopo la scadenza del contratto, il medico che aveva sottoscritto la clausola aprì uno studio a Newark. Il motivo della risoluzione del contratto con il precedente datore di lavoro non era chiaro. Il provvedimento ingiuntivo è stato negato sulla base dell'argomento secondo cui la limitazione dell'attività lavorativa del dipendente per l'intera durata della vita di uno dei contraenti poteva essere ragionevole in alcuni casi, ma in quel caso la durata del patto era molto più lunga del necessario.

La corte ha affermato inoltre che l'abilità professionale, l'esperienza e la reputazione non possono essere acquistati o trasferiti (295) e il rischio della perdita della clientela in favore dell'assistente non era sufficiente a giustificare la tutela contrattuale; l'unico effetto era quello di impedire la concorrenza.

Secondo Blake nessuna precedente opinione, americana o inglese, era andata così lontano nel riconoscere il conflitto degli interessi coinvolti dai patti di non concorrenza e nel

(291) *Morse Twist Drill & Mach. Co. v. Morse*, 103 Mass. 73 (1869).

(292) BLAKE, op. cit., p. 644.

(293) ID., op. cit., p. 645.

(294) Eng. Rep., 42 N.J. Eq. 185, 7 Atl. 37 (Ch. 1886).

(295) ID., p. 193.

discernere le differenze che avrebbero presto innescato la scissione e lo sviluppo della normativa che li riguardava.

Così, alla fine del diciannovesimo secolo, i tribunali sia in Inghilterra che negli Stati Uniti avevano pienamente adottato il metodo su cui si sarebbero sviluppati i metodi moderni.

L'applicazione della *rule of reason*, quando correttamente applicata, portava inevitabilmente all'eliminazione della meccanica distinzione generale/particolare alimentata da una lettura troppo testuale di *Mitchel v. Reynolds*.

Nei primi anni dell'Ottocento, l'approccio della ragionevolezza aveva anche gettato le basi per la separazione della disciplina dei patti di non concorrenza del dipendente dalle limitazioni alla concorrenza di altra natura (296).

1.1.

Caratteristiche dei Paesi di Common Law che Applicano Debolmente il Patto di Non Concorrenza.

Caratteristica comune di questi sistemi giuridici di common law è l'onere della prova posta a carico del datore di lavoro, tenuto a dimostrare l'esistenza di una particolare necessità di limitare la mobilità dei dipendenti diversa rispetto al mero interesse a non subire la concorrenza dell'ex dipendente.

Nella pratica, l'esigenza di tutela coincide con la tutela del segreto commerciale ovvero dagli investimenti specifici nei rapporti con i clienti.

Talvolta si è affermato che un datore di lavoro può limitare la mobilità di un dipendente che abbia ricevuto una formazione molto specifica, al di là delle "capacità, esperienza, know-how e conoscenze generali acquisite da un dipendente nell'ambito del suo lavoro durante il suo impiego, anche se ciò gli fornirà gli strumenti per essere qualificato come concorrente o potenziale dipendente di un concorrente" (297) (298).

Non sembrano ricorrere casi statunitensi che riconoscano la formazione di un dipendente da parte del datore di lavoro quale possibile giustificazione della restrizione della mobilità del dipendente.

(296) BLAKE, op. cit., p. 646.

(297) FSS Travel and Leisure Systems Ltd v. Johnson. [1998] IRLR 82 (CA).

(298) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 206.

Si è sostenuto in giurisprudenza che la semplice assunzione di personale in possesso dei requisiti richiesti da un cliente non qualifica la conoscenza del dipendente stesso quale segreto commerciale (299).

Contrariamente alle giurisdizioni di civil law, è insolito nei sistemi giuridici di common law che l'esecuzione di un divieto di concorrenza sia subordinata al pagamento di uno speciale corrispettivo al dipendente. L'applicazione, sebbene rara, può quindi essere piuttosto onerosa per il dipendente non solo privato della possibilità di lavorare entro la propria sfera di competenza, ma altresì di un compenso per tale rinuncia (300).

2.

I Paesi dell'Unione Europea e la Compatibilità delle Clausole Restrittive della Concorrenza dei Lavoratori rispetto ai Trattati.

Secondo la ricostruzione comparata offerta da Hyde e Menegatti in quasi tutti gli Stati membri dell'UE i divieti alla concorrenza trovano scarsa applicazione, per brevi periodi di tempo e sempreché l'area geografica di riferimento sia ben delimitata.

Ciò, secondo l'analisi, deriverebbe dall'applicazione delle rispettive carte costituzionali e delle singole normative nazionali di settore, stante l'assenza di norme euro-unitarie in

(299) In *Metro Traffic Control Inc. v. Shadow Traffic Network*, 22 Cal App 4th 853, 862 (1994), la corte ha affermato che “attori, musicisti, atleti e altri sono spesso addestrati, istruiti e istruiti per soddisfare le esigenze dei loro sponsor e del pubblico, ma i loro talenti appartengono a loro per contrarre a loro piacimento”.

Si è spesso affermato che la validità del patto può essere negata se suscettibile di danneggiare la public policy, tuttavia, pochissimi casi hanno negato validità al patto per questa ragione e la maggior parte delle pronunce riguardava professionisti medici che, se interdetti dalla pratica, avrebbero privato vasti centri abitati privi del necessario servizio.

Secondo HYDE-MENEGATTI, op cit., pp. 206 -216, una maggiore attenzione da parte delle corti di common law all'interesse pubblico ridurrebbe probabilmente l'applicazione dei patti di non concorrenza.

(300) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 206.

materia di patti di non concorrenza, a parte alcune disposizioni peculiari riguardanti gli agenti di commercio autonomi (direttiva 86/653/CEE) (301) (302).

La Commissione europea ha espresso preoccupazione rispetto alla compatibilità dei patti di non concorrenza con il diritto dell'UE nella risposta ad un'interrogazione scritta del giugno 2002 fornita, a nome della Commissione, dall'allora Commissario europeo per la concorrenza Mario Monti (303).

Secondo la Commissione, una clausola che produce un effetto sproporzionato sulla capacità di una persona di cercare lavoro può costituire un ostacolo alla prestazione di servizi ai sensi dell'articolo 56 TFUE (ex art. 49 del Trattato CE), ed ha portato l'esempio di una società operante nel settore dell'alta tecnologia che abbia necessità di assumere una persona altamente qualificata per poter fornire i propri servizi.

Sul diverso piano degli accordi tra le imprese, nel luglio 2007 la Commissione ha risposto (304) a una precedente interrogazione scritta (305), che chiedeva se fosse contrario alle

(301) Si veda in particolare l'articolo 20 della direttiva 86/653/CEE: 1. Ai fini della presente direttiva la convenzione che stabilisce una limitazione dell'attività professionale dell'agente commerciale dopo l'estinzione del contratto, è denominata patto di non concorrenza. 2. Un patto di non concorrenza è valido solo nella misura in cui: a) sia stipulato per iscritto; e b) riguardi il settore geografico o il gruppo di persone e il settore geografico affidati all'agente commerciale, nonché le merci di cui l'agente commerciale aveva la rappresentanza ai sensi del contratto. 3. Il patto di non concorrenza è valido solo per un periodo massimo di due anni dopo l'estinzione del contratto. 4. Il presente articolo lascia impregiudicate le disposizioni di diritto nazionale che apportano altre restrizioni alla validità o all'applicabilità dei patti di non concorrenza o prevedono che i tribunali possano attenuare le obbligazioni delle parti risultanti da tali accordi. In giurisprudenza CGUE 26 ottobre 2023, in causa C-331/21, E.E.P. SA, E.C.C. SA, M.R.S. SA, M.C.H. SA c. Autoridade da Concorrência; CGUE 13 ottobre 2022, in causa C- 593/21, NY c. H. SARL; CGUE 4 giugno 2020, in causa C- 828/18, T. SARL c. D. SARL; CGUE 23 marzo 2021, in causa C-574/21, QT contro O.C.R. a.s; CGUE 3 dicembre 2015, in causa C-38/14, Quenon K. SPRL c. Beobank SA, Metlife Insurance SA; CGUE 17 ottobre 2013, in causa C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare; CGUE 17 febbraio 2011, in causa C- 283/09, Artur Weryński contro Mediatel 4B spółka z o.o.; CGUE 26 marzo 2009, in causa C-348/07, Turgay Semen c. Deutsche Tamoil GmbH; CGUE 23 marzo 2006, in causa C- 465/04, Honyvem Informazioni Commerciali Srl c. M.D.Z.; CGUE 16 marzo 2006, in causa C-3/04, Poseidon Chartering BV; CGUE 16 marzo 2000, in causa C-395/96 nei procedimenti riuniti C-395/96 P e C-396/96, Centre Wagner, Kirchberg c. Grimaldi e Gerrit Schram, P, Tribunale UE, 8 ottobre 1996, n. 24/93.

(302) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 206.

(303) V. il testo su https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-5-2002-1637-ASW_EN.html.

(304) Interrogazione parlamentare, Risposta della Commissione del 18.7.2007, GU C 45 del 16/02/2008, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-6-2007-1840-ASW_EN.html.

(305) Interrogazione scritta del 4.10.2006, E-4381/06, Ole Christensen (PSE), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-6-2006-4381_EN.html.

norme dell'UE in materia di libera circolazione dei lavoratori l'accordo concluso tra due imprese che prevedeva una compensazione in caso di assunzione reciproca dei lavoratori, affermando che questo tipo di accordo non produce necessariamente un impatto sulla circolazione transfrontaliera dei lavoratori dell'UE.

Tuttavia, quando questi accordi tra imprese che si impegnano a non assumere il personale di altre imprese vengono conclusi da aziende di Stati membri diversi, potrebbe potenzialmente porsi un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

La Corte di giustizia europea ha statuito che le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone mirano a facilitare l'esercizio da parte dei cittadini di attività professionali in tutta l'Ue e ad escludere misure che potrebbero svantaggiare i cittadini euro unitari quando desiderano esercitare un'attività professionale o un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro (306). Le disposizioni che impediscono o dissuadono un cittadino di uno Stato membro dal lasciare il paese d'origine per esercitare il diritto alla libera circolazione costituiscono un ostacolo a tale libertà, anche se applicate indipendentemente dalla nazionalità dei lavoratori interessati (307).

Tuttavia, fatta eccezione per l'applicazione delle regole di concorrenza euro-unitarie, la Commissione non ritiene di poter avviare alcuna azione diretta contro un'impresa privata. L'articolo 81, paragrafo 1 del trattato CE (articolo 101 del TFUE) vieta in generale tutti gli accordi tra imprese che impediscono, restringono o falsano la concorrenza all'interno del mercato comune, nella misura in cui pregiudichino il commercio tra Stati membri.

Il requisito dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri implica che vi sia un impatto sull'attività economica transfrontaliera tra almeno due Stati membri.

Nel caso in cui sia interessato anche il commercio transfrontaliero, questi accordi o pratiche concordate, ricadono probabilmente nel divieto di cui all'articolo 81 del trattato CE (articolo 101 TFUE), in quanto restrizioni fondamentali, posto che il mercato del lavoro non è esente dall'osservanza delle regole di concorrenza (308).

(306) V. CGUE, in causa C-415/93 Bosman.

(307) In particolare CGUE Bosman, cit., punto 96 e CGUE 17 ottobre 2003, causa C-232/01, Van Lent, Racc. pag. I-11525, punto 16.

(308) Lo sono solo alcuni tipi di contrattazione collettiva tra le parti sociali, cfr. ad esempio CGUE in causa C-67/96 Albany.

Pertanto, un accordo tra imprese di non assumere personale presso i concorrenti potrebbe equivalere ad un accordo di ripartizione del mercato per quanto riguarda la fornitura di manodopera (309).

Sebbene la strategia europea per l'occupazione (European Employment Strategy) non menzioni specificamente le restrizioni al funzionamento dei mercati del lavoro, in generale, e gli accordi che vietano lo storno dei dipendenti, in particolare, si potrebbe sostenere che tale pratica non sia compatibile con gli orientamenti per l'occupazione (Employment Guidelines, e in particolare con l'orientamento per l'occupazione n. 20), relativo alla risoluzione degli squilibri tra domanda e offerta, delle strozzature e delle carenze nel mercato del lavoro, rimuovendo gli ostacoli alla mobilità dei lavoratori.

I cosiddetti "cartelli del lavoro", secondo la commissione, rappresentano un chiaro ostacolo alla mobilità dei lavoratori, sia quando riguardano alcune categorie di lavoratori sia quando sono applicati ad aree del territorio unionale. Gli accordi che vietano lo storno dei dipendenti possono anche creare ostacoli all'adattabilità dei lavoratori (limitando le loro prospettive di carriera) e ostacolare la capacità delle imprese di adattarsi alle mutevoli condizioni del mercato.

Inoltre, in forza dell'articolo 2, paragrafo 1 della direttiva 91/533/CEE del Consiglio del 14 ottobre 1991 sull'obbligo del datore di lavoro di informare i dipendenti sulle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, il datore di lavoro è tenuto a informare il dipendente degli aspetti essenziali del contratto o del rapporto di lavoro.

L'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva fornisce un elenco non esaustivo di tali aspetti essenziali e la Corte di Giustizia Europea ha statuito che qualunque elemento che, per la sua importanza, deve essere considerato elemento essenziale del contratto o del rapporto di lavoro di cui è parte, deve essere notificato al lavoratore (310).

Un accordo tra due o più società che ponga restrizioni alla libertà di queste società di assumere lavoratori impiegati da una qualsiasi altra parte negoziale, è un accordo che limita potenzialmente le future possibilità dei dipendenti di essere assunti da una delle aziende interessate.

(309) V. punto 262 delle Conclusioni nella causa Bosman C-415/93.

(310) CGUE, in causa C-350/99 Wolfgang Lange c. Georg Schüneman GmbH [2001] Racc. I-1061, punto 23.

L'effetto di un tale accordo, secondo la commissione, sarebbe simile ad una clausola di non concorrenza.

Tali preoccupazioni sono state confermate dalla Commissaria europea alla concorrenza, Margrethe Vestager, la quale, nel corso del discorso tenuto nell'ottobre 2021 (311) sugli effetti dei cartelli tra imprese sugli individui, ha dichiarato che "some buyer cartels do have a very direct effect on individuals, as well as on competition, when companies collude to fix the wages they pay; or when they use so-called "no-poach" agreements as an indirect way to keep wages down, restricting talent from moving where it serves the economy best. And that's not the only way that an agreement not to poach each other's staff can create a cartel (...) there are those where the key to success is finding staff who have the right skills. So, in these cases, a promise not to hire certain people can effectively be a promise not to innovate, or not to enter a new market (312)".

Sino ad ora, la Commissione Europea non ha portato avanti alcun caso che riguardasse esclusivamente accordi anti-storno dei dipendenti, se non in via incidentale nel caso Pre-Insulated Pipe Cartel (313). In quel caso, la commissione ha sanzionato dieci produttori di tubi pre-isolati per la loro partecipazione ad un accordo che fissava le quote per l'intero mercato del teleriscaldamento europeo e per l'assunzione di dipendenti chiave da un concorrente esterno al cartello.

La Commissione non aveva considerato isolatamente l'accordo per l'assunzione di dipendenti chiave, ma lo ha valutato piuttosto nel contesto del più ampio accordo, considerato una violazione per oggetto dell'articolo 101 del TFUE in quanto diretto a limitare o eliminare il concorrente rivale dal mercato del prodotto e geografico.

(311) EU Commission, Speech by EVP M. Vestager at the Italian Antitrust Association Annual Conference, A new era of cartel enforcement, 22 ottobre 2021.

(312) Nondimeno, alla richiesta di commentare la proposta della FTC in una conferenza stampa il 1° febbraio, Margrethe Vestager ha affermato: "colleagues in the US have done quite an impressive work, they have made it a priority to look at labour market issues." Ma, spostando l'attenzione sull'UE, la Commissaria ha risposto "we don't see that many here." "If we did, we would definitely look into it". V. <https://www.euractiv.com/section/competition/news/non-compete-clauses-for-workers-will-the-eu-follow-the-us-lead/>.

(313) COMP IV/35.691/E.4 (21 October 1998) — Pre-insulated Pipes Cartel OJ L 24 (30.1. 1999), confermata da CGUE nelle cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C213/02 P.

Secondo la decisione della Commissione, dalla fine degli anni '90 erano stati conclusi numerosi accordi e pratiche concordate tra i produttori danesi di tubi pre-isolati per teleriscaldamento, sul mercato nazionale danese.

Questi accordi furono successivamente estesi ad altri mercati nazionali, fino a coprire il Mercato Comune, e miravano alla spartizione del mercato e alla fissazione dei prezzi. In particolare gli accordi avevano (i) ripartito tra i partecipanti la produzione sui mercati nazionali e su quello europeo sulla base di quote; (ii) assegnato i mercati nazionali a determinati produttori e disposto il ritiro dal mercato di altri produttori; (iii) concordato i prezzi per il prodotto e per i singoli progetti, e manipolato la procedura di gara per tali progetti; (iv) adottato misure concertate per ostacolare l'attività commerciale dell'unico produttore esterno al cartello, Powerpipe AB.

Le quote sarebbero state assegnate a ciascuna società dal “club dei direttori” (composto dai presidenti o direttori generali delle società partecipanti al cartello), sia a livello europeo che nazionale.

La Commissione ha tenuto conto delle circostanze dell'assunzione del direttore generale e di altri dipendenti chiave della società concorrente, Powerpipe AB (tali assunzioni avvenivano attraverso l'offerta di retribuzioni e condizioni apparentemente eccezionali nel settore e tenendo conto del fatto che il costo di tali retribuzioni veniva ripartito tra le imprese) e degli obiettivi perseguiti, e cioè ottenere informazioni interne sul rivale e danneggiare l'attività del concorrente attraverso un effetto negativo sui suoi clienti.

La decisione della Commissione è stata poi confermata dalla Corte di giustizia europea. Di recente, nel mese di novembre 2023 (314), la Commissione europea ha comunicato l'avvio di ispezioni senza preavviso nel contesto di un'indagine avviata l'anno precedente, presso le sedi di aziende attive nell'ordine e nella consegna online di prodotti alimentari, generi alimentari e altri beni di consumo in due Stati membri per la possibile violazione dell'articolo 101 TFUE.

La commissione ha, in particolare, precisato che l'oggetto dell'indagine, oltre alle possibili ripartizioni del mercato, è stato esteso agli ulteriori comportamenti sotto forma

(314) Comunicato stampa del 21 novembre 2023, Brussels, Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the online food delivery sector, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_5944.

di accordi anti-storno dei dipendenti e scambi di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale.

Potrebbe essere questo il primo procedimento ad affrontare lo storno dei dipendenti come pratica restrittiva della concorrenza nel mercato europeo.

Alcuni degli Stati membri UE hanno autonomamente condotto e concluso negli anni 2022 e 2023 indagini (315) di compatibilità dei patti di non concorrenza alle rispettive normative nazionali sulla concorrenza e all'art. 101 TFUE (316):

(i) Nel dicembre 2022, l'autorità garante della concorrenza lituana ha ritenuto che il codice etico dell'Associazione lituana delle agenzie immobiliari, nella parte in cui richiedeva ai propri membri di non reclutare i dipendenti di un altro associato e di non sviare l'altrui clientela, integrasse una violazione dell'articolo 5 della legge lituana sulla concorrenza e dell'articolo 101 del TFUE (317). Ancora prima, nel 2021, l'autorità aveva ritenuto che l'accordo con cui la lega lituana della pallacanestro e i dieci club di basket

(315) Oltre a quelle concluse si riportano anche le indagini in corso.

Nel dicembre 2022 le autorità svizzere hanno aperto un'indagine preliminare contro 34 banche, per il regolare scambio di informazioni sugli stipendi corrisposti ai rispettivi dipendenti, v. <https://www.weko.admin.ch/weko/en/home/medien/press-releases/nsb-news.msg-id-92044.html>.

Nel maggio 2022 l'autorità polacca garante della concorrenza ha avviato un'indagine contro la Federazione automobilistica e motociclistica polacca, gli organizzatori delle gare di speedway e i club di speedway per aver fissato i tassi massimi di remunerazione che le società sportive partecipanti alle competizioni del campionato di speedway possono pagare ai concorrenti, v. https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=18553&news_page=1.

Nel gennaio 2022, l'autorità garante della concorrenza romena ha avviato le indagini su un presunto cartello che coinvolge sette fornitori di ingegneria e tecnologia automobilistica nel mercato della manodopera qualificata/specializzata per la produzione di autoveicoli e attività correlate. L'autorità sospetta che le aziende abbiano imposto un livello minimo di diritti salariali ai rispettivi dipendenti, v. <https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2022/01/investigatie-piata-muncii-ian-2022-English.pdf>

Nel febbraio 2022 l'autorità catalana garante della concorrenza ha avviato un'indagine contro l'Associazione delle Scuole Private Indipendenti della Catalogna per il presunto impegno in accordi anti-storno che limitavano l'assunzione reciproca di professionisti tra i suoi membri, v. <https://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20220203-Exp.-109-2021-Incoacio-Comunicat-web>.

(316) A. PANCHÀ, *Cartels, labour market, no-poach-agreement, wage fixing Cartels in Labour Markets on the Radar*, in 2022: Recent Investigations in Europe and Practical Tips for Businesses, Kluwer Competition Law Blog, March 4, 2023 in <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/03/04/cartels-in-labour-markets-on-the-radar-in-2022-recent-investigations-in-europe-and-practical-tips-for-businesses/>.

(317) Vedi la pagina <https://kt.gov.lt/en/news/real-estate-agencies-agreed-not-to-compete-for-clients-and-employees>.

avevano concordato di non retribuire i giocatori di basket per il resto della stagione dopo la fine del campionato di basket 2019-2020, a causa della pandemia da COVID-19, costituisse un accordo anti-competitivo diretto a mitigare le conseguenze della crisi a discapito dei lavoratori dipendenti o dei consumatori (318).

(ii) Nel dicembre 2022, l'autorità portoghese garante della concorrenza ha ritenuto l'accordo con cui l'Associazione Nazionale Portoghese dei Laboratori Clinici e sette gruppi di laboratori privati si erano impegnati, tra le altre cose, a non vincolare o assumere lavoratori provenienti da gruppi di laboratori concorrenti, un accordo restrittivo della concorrenza come previsto dall' articolo 31 della legge sulla concorrenza portoghese (319). Nell'aprile 2022 (320), l'autorità portoghese ha inoltre sanzionato la Lega

(318) Se non ci fosse stata una posizione concordata sul pagamento degli stipendi o di altre remunerazioni dopo la fine del campionato, i giocatori di basket avrebbero potuto aspettarsi di ricevere uno stipendio competitivo e maggiori possibilità di negoziare. Questi fattori potevano determinare le decisioni dei giocatori sulla scelta del club per il campionato successivo della LKL e, di conseguenza, le diverse posizioni dei club nella nuova stagione del campionato, v. <https://kt.gov.lt/en/news/by-agreeing-not-to-pay-players-salaries-lithuanian-basketball-league-and-its-clubs-infringed-competition-law>.

(319) Reperibile al sito: <https://www.concorrenca.pt/en/articles/adc-issues-statement-objections-laboratories-and-business-association-involvement-cartel>.

(320) L'Autorità ha definito gli "anti-poach agreements" come accordi orizzontali tra aziende, in base ai quali si impegnano a non assumere o a non fare offerte di lavoro ai rispettivi dipendenti e li ha ritenuti vietati dalla disciplina sulla concorrenza poiché limitano l'autonomia delle aziende nel definire le proprie strategie commerciali e le politiche di assunzione delle risorse umane.

Secondo l'Autorità la pratica colpisce anche i lavoratori riducendone il potere contrattuale e i livelli salariali, oltre a privarli della mobilità del lavoro. Attraverso un tale accordo, le aziende si astengono dall'assumere i lavoratori delle altre, rinunciando così alla concorrenza per l'acquisizione di risorse umane, oltre a privare i lavoratori della mobilità lavorativa.

Come risultato di questo accordo, un giocatore che avesse assunto l'iniziativa di rescindere il suo contratto a causa di problemi causati dalla pandemia di Covid-19, non sarebbe stato ingaggiato da un altro club del Primo o del Secondo Campionato di calcio professionistico in Portogallo.

L'indagine ha portato alla conclusione che l'oggetto dell'accordo era quello di mantenere i giocatori legati alle società sportive limitando il loro incentivo a rescindere i contratti e non era quindi finalizzato a obiettivi di cooperazione che potevano essere considerati invece essenziali nel contesto dell'emergenza Covid. -19. L'accordo è stato quindi ritenuto idoneo a ridurre la pressione concorrenziale tra le società sportive interessate, in quanto diretto ad alterare il risultato che si sarebbe ottenuto in un mercato concorrenziale, sostituendolo con un risultato influenzato, o addirittura determinato, dal coordinamento di comportamenti volti a restringere domanda sul mercato per l'assunzione di giocatori professionisti.

Inoltre, l'accordo era anche in grado di ridurre la qualità delle partite di calcio e quindi idoneo a danneggiare i consumatori attraverso la riduzione dell'ambiente competitivo tra i club, l'ostacolo all'assunzione dei giocatori e l'imposizione di fatto ai giocatori di lasciare il paese per poter perseguire la propria carriera professionale. V. <https://www.concorrenca.pt/en/articles/adc-issues-sanctioning-decision-anticompetitive-agreement-labor-market-first-time>.

calcistica portoghese e 31 squadre di calcio per aver concordato di non assumere reciprocamente i calciatori che avevano rescisso il contratto di lavoro a causa della pandemia.

(iii) Nell'ottobre 2022, l'autorità garante della concorrenza polacca ha imposto una sanzione alla Lega polacca di pallacanestro e a 16 dei suoi club di basket per aver stipulato un accordo con cui all'inizio della pandemia i club avevano deciso di non pagare ai giocatori di basket tutti gli stipendi dovuti per la stagione (321).

(iv) Nel marzo 2022 (322), l'autorità greca garante della concorrenza ha imposto rimedi comportamentali all'Associazione degli installatori e dei professionisti della manutenzione di ascensori della Grecia settentrionale per aver concordato meccanismi salariali minimi per gli installatori e per il personale di manutenzione di ascensori.

2.1.

Le Normative degli Stati Membri Sui Patti di Non Concorrenza.

La normativa degli stati membri UE in materia di clausole restrittive è normalmente tesa a realizzare un di bilanciamento tra la libertà del datore di lavoro e la libertà del lavoratore, entrambi muniti di copertura costituzionale.

La libertà di iniziativa economica (323) di per sé non può mai giustificare una restrizione della libera concorrenza senza la necessità di tutela di un altro interesse che giustifichi la

(321) Si veda il sito: https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=19005&news_page=6.

(322) Si rinvia al Comunicato stampa - Decisione 758/2021 - Decisione sulla ricerca d'ufficio nel mercato dell'installazione e della manutenzione degli ascensori dell'Autorità greca per la concorrenza al sito: <https://www.epant.gr/enimerosi/deltia-typou/item/2139-deltio-typou-apofasi-758-2021-apofasi-epi-tis-aftepaggeltis-erevna-stin-agera-tis-egkatastasis-kai-syntirisis-anelkystiron.html>.

(323) Secondo HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 208, i paesi europei considerano la regolamentazione dei patti restrittivi come una questione di bilanciamento tra la libertà del datore di lavoro e la libertà del lavoratore, entrambi muniti di copertura costituzionale.

Il datore di lavoro che intende far rispettare un patto restrittivo può invocare la propria libertà di iniziativa economica, intesa come libertà di disporre di risorse (materiali e umane) destinate alla produzione. Questo principio è posto alla base di tutte le costituzioni europee: in alcune Costituzioni è espressamente previsto - ad esempio, in quella spagnola (art. 38), in quella italiana (art. 41) e in quella ungherese (art. 9) - in altre è solo implicito. Questa libertà di iniziativa economica include la libertà di contrarre che protegge il diritto del datore di lavoro di accordarsi con i dipendenti per limitare la loro concorrenza post-contrattuale.

Il datore di lavoro può invocare accordi che rappresentano strategie o iniziative aziendali finalizzate a preservare il proprio know-how (conoscenze, esperienze, segreti) o i propri investimenti nelle risorse umane (costi di acquisizione e formazione di determinati dipendenti). Pertanto, quando liberamente stipulato dalle parti in un accordo, dovrebbe ritenersi nullo solo se in contrasto con altri principi costituzionali (come affermato dalla Corte costituzionale francese, Constitutional Council n 2002-465 de 13 janvier 2003, il legislatore non può preveder l'invalidità delle stipulazioni negoziali se non sussiste un motivo sufficiente di interesse generale).

Questa libertà di iniziativa economica costituisce non solo un fondamento giuridico per i patti di non concorrenza, ma anche una prima limitazione. Infatti la libertà di iniziativa economica prevede, come corollario, il diritto di concorrere, riconoscendo a ciascun operatore economico la libertà di svolgere le medesime attività già svolte da un altro individuo e quindi di competere per affermarsi nel mercato di riferimento.

Il principio della libera concorrenza è un principio riconosciuto da tutti i Paesi dell'Unione Europea e, in accordo con i Trattati UE che riconoscono ampiamente tale principio, vieta gli accordi restrittivi della concorrenza che vadano al di là della legittima iniziativa dell'imprenditore, comprimendo la pari libertà di iniziativa economica dei concorrenti e dei dipendenti. In altre parole, lo stesso principio di libertà di iniziativa economica che potrebbe legittimare tali patti restrittivi (Id. p. 208), rende semplicemente invalide tutte le restrizioni che non abbiano altro scopo se non quello di impedire la concorrenza del dipendente.

Il più importante contrappeso agli interessi del datore di lavoro è la tutela dei singoli lavoratori. Il diritto al lavoro, inteso qui come il diritto degli individui alla libera scelta della propria occupazione lavorativa, non solo per soddisfare i propri bisogni familiari e individuali, ma anche di sviluppare la propria persona, è presente nelle Carte costituzionali europee. Ricorrente è anche il legame tra il diritto all'occupazione e il diritto alla personalità: il lavoro viene elevato a strumento di sviluppo sociale, morale e politico del cittadino, come uno strumento a disposizione dei lavoratori per soddisfare la loro personalità attraverso il miglioramento della posizione professionale.

Dalla tutela del diritto al lavoro come mezzo di sostentamento e di sviluppo sociale e morale del cittadino deriva il diritto del cittadino-lavoratore ad accedere alle opportunità di lavoro offerte dal mercato del lavoro. La garanzia della libera circolazione all'interno del mercato del lavoro è lo strumento necessario per assicurare al cittadino un effettivo diritto al lavoro. Tale diritto trova espresso riconoscimento in molte Costituzioni europee: l'art. 12 della Costituzione tedesca tutela la libertà di occupazione; l'art. 1 della Costituzione spagnola riconosce il diritto di scegliere una professione e di migliorare la propria professionalità; l'articolo 35 della Costituzione italiana promuove la formazione e l'avanzamento professionale; l'articolo 18 della Costituzione finlandese riconosce il diritto a ricevere una formazione che favorisca la possibilità di occupazione.

La tutela costituzionale del diritto al lavoro, ponendosi da contraltare alla legittimità dei patti di non concorrenza, non costituisce un limite invalicabile alla loro validità. La Corte Costituzionale italiana, in una sentenza piuttosto risalente, ma pur sempre rilevante, ha affermato che il riconoscimento del diritto al lavoro previsto dall'art. 4 della Costituzione italiana può essere derogato ove la normativa ordinaria ne limiti la portata per garantire la tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali (Corte Costituzionale 61/1965).

La tutela del diritto al lavoro è riconosciuta in molte Costituzioni europee sotto un secondo e non meno importante profilo: la tutela della dignità umana, compresa la dignità professionale. In tutte le giurisdizioni europee l'inviolabilità della dignità umana si configura come un limite alle scelte compiute dai singoli nell'esercizio della loro libertà contrattuale. Pertanto, i vincoli imposti al lavoratore tramite un patto di non concorrenza devono comunque consentire l'espressione della sua professionalità e il grado di compressione cui la dignità della professione può essere legittimamente sottoposta da un patto di non concorrenza varia da Paese a Paese.

limitazione della concorrenza e il limite alla concorrenza deve essere proporzionale a tale scopo (324).

In taluni casi la necessità di dimostrare tale interesse è espressamente richiesta dalle norme (1.e. Statuto dei lavoratori spagnolo, Codice commerciale tedesco: Codice del lavoro ungherese); più spesso è imposto dalla giurisprudenza.

L'interesse del datore di lavoro è sempre valutato dalle normative nazionali rispetto alle caratteristiche soggettive del lavoratore e all'attività che può svolgere. In particolare, ai fini della prova dell'esistenza di un legittimo interesse deve sussistere una relazione di concorrenza dell'attività che il datore di lavoro intende inibire al lavoratore

Pertanto, qualsiasi accordo che imponga restrizioni al lavoratore, al di fuori delle attività che possono essere considerate in concorrenza con il datore di lavoro, è considerato nullo.

La giurisprudenza spagnola, tedesca e francese riconosce il legittimo interesse del datore di lavoro solo in presenza di una perdita o di un danno potenziale che l'azienda può subire in conseguenza della concorrenza del lavoratore.

In questi casi l'interesse dei datori di lavoro è ristretto solo a quei lavoratori che: hanno accesso a informazioni importanti; hanno stretti rapporti con la clientela (ad esempio commerciali) o sono a conoscenza delle liste dei clienti e dei listini prezzi; svolgono particolari funzioni; o possiedono una particolare esperienza. Al contrario, il datore di lavoro non detiene alcun legittimo interesse a limitare la mobilità dei dipendenti che svolgono mansioni semplici.

La legislazione belga prevede norme rigorose che limitano l'interesse del datore di lavoro a quei dipendenti che percepiscono una retribuzione superiore a un determinato importo. Oltre al requisito del legittimo interesse del datore di lavoro, gli ordinamenti europei pongono piuttosto uniformemente identici limiti al patto di non concorrenza: il patto di non concorrenza deve essere redatto in forma scritta, deve avere una durata limitata, specificare l'area geografica di validità e l'attività inibita e prevedere un indennizzo in favore del lavoratore.

È norma condivisa dalle diverse giurisdizioni che gli accordi con termini di durata superiori a quella normativamente prevista non siano validi per l'eccedenza.

(324) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 209.

Ciò che emerge dall'eterogenea normativa europea è la diffusa volontà, coerente ai rispettivi principi costituzionali, di salvaguardare non solo la sussistenza del lavoratore, ma anche il libero sviluppo della sua professionalità.

A variare notevolmente tra i diversi ordinamenti giuridici è il livello di protezione accordato a questi valori. Nel contenzioso c'è molta più preoccupazione per i valori del diritto del lavoro, tipicamente la protezione del lavoratore che per i valori della concorrenza.

Ad esempio, in Germania (325) la prospettiva di sostentamento economico del lavoratore è tutelata attraverso l'imposizione di una remunerazione minima per il patto di non concorrenza pari almeno alla metà della retribuzione del lavoratore dipendente. Analogamente, la Francia richiede di corrispondere al dipendente un compenso finanziario (*contrepartie*) che può trovarsi a metà tra il pieno compenso e l'irrisorio e in alcuni settori, le contrattazioni collettive hanno definito il compenso minimo.

La Francia, secondo Hyde e Menegatti, difficilmente riconosce validità ai patti di non concorrenza e pare muoversi verso la non applicazione. Cinque decisioni della *Chambre Sociale de la Cour de Cassation*, tutte emesse il 10 luglio 2002, prevedono che un patto di non concorrenza soddisfi cinque condizioni perché possa essere eseguito, ovvero: (i) deve essere incluso nel contratto di lavoro; (ii) deve consentire un certo impiego al dipendente interessato; (iii) deve essere indispensabile alle legittime esigenze dell'impresa; (iv) deve essere limitato nel tempo e nello spazio; (v) il datore di lavoro deve riconoscere al lavoratore un compenso (326).

È raro, entro il territorio unionale, che l'analisi di un patto restrittivo consideri l'impatto della sua applicazione sulla concorrenza.

Nonostante la concorrenza sia un valore costituzionale presente in tutte le Carte costituzionali europee e tra i principi fondamentali dell'UE, ogni questione sulla validità dei patti di non concorrenza viene risolta dai giudici nazionali considerando solo gli aspetti sociali della questione, vale a dire la tutela dei lavoratori quale parte più debole

(325) Come accennato, in Germania vi è uno scarso impiego dei patti di non concorrenza e, quindi, un numero modesto di contenzioso in materia, v. S. CASPER, *Creating Silicon Valley in Europe: Public Policy towards New Technology Industries*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2007.

(326) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 211.

del rapporto di lavoro. Come nelle giurisdizioni di common law, la necessità di proteggere la concorrenza richiede che il datore di lavoro identifichi un interesse legittimo, come la protezione dei segreti commerciali o dei rapporti con i clienti.

Il mero interesse a non subire la concorrenza dell'ex dipendente non è un interesse legittimo. Tuttavia, se il datore di lavoro identifica con successo tale legittimo interesse, non vi è alcuna ulteriore indagine sull'effetto sul particolare mercato del lavoro o del prodotto derivante dall'applicazione del patto restrittivo specifico (327).

2.2.

In Particolare, il Patto di Non Concorrenza nel Sistema Giuridico Italiano.

L'attuale formulazione del patto di non concorrenza nel sistema giuridico italiano risale alla codificazione civile del 1942 e ha superato il previgente divieto generalizzato alla stipulazione delle intese limitative della concorrenza dell'ex prestatore di lavoro previsto dalla legge sull'impiego privato (328). In accoglimento dell'opinione di parte della dottrina dell'epoca, secondo la quale era divenuto anacronistico il divieto assoluto contemplato dalla previgente disciplina del 1924 (329).

(327) ID., op. cit., p. 211.

(328) L'art. 10, D. Lgt. 9 febbraio 1919, n. 112, l'art. 8, R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825 prevedeva che «[1]. L'impiegato non può trattare, per conto proprio o di terzi, affari in concorrenza con il suo principale, sotto comminatoria di licenziamento immediato e dei danni. [2]. È obbligo dell'impiegato non abusare, a forma di concorrenza sleale, né durante, né dopo risolto il contratto d'impiego, delle notizie attinte alla azienda del proprio principale. [3]. Il principale, a sua volta, non potrà con speciali convenzioni restringere l'ulteriore attività professionale del suo impiegato, dopo cessato il rapporto contrattuale, al di là dei limiti segnati dal precedente comma». Il divieto alla stipulazione delle intese limitative all'attività in concorrenza era motivato dal timore per le conseguenze di ordine sociale dell'eccessiva compromissione delle esigenze vitali, che, in mancanza, si sarebbe potuta arrecare agli impiegati. V. la relazione dell'On. Vittorio Emanuele Orlando riportata da L. BONARETTI, *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro*, in *Lav. e previdenza oggi*, 1988, pp. 713-714. Cfr. anche G. MAZZONI, *In tema di concorrenza dell'impiegato in azienda*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1933, p. 91

(329) È in particolare la posizione sostenuta da L. RAVÀ, *Le clausole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, I, p. 173 e 174, anche sulla scorta dell'esperienza del codice di commercio tedesco del 1897, che ammetteva queste clausole, pur subordinandole a limiti di oggetto e dietro previsione di un compenso. Secondo RAVÀ "il punto sta nella modificazione apportata in via contrattuale, cioè per convenzione tra privati, ai termini della concorrenza; e non sentono quindi quegli autori il problema comune e generale e centrale, che è quello di vedere se e fino a che punto sia lecito alle convenzioni private di derogare alla regola generale della libertà di concorrenza, se e fino a che punto la libertà di concorrenza sia un principio di diritto cogente, o implichi pubblico interesse ecc.- Trattare questo problema fondamentale (...)

Sul patto di non concorrenza (330) manca un quadro interpretativo univoco e completo poiché la giurisprudenza di legittimità non è copiosa e quella di merito ha prodotto orientamenti fra loro sensibilmente difformi (331).

Le norme che regolano la fattispecie sono l'art. 2125 c.c. per quanto attiene al rapporto di lavoro subordinato e l'art. 1751-bis c.c. per il rapporto d'agenzia.

Per gli altri rapporti di collaborazione autonoma professionale o per i contratti a progetto, esclusa l'applicazione analogica delle norme sopra richiamate in considerazione della loro specialità (332), valgono gli accordi tra le parti conformi agli artt. 1322 e 2596 c.c. ed ai principi costituzionali.

[significa]d'introdurre delle deroghe più o meno gravi ad un sistema che resta sempre la regola fondamentale. Il problema non è di economia, ma di rapporti tra economia e diritto; e il bello e il nuovo sta nel fatto, che questi rapporti che si tratta di studiare, non sono quelli spesso studiati tra economia e diritto pubblico, ma sono rapporti tra economia e diritto privato, e per di più diritto delle obbligazioni, cioè, mi si passi l'espressione, il più privato tra i diritti". Contra A. SRAFFA, *Sulle clausole di concorrenza*, in Riv. Dir. Civ., 1904, I, p. 356 secondo il quale "le così dette clausole di concorrenza hanno l'effetto di offendere la libertà economica degli impiegati, sia che si propongano lo scopo di impedire a questi un illegittimo sfruttamento a danno del principale, sia che si propongano d'impedire uno sfruttamento legittimo delle attitudini degli impiegati, sia che si propongano entrambi questi scopi". Per quanto riguarda il patto con cui il datore di lavoro e l'impiegato concordavano che l'impiegato non attuasse il segreto conosciuto per ragione del suo ufficio alla fine del rapporto di dipendenza, escluso il segreto costituito da abilità acquistate dall'impiegato nell'esercizio del lavoro Sraffa riteneva valida la pattuizione con cui si impediva ai dipendenti di attuare segreti i cui elementi fossero brevettabili

(330) Il patto costituisce una delle c.d. forme di fidelizzazione del prestatore di lavoro C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro*, in Riv. It. Dir. Lav., 2003, I, pag. 449 e segg.; A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Milano, 2004, sp. pag. 10 e segg.; più recentemente dello stesso A., voce *Fidelizzazione dei dipendenti*, in Dig. It., Sez. Comm., Aggiornamento, Torino, 2008, pag. 260 ss.

Con particolare riguardo al patto di non concorrenza. v. P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, Milano, 1976, sia consentito anche A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, Il codice civile. Commentario fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010.

L'assunzione di un obbligo a non operare in concorrenza per un tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro subordinato o di agenzia deve innanzitutto essere compensata per espressa previsione di legge, qualificandosi il patto come contratto a prestazioni corrispettive a titolo oneroso v. Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, in Foro It., 1966, I, col. 1520; Cass. 13 maggio 1975, n.1846, in Foro It., 1975, I, col. 2248; Cass. 30 luglio 1987, n. 6618; Trib. Milano 10 maggio 2012, in Leggi D'Italia; contra, seppure incidentalmente, Cass. 25 luglio 1986, n. 4757 e Cass. 22 gennaio 1987, n. 595 secondo cui i due articoli proteggono i medesimi beni e l'art. 2125 si pone come prolungamento del dovere di fedeltà oltre la cessazione del rapporto; Cass. 2 marzo 1988, n. 2221, in Giur. It., 1989, I, col. 714.

(331) S. BARTALOTTA, *Il patto di non concorrenza fra principi consolidati e nodi interpretativi irrisolti* (nota a Corte appello Firenze, 03 aprile 2009), Dir. relaz. ind., fasc.4, 2009, pag. 1076; E, POMINI, *il patto di non concorrenza dell'ex dipendente*, I Contratti, n. 4, 1° aprile 2004, p. 401.

(332) Cass. 6 maggio 2009, n. 10043.

Il patto di non concorrenza è una fattispecie negoziale autonoma, dotata di una causa distinta dal sotteso rapporto di lavoro, costituita dal nesso sinallagmatico tra l'obbligo di non concorrere e la controprestazione in danaro, collegato da un nesso di interdipendenza funzionale con il rapporto di lavoro (333).

Si tratta di un contratto a titolo oneroso a prestazioni corrispettive con cui il prestatore di lavoro, a fronte dell'erogazione di un compenso da parte del datore di lavoro, si obbliga a non svolgere, per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, attività in concorrenza con quella del datore di lavoro (334).

È stato sottolineato in giurisprudenza (335) che il patto di non concorrenza e la limitazione contrattuale dell'attività professionale trovano la loro ratio nell'esigenza di tutelare «la capacità concorrenziale dell'impresa» e «la posizione dell'impresa sul mercato» dall'utilizzo da parte dell'ex-dipendente delle «conoscenze tecniche e commerciali acquisite grazie al rapporto lavorativo» (336).

Sul presupposto che “nel nostro ordinamento la libertà di concorrenza è la regola”, ma “anche la possibilità di limitarla rappresenta uno strumento di attuazione del mercato come luogo di libertà della iniziativa privata (337)”, la giurisprudenza ritiene che le clausole di non concorrenza siano finalizzate a salvaguardare l'imprenditore da qualsiasi “esportazione presso imprese concorrenti” del patrimonio immateriale dell'azienda, nei suoi elementi interni ed esterni.

L'art. 2125 c.c. si preoccupa di tutelare il lavoratore subordinato, affinché le clausole di non concorrenza non comprimano eccessivamente le possibilità di poter dirigere la propria attività lavorativa verso altre occupazioni (338).

(333) Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, in Foro It., 1966, I, col. 1520; Cass. 13 maggio 1975, n. 1846, in Foro It., 1975, I, col. 2248; Cass. 30 luglio 1987, n. 6618; Trib. Milano 10 maggio 2012, in Leggi D'Italia; contra, seppure incidentalmente, Cass. 25 luglio 1986, n. 4757 e Cass. 22 gennaio 1987, n. 595 secondo cui i due articoli proteggono i medesimi beni e l'art. 2125 si pone come prolungamento del dovere di fedeltà oltre la cessazione del rapporto.

(334) Cass. 2 marzo 1988, n. 2221, in Giur. It., 1989, I, col. 714.

(335) Cass. 19 dicembre 2001 n. 16026, in Mass. giur. lav., 2002, I, 272.

(336) G. DEL BORRELO, *Note in tema di patto di non concorrenza*, Giust. civ., fasc.5, 2003, pag. 1077.

(337) Cass. n. 16026/01.

(338) Cass. 14 novembre 2018, n. 29383; Cass. 19 novembre 2014, n. 24662.

Il datore di lavoro quindi non è tenuto a dimostrare l'esigenza concreta di tutela di un interesse proprietario perché il patto sia dichiarato valido (339).

Il patto di non concorrenza limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro dopo la cessazione del contratto di lavoro ed è finalizzato a contemperare due ordini di interessi contrapposti: quello del datore di lavoro a salvaguardare nei confronti delle imprese concorrenti il proprio patrimonio immateriale, nei suoi elementi sia interni (l'organizzazione e il know how, sia esterni (avviamento e clientela), e quello del lavoratore a non subire un'eccessiva restrizione della propria libertà lavorativa, e a non accrescere la difficoltà di rinvenire un nuovo lavoro (340).

L'art. 2125 c.c. è ritenuto dalla Suprema Corte “applicabile a tutti i lavoratori dipendenti, a prescindere dal fatto che svolgano mansioni direttive o compiti non intellettuali. Ciò che rileva è che il dipendente operi in settori nei quali il datore di lavoro possa subire dei pregiudizi (341)”.

Le principali limitazioni alla libera determinazione delle parti della forma e del contenuto del patto sono previste dall'art. 2125 c.c., ovvero: a) la forma scritta; b) vincoli di durata massima del patto (cinque anni per i dirigenti ed in tre anni per le restanti categorie di

(339) L'accertamento della sussistenza di un reale interesse del datore di lavoro alla stipulazione del patto di non concorrenza rileva se consente di escludere con sicurezza la simulazione di tale patto, ma non è tuttavia sufficiente, di per sé solo, a far altresì escludere che lo stesso patto, in quanto contemplante un corrispettivo volto in realtà a compensare non l'astensione dalla futura concorrenza ma le prestazioni già rese dal lavoratore, costituisca un mezzo per eludere norme imperative attinenti alla tutela del rapporto di lavoro in tutta la sua ampiezza e integri, pertanto, la fattispecie fraudolenta che è sanzionata da nullità ai sensi dell'art. 1344 c. c. e riguardo alla quale elementi di convincimento possono trarsi anche da presunzioni gravi, precise e concordanti (Cass., 26 ottobre 1982, n. 5617, in Mass. Giur. It., 1982).

(340) Trib. Modena, 23 maggio 2019, n. 89.

(341) Cass. 4 febbraio 1987, n. 1098, in Notiz. giur. lav., 1987, 384.

lavoratori) (342), al suo oggetto (343) ed, infine, all'ambito territoriale (344) di applicazione; c) la previsione di un congruo corrispettivo (345) a favore del lavoratore a fronte dell'assunzione dell'obbligazione di non fare.

(342) Il limite temporale, a fronte di un eventuale silenzio delle parti in ordine alla durata del patto, non determina la nullità del patto, ma viene integrato direttamente con il termine di durata stabilito dalla legge imperativa. Allo stesso modo, se nel patto è previsto un termine maggiore rispetto a quello legale, lo stesso si riduce ex lege. In questo senso già Cass. 22 luglio 1978, n. 3687, in Rep. Giust. civ., 1978, voce Lavoro (rapporto di), n. 184.

Per la tesi secondo cui la mancata previsione di un limite temporale produce la nullità dell'intera pattuizione V. E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, op. cit., pag. 397; F. BIANCHI D'URSO, voce *Concorrenza, Patto di non concorrenza*, op. cit., pag. 3; M. CARTELLA, *Patto di non concorrenza, rivelazione di segreti e rapporto di lavoro* (rassegna di giurisprudenza), in *Riv. Dir. Ind.*, 1987, pag. 403; A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, op. cit., pag. 247. A. BOSCATI, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina)*, in *ADL* 4-5/2015 p. 1083.

L'automatica riduzione al limite massimo di legge del termine superiore previsto dalle parti ha posto una questione circa la necessità di ridurre o meno il corrispettivo concordato. La questione, in assenza (almeno a quanto consta) di specifici interventi giurisprudenziali, è stata variamente risolta in dottrina. Alla tesi di chi ha ritenuto che il corrispettivo pattuito debba essere proporzionalmente ridotto (V. GIAN. GUGLIELMINETTI, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro*, in *Dir. Ec.*, 1959, pag. 693.), si è contrapposto chi, sul presupposto della inderogabilità in peius, ma della derogabilità in melius dell'art. 2125 Cod. Civ., ha argomentato per il mantenimento del maggiore trattamento quale condizione di miglior favore, pur non escludendo la possibilità per il datore di lavoro di chiedere l'annullamento del contratto lamentando un vizio del consenso, segnatamente un errore essenziale di diritto, rappresentando una certa durata la ragione unica o principale della sottoscrizione del patto, A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, cit., pag. 245.

(343) Il patto di non concorrenza può essere legittimamente esteso, nel silenzio della legge, sino a riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro - che sia, cioè, tale da giustificare l'assunzione del vincolo - e non deve quindi limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del terminando rapporto, ex multis, Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in *Notiz. giur. lav.*, 2002, 243; Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 582, con nota di BARTESAGHI; in *Dir. lav.*, 1995, II, 40, con nota di MIANI CARNEVARI; già Cass. 24 marzo 1980, n. 1968, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1113, con nota di G. Ponzanelli; nel merito, *Pret. Milano* 22 febbraio 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 156. In precedenza la Suprema Corte aveva invece ravvisato la nullità del patto di non concorrenza «con cui si vieta al dipendente, per il tempo successivo al rapporto d'impiego, non solo lo svolgimento della stessa attività esercitata dall'imprenditore ma anche lo svolgimento di attività analoghe od affini, in proprio o alle dipendenze di altri» (Cass. 14 febbraio 1975, n. 571, in *Arch. civ.*, 1975, 854). In dottrina, sul limite in commento, si confrontino tra gli altri i contributi di M. D'APONTE, *Patto di non concorrenza e validità del divieto eccedente le mansioni specifiche svolte dall'ex dipendente*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, 549 e A. ALIBRANDI, *Fondamento, contenuto e limiti del patto di non concorrenza ex art. 2125 Codice civile*, in *Arch. civ.*, 1991, 1269.

Non deve comunque essere talmente ampio da impedire al lavoratore di esplicare la propria professionalità al punto da comprometterne ogni potenzialità reddituale o la possibilità di assicurarsi un guadagno idoneo alle sue esigenze di vita personali e familiari. In questo senso, Cass. 3 dicembre 2001, n.

15253, in Notiz. giur. lav., 2002, 243; Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, cit.; Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72, con nota di G. CONTE; Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, ivi, 1995, II, 582; Cass. 24 agosto 1990, n. 8641, in Notiz. giur. lav., 1990, 708; nel merito, Trib. Torino 27 luglio 2001, in Giur. piem., 2001, 478, che ha ritenuto valido il patto che limitava l'attività professionale futura del lavoratore con riferimento ad uno specifico settore merceologico in quanto si era efficacemente dimostrato che tale professionalità era fungibile e quindi sfruttabile anche in altri settori; Trib. Torino 23 settembre 1997, in Lav. giur., 1998, 697; Pret. Milano 22 febbraio 1999, in Or. giur. lav., 1999, I, 156. In dottrina, G. NICOLINI, *Diritto del lavoro*, Milano, 1992, 396; G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia, a cura di F. GALGANO, IV, Padova, 1981, 41.

Il patto, in sostanza, deve essere formulato in modo da lasciare al lavoratore un congruo spazio di attività nel proprio campo professionale. In particolare, secondo i giudici del merito, «non è configurabile la nullità del patto per assenza dei limiti di oggetto (...) ogni volta che la capacità professionale del lavoratore è più ampia dell'attività temporaneamente vietata e tale residuo abbia la ragionevole possibilità di utilizzazione nel mercato del lavoro», Pret. Milano 10 febbraio 1981, in Or. giur. lav., 1981, 442.

(344) La valutazione della validità o meno del patto emerge da un'analisi congiunta dell'elemento spaziale e di quello relativo all'oggetto. Diretta conseguenza di tale valutazione congiunta è la possibilità di estendere l'efficacia del patto fino a comprendere l'intero territorio dello Stato o di più Stati, a seconda delle dimensioni ed importanza dell'impresa in cui opera il lavoratore, sempre che «si lasci al contraente un margine di attività lavorativa in altri settori» In questo senso, Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72; Trib. Roma 24 ottobre 2001, in Or. giur. lav., 2002, I, 110, con nota di POMARES; Pret. Milano 10 febbraio 1981, ivi, 1981, 442. Si segnala, in senso contrario, Cass. 4 febbraio 1987, n. 1098, in Notiz. giur. lav., 1987, 384.

Allo stesso modo è «giustificata, e non viola il limite di estensione territoriale, l'estensione a tutta l'Italia del patto di non concorrenza, se il lavoratore in funzione della propria professionalità riesce a svolgere un'attività lecita anche in un ambito spaziale molto ampio», Trib. Milano 16 dicembre 1994, in Orient. giur. lav., 1994, 856.

Ciò che rileva, in ogni caso, è che l'ampiezza territoriale (più o meno accentuata) di operatività del vincolo di non concorrenza in concreto pattuita deve risultare sempre ben proporzionata rispetto ad un quanto meno apprezzabile interesse del datore di lavoro in tale senso Trib. Milano 10 aprile 1972, in Giur. ann. dir. ind., 1972, 726, in assenza del quale un'eccessiva limitazione del diritto al lavoro costituzionalmente garantito resterebbe senz'altro priva di giustificazione a fronte del pesante sacrificio imposto al lavoratore.

Sempre con riferimento al limite territoriale, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente precisato che l'indicazione di uno o più Stati contenuta nel patto di non concorrenza deve necessariamente essere intesa «come divieto dello svolgimento di una determinata attività lavorativa nel territorio dei suddetti stati e non come esclusione della prestazione dell'attività per società aventi la propria sede nell'indicato ambito territoriale ovunque il lavoratore si fosse trovato, pena la nullità del patto stesso». Così, Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, cit.

(345) Al riguardo: «l'obbligo di previsione di un corrispettivo in favore del dipendente medesimo, a pena di nullità del patto (art. 2125 Codice civile), comporta la necessità di fissare un compenso determinato o determinabile», Cass. 10 aprile 1978, n. 1686, in Foro it., 1978, I, 1939.

Più precisamente «per la validità di un patto di non concorrenza ex art. 2125 Codice civile, è essenziale che il corrispettivo pattuito, prima ancora di essere determinato e determinabile, sia certo ed effettivo, non sottoposto né sottoponibile ad alea, né a condizioni contrastanti con la legge imperativa» Pret. Bologna 25 settembre 1984, in Giur. ann. dir. ind., 1985, 761.

Quanto al corrispettivo, la cui mancata previsione comporta la nullità del patto, (346) la norma non fornisce alcun criterio per la sua determinazione, lasciando all'autonomia dei contraenti il compito di definire in cosa possa consistere detto corrispettivo, il relativo quantum e la modalità del versamento (347).

Alle corti di merito in particolare è rimessa la valutazione dell'adeguatezza e congruità del corrispettivo pattuito che, a pena di nullità, non deve essere simbolico, manifestamente iniquo o sproporzionato. La proporzionalità del corrispettivo non può ritenersi avulsa dagli altri vincoli all'attività lavorativa e dalla loro intensità (348).

La giurisprudenza di merito ha ritenuto congrui i corrispettivi determinati in una percentuale minima compresa tra il 10% ed il 15% della retribuzione del lavoratore, a seconda dell'estensione del patto, ovvero della sua durata, in virtù della già citata valutazione unitaria dei requisiti di validità dello stesso. Per una panoramica sulle determinazioni ritenute congrue dalla giurisprudenza, si confrontino, ad es., Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72, con nota di G. CONTE; Trib. Torino 27 luglio 2001, in Giur. piem., 2001, 478, secondo il quale è congruo un corrispettivo pari al 10% del compenso mensile normalmente erogato; Trib. Milano 11 giugno 2001, in D&L - Riv. crit. dir. lav., 2001, 967, che ha ritenuto valido un patto stipulato a fronte del pagamento di un compenso mensile equivalente alla media dello stipendio netto percepito dal lavoratore nei due anni precedenti la risoluzione del rapporto; Trib. Milano 19 gennaio 2001, in D&L - Riv. crit. dir. lav., 2001, 448, secondo il quale è congruo un corrispettivo corrisposto in corso di rapporto pari al 18% della retribuzione; Trib. Milano 16 giugno 1999, in Riv. it. dir. lav., 2000, II, 728, con nota di A. PILATI; Pret. L'Aquila 22 marzo 1989, in Giust. civ., 1989, I, 1466, che ha ritenuto congruo un corrispettivo pari al 15% del salario spettante al lavoratore; infine, anche se risalente, Trib. Milano 25 ottobre 1975, in Rep. Giust. civ., 1975, voce Lavoro (rapporto di), n. 116, ha valutato sufficiente un corrispettivo commisurato alla quarta parte dell'ultimo stipendio mensile moltiplicato per la durata del patto (un anno).

(346) P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., pag. 111; E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, cit., p. 398; V. PAGLIARO, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro*, op. cit., pag. 206.

(347) S. MAGRINI, *Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro*, in Riv. Sic. soc., 1966, p. 335; R. BARCHI, *Il patto di non concorrenza: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Dir. Prat. Lav., 2001, p. 902.

(348) M. CERBONE, *Patto di non concorrenza - Nullità del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. tra indeterminabilità e non adeguatezza del corrispettivo* (nota a Cass. civ. Sez. lavoro Ord., 1° marzo 2021, n. 5540) *Giurisprudenza Italiana*, n. 7, 1 luglio 2021, p. 1681. In particolare si è ritenuto che possa consistere nella stipulazione di un vitalizio a favore del lavoratore (App. Milano 14 aprile 1950, in Foro Pad., 1951, I, p. 386; Trib. Torino 19 febbraio 1964, in Mass. Giur. Lav., 1964, pag. 412) oppure nella remissione di un debito che sfugge al divieto di compensazione avendo tale remissione una funzione attributiva e non abdicativa, sì da sottrarsi al divieto di compensazione fra crediti impignorabili (Cass. 30 luglio 1987, n. 6618, cit. ed ancora nel riconoscimento del diritto a permanere anche successivamente alla cessazione del rapporto nell'appartamento già concesso quale parziale o totale corrispettivo della prestazione lavorativa (Trib. Torino 19 febbraio 1964, cit.).

La validità del patto è, dunque, condizionata al giudizio di equivalenza tra i rispettivi vantaggi, entro cui assumono rilevanza anche i limiti spaziali, temporali e contenutistici del patto che, pur non potendo vanificare del tutto la libertà e la capacità di lavoro, contribuiscono a delineare l'adeguatezza o meno del compenso stabilito (349).

Anche la determinazione dell'oggetto del patto è rimessa all'autonomia negoziale e al successivo vaglio da parte della giurisprudenza.

La norma non definisce l'oggetto del patto, ma consente ai contraenti di adattarne il contenuto al tipo di attività svolta dal datore di lavoro ed alla posizione del lavoratore; entrambi limiti intrinseci della libertà negoziale delle parti.

L'obbligazione negativa posta a carico del lavoratore deve essere determinata in funzione della tutela della capacità concorrenziale del datore di lavoro e non deve, comunque, impedire l'esplicazione della concreta professionalità del prestatore di lavoro, al quale deve essere consentito di potersi assicurare un guadagno idoneo alle esigenze di vita (350).

Si è, per esempio, dichiarata la nullità di un patto esteso ad un intero settore merceologico (351), comprendente anche imprese non concorrenti (352) o di un patto che vieta al lavoratore di prestare la propria attività anche a favore di imprese clienti/utilizzatrici dei beni commercializzati dal datore di lavoro (353).

(349) BOSCATI, op. cit., p. 1092.

(350) ID., op. cit., p. 1094. Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, cit.; cfr. pure Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in Not. Giur. Lav., 2002, p. 245; Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, in Dir. Prat. Lav., 2000, p. 2635.

(351) Secondo BOSCATI, op. cit., p. 1099, in questo caso la peculiarità è data dall'esigenza di individuare ed enucleare le attività tipiche del settore da quelle esercitabili indifferentemente anche in altri settori. La giurisprudenza ha evidenziato la sussistenza di una situazione di inversa proporzionalità: la limitazione sarà tanto più trascurabile quanto più l'attività vietata in un dato settore sia liberamente esplicabile in altri settori. Si è così affermato che la valutazione dell'ampiezza del vincolo presuppone "la determinazione della misura in cui le competenze professionali sono associate a mansioni tipiche del settore" con l'effetto che "il vincolo è tanto più esteso quanto più specializzate, legate alla specifica attività del tipo di azienda, sono le mansioni espletate dal lavoratore" Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, cit. Pertanto la validità o meno di un patto che vieti qualsiasi attività in un determinato settore merceologico dipende essenzialmente dal rapporto tra le competenze professionali del lavoratore e le mansioni tipiche del settore.

(352) Cass. 23 aprile 1991, n. 4383, in Arch. Civ., 1991, pag. 1268. V. anche Pret. Milano 3 dicembre 1988, cit. e Pret. Milano 13 gennaio 1999, in Orient. Giur. Lav., 1999, pag. 162 secondo le quali è nullo perché indeterminato nell'oggetto il patto che escluda qualsiasi attività nel settore proprio dell'impresa datrice di lavoro; Trib. Milano 8 giugno 2002, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2002, pag. 958.

(353) Trib. Milano 12 luglio 2007, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2007, pag. 1125.

Corollario ulteriore della mancata definizione normativa della nozione di oggetto del patto è l'altrettanto assente individuazione delle mansioni che possono essere precluse al dipendente.

L'orientamento maggioritario ritiene che tale preclusione possa riguardare anche mansioni diverse da quelle svolte nel corso del rapporto di lavoro, potendosi estendere a qualunque tipo di attività professionale o subordinata in concorrenza con quella dell'azienda datrice di lavoro (354).

L'attività concorrenziale cui si riferisce la norma è quella che, in assenza del patto, sarebbe lecita e non si sovrappone alle condotte già vietate da altre norme di legge (concorrenza sleale ex art. 2598 c.c.; abusiva divulgazione o applicazione di segreti industriali e commerciali ex artt. 621-623 c.p., ecc.) (355).

Il riferimento normativo alla limitazione allo "svolgimento di una attività" ha indotto una parte della dottrina a ritenere che il divieto riguardi il compimento di una serie di atti, in rapporto di coordinazione tra loro, non assumendo rilievo l'esecuzione di eventuali singoli atti illeciti, eventualmente rilevanti quali atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c. (356)

Per contro si è ritenuto che il termine "attività" sia talmente ampio da poter agevolmente ricomprendere anche la sola utilizzazione o comunicazione a terzi delle notizie acquisite dall'impresa ex datrice di lavoro (357).

Lo scioglimento del vincolo generato dalla stipula di un valido patto di non concorrenza postula il consenso di entrambi i contraenti, salvo l'inserimento, nel contratto, della

(354) BOSCATI, op. cit., p. 1097, Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, cit.; Cass. 24 marzo 1980, n. 1968, cit.; Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, cit.; Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, pag. 94; per la giurisprudenza di merito App. Torino 12 giugno 2009, cit.; App. Milano 17 marzo 2006, in *Lav. Giur.*, 2006, p. 1138; Pret. Milano 22 febbraio 1999, cit.; Trib. Ravenna 24 marzo 2005, in *Lav. Giur.*, 2006, p. 169; Trib. Torino 16 gennaio 2006, cit.; in dottrina O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 737 e segg.; E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, op. cit., p. 645; isolatamente in dottrina per la necessaria corrispondenza tra l'attività vietata dal patto e l'oggetto della prestazione di lavoro v. P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 102.

(355) Trib. Torino, 13 marzo 2009.

(356) Sulla nozione di attività v. G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, 1961, p. 71.

(357) Diversamente P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, p. 247.

facoltà di recesso attribuita ad uno solo dei contraenti ed esercitabile dal datore soltanto prima della cessazione del rapporto di lavoro (358).

La valutazione di proporzionalità della restrizione, sotto il profilo dell'estensione del suo oggetto, e cioè il settore merceologico precluso alla concorrenza dell'ex dipendente, viene eseguita dalle corti con accertamento in concreto riferito alla "personalità professionale" (359) del lavoratore, non circoscritta quindi alle mansioni svolte presso l'ex datore di lavoro.

L'accertamento "in concreto" può arrestarsi allo scrutinio dell'inquadramento del lavoratore entro i contratti di categoria, oppure attraverso il vaglio delle precedenti esperienze lavorative riportate nel curriculum vitae, da cui sia lecito inferire se il lavoratore abbia qualche possibilità di spendere la propria professionalità in altre aree, eventualmente affini al suo settore di competenza, senza "essere costretto a una riconversione o comunque alla temporanea rinuncia all'utilizzazione del proprio specifico patrimonio di cognizioni, potendo quest'ultimo essere applicato ad un diverso oggetto e cioè ad un prodotto diverso" (360).

Le attività economiche da considerare in concorrenza tra loro, e quindi vietate all'ex dipendente, sono invece identificate "in relazione a ciascun mercato nelle sue oggettive strutture, ove convergono domande ed offerte di beni o servizi identici oppure reciprocamente alternativi e/o fungibili, comunque, parimenti idonei ad offrire beni o servizi nel medesimo mercato" (361) e possono quindi riguardare qualsiasi prestazione

(358) Già Cass. 24 marzo 1980, n. 1968, in Giust. civ., 1981, I, 1115; nel merito, Trib. Milano 8 luglio 1974, in Rep. Foro it., 1975, voce Lavoro (rapporto), n. 916; Pret. Bologna 25 settembre 1984, ivi, voce cit., n. 1028. In particolare, «la clausola inserita in un patto di non concorrenza stipulato al momento dell'assunzione con la quale è riservato al datore di lavoro il potere discrezionale di decidere, anche successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro, e, quindi, nel periodo di efficacia del patto, se applicare il patto stesso, è nulla per frode alla legge sub specie dell'art. 1344 Codice civile, laddove attraverso di essa è consentita l'elusione della norma imperativa dell'art. 2125 Codice civile per la quale al vincolo del lavoratore deve accompagnarsi quello del datore di lavoro» (App. Milano 12 aprile 2001, in D&L - Riv. crit. dir. lav., 2001, 722).

(359) Ex multis: Cass. 19 aprile 2002, n. 569; Tribunale Torino, 27 luglio 2001; Cass. 14 maggio 1998 n. 4891, Trib. Torino, 23 settembre 1997, Cass. 26 novembre 1994, n. 10062. Diventa invece "formazione professionale" Pret. Milano, 23 gennaio 1991.

(360) App. Brescia, 09 febbraio 2023, n. 251.

(361) Ex multis: Cass. 26 maggio 2020, n. 9790.

lavorativa che possa competere con le attività economiche svolte dal datore di lavoro (362).

Quello che emerge dalla giurisprudenza di settore è l'assenza di un'analisi in prospettiva concorrenziale delle caratteristiche dei mercati considerati dalla norma, e cioè il settore merceologico in cui opera il datore di lavoro, e del corrispondente settore del mercato del lavoro in cui il dipendente può spendere la propria personalità professionale.

Ciò nondimeno, i mercati in cui operano il datore di lavoro e il lavoratore sono assunti, sia pure tacitamente, a premessa del ragionamento della giurisprudenza sull'oggetto del divieto per ampliarne l'estensione.

Per quanto riguarda il dipendente, l'eventuale poliedricità della sua proiezione professionale viene assunta dalla giurisprudenza quale argomento che giustifica un ampliamento oggettivo del patto, a favore dell'imprenditore, assumendo che il lavoratore potrà ragionevolmente ri-collocarsi in un altro settore del mercato del lavoro.

Questa conclusione però, calata nel contesto di un mercato del lavoro che sia in via ipotetica fortemente concentrato dal lato dell'offerta di lavoro, graverebbe il lavoratore del rischio di vedersi escluso anche dal settore di competenza ritenuto dalla corte non coperto dal divieto di concorrenza. Conseguentemente il ragionamento rischierebbe di realizzare, in concreto, un'eccessiva compromissione della capacità lavorativa del dipendente (invece tutelata dalla norma) e un indebito vantaggio, anti-competitivo, per l'ex datore di lavoro.

Anche quando le corti assumono il punto di vista datoriale, il riferimento a un'ipotetica struttura del mercato (363) è impiegato in funzione estensiva dell'oggetto del divieto alla

(362) Cass. n. 3507 del 2001.

(363) La "misura dall'attuale mercato delle merci che - in ragione della concorrenza tra imprenditori propria di ogni società libera e del moltiplicarsi delle esigenze degli acquirenti - assegna spesso il successo a chi è in grado di utilizzare, in un contesto di elevato benessere economico, nozioni e conoscenze su elementi e dati fattuali in precedenza considerati marginali (e, pertanto, ininfluenti sulla scelta dei consumatori), come è dimostrato proprio dal mondo della moda e dell'abbigliamento" è stata utilizzata come argomento che giustifica l'applicabilità dei patti di non concorrenza anche ai lavoratori con funzioni meramente esecutive "che operino in settori in cui l'imprenditore, in ragione della specifica natura e delle peculiari caratteristiche dell'attività svolta, possa subire un concreto pregiudizio - in termini di penetrazione nel mercato e di capacità concorrenziale - dalla utilizzazione (sia in corso di rapporto che successivamente) da parte del suddetto lavoratore dalla sua lunga esperienza e dalle numerose acquisite conoscenze", (Cass. civ., Sez. lavoro, 19/04/2002, n. 5691).

concorrenza dell'ex dipendente così da includervi, di nuovo in un'ottica di favore dell'imprenditore, anche i beni fungibili o alternativi, in assenza di alcun accertamento concreto circa l'effettiva concorrenzialità del settore del mercato considerato, in generale, e della concorrenzialità particolare del prodotto dell'imprenditore.

La presunzione, il più delle volte, si fonda su un'indimostrata relazione di concorrenza tra il prodotto o il servizio commercializzati oppure sviluppati dal datore di lavoro e il settore merceologico cui tale bene o il servizio appartengono.

In questo caso il ragionamento per presunzioni, che porta ad escludere dalla concorrenza dell'ex dipendente segmenti dei settori merceologici o affini in assenza di un accertamento concreto delle caratteristiche di quel mercato, rischia di attribuire all'imprenditore uno sproporzionato vantaggio concorrenziale anche su porzioni del mercato su cui non si è ancora affacciato oppure non in concorrenza con il proprio prodotto, ancorché appartenente allo stesso settore merceologico.

Un'analisi empirica dell'applicazione della norma è stata di recente condotta da Boeri-Garnero-Luisetto (364) su un campione di 2.000 dipendenti del settore privato ha dimostrato che circa il 16% dei dipendenti del settore privato in Italia è vincolato da una clausola di non concorrenza, ovvero circa 2 milioni di dipendenti (365).

Secondo questo studio, i patti di non concorrenza non sono limitati al personale altamente qualificato che ha accesso a informazioni riservate, ma sono molto diffusi anche tra i dipendenti meno qualificati che non hanno accesso a segreti commerciali o informazioni riservate.

Inoltre, più della metà dei patti di non concorrenza analizzati non sembra rispettare i requisiti minimi previsti dalla normativa in termini di congrua compensazione e di limitazione temporale, settoriale e geografica (366).

Sembra inoltre probabile, secondo i risultati ottenuti dall'analisi empirica, che più della metà delle clausole siano inapplicabili e che i lavoratori, anche quelli che confidano di aver attentamente analizzato il patto, non siano a conoscenza del loro contenuto e che

(364) T. BOERI, A. GARNERO, L. G. LUISETTO, *Non-Compete Agreements in a Rigid Labour Market: The Case of Italy*, IZA Discussion Paper No. 16021, 2023, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4396108> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4396108>.

(365) BOERI-GARNERO-LUISETTO, op. cit., p. 6.

(366) IBIDEM.

siano largamente ignari dell'effettiva applicabilità della clausola di non concorrenza (367).

Nondimeno, le clausole di non concorrenza inapplicabili sembrerebbero comunque efficaci nel limitare il potere contrattuale dei lavoratori che, nel dubbio circa la loro validità, li rispettano (368).

Lo studio ha inoltre dimostrato che la probabilità per un dipendente di essere vincolato da una clausola di non concorrenza diminuisce all'aumentare della concentrazione del mercato del lavoro locale per i lavoratori mediamente qualificati (369).

Nonostante la carenza di dati sul legame tra la concentrazione del mercato del lavoro e le clausole di non concorrenza, secondo lo studio è possibile sostenere che gli accordi di non concorrenza potrebbero rivestire minor importanza in un mercato del lavoro locale più concentrato per la presenza di un numero inferiore di concorrenti (370).

La negativa correlazione tra il ricorso a queste pratiche e la concentrazione del mercato evidenziata dall'analisi introduce un dato significativo: in un mercato concentrato queste clausole potrebbero realizzare una ulteriore riduzione della concorrenza, attraverso la limitazione della capacità delle imprese di assumere i dipendenti dei concorrenti, ovvero potrebbero costituire una barriera all'ingresso di nuovi concorrenti, scoraggiando inoltre l'iniziativa concorrente degli ex dipendenti (371).

Il dato sembra quindi suggerire che, proprio ad effetto della concentrazione, la mobilità dei dipendenti in quei mercati non sia elevata e che le imprese non necessitino quindi di tali pratiche per trattenere i propri dipendenti.

Il citato contributo empirico fornisce una rilevante fonte di dati sull'impiego dei patti di non concorrenza nel mercato del lavoro italiano, considerato però quale mercato unico e senza un'analisi concreta del grado di concorrenzialità di ciascuno dei suoi settori.

Lo studio non ha infatti considerato partitamente le singole categorie merceologiche in cui il mercato del lavoro si articola e non ha quindi potuto formulare alcuna ipotesi di correlazione tra le risposte fornite dai dipendenti (impiegati in non precisate categorie

(367) IBIDEM.

(368) IBIDEM.

(369) BOERI-GARNERO-LUISETTO, op. cit., p. 48.

(370) IBIDEM.

(371) IBIDEM.

merceologiche) e le altre variabili relative alla mobilità successiva alla conclusione del patto di non concorrenza quali l'eventuale difficoltà di ri-collocamento dell'impiegato a causa del patto di non concorrenza e l'impatto della restrizione sui salari.

L'analisi differenziata, si ritiene, avrebbe potuto porre in luce pratiche e risultati diversi per ciascun settore merceologico in termini di salari e mobilità dei lavoratori da porre in relazione alla sottoscrizione del patto di non concorrenza.

Il sistema giuridico italiano è stato approfondito entro il paragrafo relativo ai modelli che applicano debolmente i patti di non concorrenza, in adesione alla tripartizione assunta in dottrina. Ad esito della presente analisi tuttavia il sistema italiano sembra piuttosto integrare un modello di protezione degli interessi proprietari che applica il patto di non concorrenza entro i limiti definiti dalla norma.

C.

I Sistemi Giuridici che Applicano Sistematicamente il Patto di Non Concorrenza.

Hyde e Menegatti riportano tra i sistemi giuridici che sono più inclini ad applicare i patti di non concorrenza la Korea, la Thailandia e alcuni degli USA (372) e, per coerenza di analisi, ci si soffermerà su questi ultimi.

Le Corti d'appello in sole due giurisdizioni statunitensi (Illinois e New Jersey) hanno vietato ai dipendenti l'impiego presso un concorrente sulla base della dottrina dell'inevitabile divulgazione del segreto commerciale (i.e. inevitable disclosure).

I datori di lavoro negli Stati Uniti che intendono promuovere un giudizio contro gli ex dipendenti adducendo la divulgazione o la minaccia di divulgazione di segreti commerciali, devono normalmente identificare i segreti commerciali di cui temono la divulgazione e questa circostanza disincentiva il contenzioso.

La teoria della divulgazione inevitabile consente al datore di lavoro di sostenere semplicemente che il dipendente aveva accesso a segreti commerciali (come normalmente accade a quasi tutti i dipendenti); che il dipendente intende prestare la propria occupazione per un diretto concorrente per il quale si occuperà dello stesso genere di attività e che il dipendente "rivelerà inevitabilmente" qualche informazione

(372) HYDE-MENEGATTI, op. cit., p. 212.

proprietaria nel nuovo luogo di lavoro, sebbene il vecchio datore di lavoro non possa dimostrarne esattamente il contenuto (373).

Nessuna corte suprema statale ha adottato la teoria della divulgazione inevitabile.

A seguito della decisione Pepsico negli USA sono stati avviati diversi contenziosi per ottenere ingiunzioni nei confronti degli ex dipendenti sulla base della dottrina della inevitable disclosure, ma in quasi tutti i casi i tribunali hanno sostenuto che il datore di lavoro deve identificare i segreti commerciali e dimostrare che la loro perdita è effettiva o minacciata, di solito mostrando una certa inaffidabilità nel dipendente (374).

L'applicazione della dottrina dell'inevitabile divulgazione dei segreti commerciali è limitata a pochi stati e solo a "circostanze eccezionali".

(373) *Id.*, op. cit., p. 213, v. National Starch and Chemical Corp. contro Parker Chemical Corp., 530 A.2d 31 (N.J. App.Div. 1987); Pepsico, Inc. contro Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995) (legge dell'Illinois); Strata Mktg contro Murphy, 740 NE2d 1166, 1175-79 (Ill. App. 2000).

(374) Ad esempio, Whyte v. Schlage Lock Co., 125 Cal.Rptr.2d 277 (Ct.App. 2002); Northwe Bec-Corp v. Home Living Service, 41 P3d 263 (Idaho 2002) ("Un dipendente porterà naturalmente con sé in una nuova azienda le competenze, la formazione e le conoscenze che ha acquisito durante il rapporto con il suo precedente datore di lavoro. Questo trasferimento di informazioni di base non può essere interrotto, a meno che al dipendente non sia consentito di perseguire il proprio sostentamento cambiando datore di lavoro."), LeJeune v. Co Acceptors, Inc., 849 A2d 451, 467-70 (Md. 2004).

Sulla compatibilità della dottrina della divulgazione inevitabile al DTSA si rinvia alla nota (196).

Capitolo III

Il Distretto Innovativo Israeliano

Sommario: Premessa. - **A. Il Distretto Innovativo Israeliano:** i Securities Studies come Archetipo Innovativo, dalla loro Creazione alla loro Privatizzazione. - 1. Genesi, Spesa Militare e Imprenditoria del Distretto Innovativo Israeliano. - 2. In Particolare, il Software di Sicurezza. - 2.1. Dagli Studi di Sicurezza Militari all'Ecosistema del Software di Sicurezza. - 2.2. Il Vantaggio Regionale del Software di Sicurezza. - 2.3. Concorrenza e Qualità nel Mercato del Software di Sicurezza. - 3. Criticità del Distretto Innovativo Israeliano e del Relativo Mercato del Lavoro. - **B. Il Sistema Giuridico Israeliano.** Premessa: Introduzione al Sistema Giuridico Israeliano. -1. La Tutela dei Trade Secrets, la Libertà di Occupazione e di Concorrenza nei Patti di Non Concorrenza. - 1.1. Il Caso Yavin Plast. -1.2. Il Caso Check Point. - 1.3. Il Caso AES System v. Sa'ar. - 1.4. Lo Storno dei Dipendenti e il Patto di Non Concorrenza al Vaglio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Israele. - 2. Software, Brevetti e Copyright. - **C. Un Tentativo di Rilevazione Empirica delle Pratiche Restrittive della Concorrenza dei Dipendenti nel Settore dei Software di Sicurezza. Premessa e Formulazione di un'Ipotesi Intermedia.** - 1. Delimitazione dell'Oggetto dell'indagine: il Patto di Non Concorrenza. - 2. Delimitazione del Campione: gli Imprenditori e i Dipendenti del Settore del Software di Sicurezza del Distretto di Tel Aviv-Yāfā. - 3. Il Metodo di Rilevazione: le Interviste Individuali. - 4. Elaborazione dell'Itinerario di Ricerca. - 5. Risultati della Indagine Empirica. - 6. La Regola Informale di Condotta (Anticoncorrenziale) Emersa dall'Indagine a Confronto con i Principi Espresi dalla Giurisprudenza Israeliana. - 7. Alcune Considerazioni Critiche della Corrispondenza del Modello Israeliano a quello Californiano.

Premessa.

Poco dopo la pubblicazione dello studio con cui Saxenian (375) aveva posto in evidenza il ruolo determinante per lo sviluppo del distretto californiano di una matrice culturale, che aveva consentito uno sfruttamento diffuso della conoscenza tecnologica a beneficio dell'intero segmento imprenditoriale, anche sulla base di questa rilevante ricerca empirica, Ronald Gilson (376) scrisse un rilevante contributo che ha aperto la strada a un

(375) AL. SAXENIAN, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, Harvard University Press, 1994.

(376) R. J. GILSON, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete*, 74 N.Y.U. L. REV. 575, 578, 1999.

nuovo campo di studio, posto all'intersezione tra il diritto contrattuale, il diritto societario, il diritto del lavoro, i diritti della proprietà intellettuale e l'antitrust (377).

Richiamando l'attenzione sul ruolo dell'"infrastruttura legale", che consente o vieta l'uso di clausole di non concorrenza nei rapporti di lavoro, Gilson sostenne che il successo delle industrie high-tech della Silicon Valley poteva essere in parte collegato alla normativa californiana che rende inapplicabili le regole di non concorrenza dell'ex dipendente.

Sulla base della tripartizione elaborata nel precedente capitolo, si è deciso, di misurare empiricamente l'argomento proposto da Gilson.

Secondo l'ipotesi formulata, il contributo della disciplina del patto di non concorrenza alla diffusione dell'innovazione all'interno del distretto innovativo avrebbe trovato conferma nel rilevamento di una prassi negoziale disincentivante l'uso delle pratiche restrittive della libertà di occupazione. Ciò, sia per ragioni di incerta compatibilità con il quadro giuridico di riferimento (ove non sostenute da forti interessi proprietari), sia per opportunistiche ragioni di profitto derivante dalla circolazione della conoscenza tecnologica veicolata dai dipendenti.

Si è quindi individuato quale luogo di sperimentazione della predetta ipotesi, fuori dal modello californiano di sfruttamento diffuso della conoscenza, il sistema giuridico israeliano.

Il cluster israeliano è probabilmente la replica più fortunata del modello della Silicon Valley al di fuori del continente nord americano (378) con cui sembra condividere: (i) l'elevato investimento della difesa militare nei centri di ricerca universitari, nel caso di Silicon Valley, ovvero, nel caso di Israele, l'investimento dei dipartimenti militari specializzati negli studi di sicurezza nella formazione del personale militare; investimenti che si pongono quali antefatti storici della nascita dei rispettivi distretti; (ii) il fecondo

(377) O. LOBEL, *Noncompetes, human capital policy & regional competition*, The Journal of Corporation Law, 2020 pp. 931-951. Si veda anche EAD., M. LEMNEY, *Banning Noncompetes is Good for Innovation*, Harvard Business Review, The Law of AI for Good, 75 Florida Law Review 1073, 2023; EAD., *Should Noncompete Clauses for Executives Be Legal? No: They Reduce Wages and Job Mobility*, Wall Street Journal, 2021; EAD., *Gentlemen Prefer Bonds: How Employers Fix the Talent Market*, 59 Santa Clara Law Review 663, 2020; EAD., *You Don't Own Me: How Mattel v. MGA Entertainment Exposed Barbie's Dark Side*, W.W. Norton and Company, 2017.

(378) A. SHOHAM, G. AVNIMELECH, *The development of the successful high-tech sector in Israel, 1969-2009*, World Review of Entrepreneurship Management and Sustainable Development 8(1), pp. 53 – 69, 2012.

collegamento consolidatosi tra il tessuto imprenditoriale innovativo del distretto e gli istituti pubblici di alta formazione, ovvero i dipartimenti militari specializzati negli studi di sicurezza in Israele; collegamento capace di produrre una dispersione continua di conoscenza innovativa dal pubblico al privato (c.d. spillover); (iii) il settore merceologico maggiormente profittevole e innovativo, su cui entrambi i distretti hanno fondato la propria fortuna, ovvero il mercato del software (sistemi informatici tout court in Silicon Valley, sistemi informatici di sicurezza in Israele); (iv) un peculiare dinamismo tanto della classe imprenditoriale quanto dei dipendenti maggiormente qualificati, che Saxenian riconduceva inter alia alla eterogeneità demografica del distretto californiano (contrapposto dall'Autrice all'omogenea e conservatrice società del concorrente distretto della Route 128 in Massachusetts), e che nel distretto israeliano viene invece da più parti ricondotto a una sorta di propensione al rischio di matrice (mono) culturale; (iv) una certa uniformità di quelle norme giuridiche ritenute, in dottrina e in giurisprudenza, idonee ad agevolare la circolazione dell'innovazione attraverso la circolazione dei dipendenti, ovvero la nullità (ex lege in California) o la scarsa eseguibilità dei patti di non concorrenza del dipendente in entrambi i sistemi qui considerati.

Che entrambi i distretti presentino somiglianze evidenti sotto il profilo della rapida crescita economica è un dato che le scienze esatte hanno adeguatamente misurato (379). Quello che qui si tenterà di comprendere è se questi sistemi presentino o meno somiglianze sotto i diversi profili delle norme giuridiche, economiche e culturali, poste in dottrina a fondamento del modello di ecosistema innovativo californiano, per rispondere poi all'ulteriore domanda se queste norme, analizzate all'interno del modello così ricostruito, promuovano anche la diffusione dell'innovazione.

La narrativa che parte della letteratura (380) ha sviluppato attorno alla nascita del distretto tecnologico israeliano è particolarmente feconda e ha contribuito a un'ampia diffusione

(379) Si veda per esempio A., DARR, *Technological Incubators and the Social Construction of Innovation Networks: an Israeli Case Study*, Technovation, 2005.

(380) Major Gen. (Res.) Professor Isaac Ben-Israel, interviste del 7 e 14 maggio 2023, Tel Aviv University, e ID. E G. BARAM, *The Academic Reserve: Israel's Fast Track to High-Tech Success*, 2018, disponibile al sito SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3269147> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3269147>. Le origini stesse dell'eco-distretto israeliano sono spesso sorrette da una sorta di mitizzazione, come del resto quelle dell'antesignana Silicon Valley, con enfasi generalmente posta sulle peculiarità culturali della società

dell'immagine del distretto quale punto di riferimento innovativo dell'intera regione in cui è collocato (381).

Dalla metà degli anni '90, il distretto si è sviluppato in un'industria di innovazione perpetua caratterizzata da un ciclo ricorrente di startup che ideano e sviluppano nuove

israeliana e alla sua endemica propensione al rischio. BEN-ISRAEL fa in particolare al riferimento alla dottrina del cd. qualitative edge sostenuta dal primo presidente israeliano Ben-Gurion che vedeva nel vantaggio qualitativo israeliano l'unica leva capace di sovvertire a proprio favore l'asserita inferiorità numerica israeliana nella guerra d'indipendenza del 1948. Questa dottrina, secondo tale ricostruzione, avrebbe posto le basi per la peculiare articolazione del sistema di difesa israeliano.

(381) Anche nel 2018 lo studio della World Bank, Tech Startup Ecosystem in West Bank and Gaza (disponibile al sito [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglefindmkaj/https://documents1.worldbank.org/curated/en/715581526049753145/pdf/126144-replacement-WBG-ecosystem-mapping-digital.pdf](https://documents1.worldbank.org/curated/en/715581526049753145/pdf/126144-replacement-WBG-ecosystem-mapping-digital.pdf)) individuava un ecosistema delle startup tecnologiche in Cisgiordania e Gaza sia pure in fase iniziale con una media annua di costituzione di 19 startup in più all'anno precedente, e un tasso di crescita pari al 34% dal 2009. Circa due terzi delle startup intervistate hanno riferito di aver assunto almeno un dipendente, con una media di tre posti di lavoro per startup e sono stati creati complessivamente 1.247 posti di lavoro. La startup media che ha fornito alla ricerca i dati sull'occupazione aveva assunte tre persone all'anno.

Le startup hanno una media di 1,8 fondatori e ciascun fondatore ha lanciato 1,2 startup. Mentre i fondatori sono prevalentemente uomini, con oltre il 20% di donne imprenditrici, la Cisgiordania e Gaza hanno una delle maggiori partecipazioni di donne fondatrici di tutti gli ecosistemi esaminati (vedi Figura 2.3, p. 10 dello studio che riporta i dati di Beirut 19%, Dar Es Salaam 15%, Medellin 14%, Bogotà 13%, New York 12%, Cairo 10% e Singapore 10%).

Nel 2012 il GEM (<https://www.gemconsortium.org/>) ha riscontrato che alti livelli di disoccupazione in Cisgiordania e Gaza spingono gli imprenditori alla necessità della imprenditorialità, ancora più diffusa tra donne fondatrici nella fase iniziale rispetto alle loro controparti maschili (Istituto di ricerca sulla politica economica palestinese 2013).

Questa tendenza sembra essersi espansa all'imprenditorialità tecnologica man mano che l'ecosistema è cresciuto in dimensioni e maturità, suggerendo che le startup tecnologiche potrebbero fornire accesso a opportunità di lavoro (compreso il lavoro autonomo) oltre i vincoli strutturali della Cisgiordania e di Gaza – approfittando dell'accesso a mercati connessi digitalmente.

L'istruzione è particolarmente alta tra i fondatori nella Cisgiordania e a Gaza, di cui oltre il 55% della popolazione è laureata e oltre il 19% ha conseguito una laurea magistrale, un master o un dottorato. La maggior parte dei fondatori, il 61%, all'epoca della costituzione della startup aveva una laurea, di cui il 18% con una formazione superiore. Un elemento unico della Cisgiordania e Gaza è la chiara separazione dei cluster tra Gaza Sky Geeks (il cluster di Gaza) e i cluster della Cisgiordania, coerente con la separazione fisica di questi due territori. Inoltre, l'ecosistema è altamente connesso con gli attori internazionali, potendosi collegare a reti estese di conoscenze provenienti da cluster al di fuori della Cisgiordania e di Gaza.

Questi attori internazionali sono sia regionali (regione MENA) che internazionali (principalmente attori statunitensi), comprese molte università come la New York University e l'Università della California Berkeley, Università di Chicago o London School of Economics e Scienze politiche (vedi Figura 2.20, p. 20 che suggerisce l'esistenza di una grande percentuale delle aziende operanti nell'ecosistema regionale con esperienze internazionali).

tecnologie, finanziate con capitale di rischio e testate sul mercato prima di essere vendute a società più consolidate, ovvero a società estere con le capacità finanziarie e di marketing, produzione e gestione adeguate a sfruttare appieno l'innovazione (382).

Il processo di sviluppo del distretto israeliano è iniziato con l'industria della tecnologia dell'informazione ed è ora replicato dai settori della cyber security, della biotecnologia e delle tecnologie pulite. Questi settori, secondo Rosemberg (383), richiedono per il loro stesso sostentamento un maggiore investimento nella produzione di conoscenze necessarie allo sviluppo dell'innovazione tecnologica.

Precedenti studi hanno approfondito il legame tra i centri di ricerca universitari e il tessuto imprenditoriale del distretto di Haifa soprattutto dal punto di vista dell'analisi economica (384), altri hanno sottolineato l'importanza delle politiche di capitale di rischio nello sviluppo dell'industria dell'alta tecnologia e il ruolo determinante dei venture capitalist nella formazione di nuovi cluster ad alta tecnologia (385). Altri contributi hanno invece evidenziato il ruolo cruciale che le dinamiche della globalizzazione hanno giocato nella trasformazione di Israele da un'economia a bassa tecnologia a economia ad alta tecnologia (386).

In questa analisi ci si è in particolare chiesti: (i) quale ruolo giochino simili pratiche restrittive nella circolazione della conoscenza all'interno di un sistema giuridico quale quello israeliano, dove la giurisprudenza (387) ha posto un onere probatorio particolarmente elevato per la dichiarazione di validità di un patto limitativo della

(382) D. ROSENBERG, *The Israeli economy: after the financial crisis*, new challenges. Middle East Review of International Affairs (Online), 14/1, pp. 68-79, 2010, <https://www.proquest.com/scholarly-journals/israeli-economy-after-financial-crisis-new/docview/609261044/se-2>.

(383) IBIDEM.

(384) L. ROTHSCHILD, A. DARR, *Technological Incubators and the Social Construction of Innovation Networks: An Israeli Case Study*, University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, 2005, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=1508249>.

(385) G. AVNIMELECH, M. TEUBAL, *Evolutionary Venture Capital Policies: Insights from a Product Life Cycle Analysis of Israel's Venture Capital Industry*, 2003, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=2758173> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2758173>.

(386) A. RAZIN, *High Tech and Venture Capital Inflows: The case of Israel*, CEPR Discussion Papers, 2018; ID., E. SADKA, *Welfare-State Remedy to Globalization and Aging Forces*, NBER Working Papers 24754, National Bureau of Economic Research, Inc., 2018; ID., E. SADKA, *Financial Globalization and the Welfare State*, CEPR Discussion Papers 12998, C.E.P.R. Discussion Papers, 2018.

(387) Vedi Capitolo III, § B. 1.

concorrenza del dipendente in giudizio; (ii) se tali clausole siano o meno impiegate nelle prassi imprenditoriali di settore e, ancora; (iii) quale percezione di esse abbiano i dipendenti che le hanno accettate e gli imprenditori che le applicano.

L'analisi di Gilson sul ruolo della nullità del patto di non concorrenza nella costruzione del cluster della Silicon Valley ha potuto poggiare sulla previa analisi socio-culturale del distretto svolta da Saxenian; una simile analisi è purtroppo mancante nel distretto israeliano.

Questo studio vuole quindi offrire un contributo all'analisi del paradigma innovativo israeliano, analizzato dapprima attraverso un tentativo di ricostruzione delle sue istituzioni economiche e culturali e, poi, attraverso un confronto concreto tra i principi giuridici affermati in epoca ormai risalente dalla giurisprudenza israeliana e le prassi esistenti nel settore delle startup israeliane del software di sicurezza.

Si procederà anzitutto a una descrizione sintetica del distretto innovativo israeliano, in particolare del settore del software di sicurezza, attraverso l'approfondimento delle peculiarità regionali, emerse anche nel corso dei colloqui con gli operatori del settore, per tentare di individuare i pilastri (ulteriori alle norme giuridiche) su cui il modello si fonda: in questo contesto si approfondirà il legame del distretto innovativo dei software di sicurezza con gli istituti pubblici responsabili della dispersione della conoscenza a beneficio del comparto imprenditoriale regionale.

Si analizzerà, poi, la protezione riconosciuta dalla giurisprudenza israeliana al patto di non concorrenza, ai trade secrets e allo storno dei dipendenti.

Il quadro normativo e interpretativo ricostruito ha suggerito la formulazione di un'ipotesi intermedia ovvero la considerazione del sistema giuridico israeliano quale modello che, pur applicando debolmente le norme restrittive della concorrenza del lavoratore, persegue una ratio protezionistica degli interessi proprietari.

L'ipotesi sarà, poi, sottoposta a un confronto empirico con le prassi imprenditoriali ed occupazionali espresse da un campione di startup innovative situate nel distretto di Tel Aviv-Yāfā ed operanti nel settore dei sistemi informatici di sicurezza, al fine di comprendere il grado di incidenza delle norme considerate negli usi e le opinioni di entrambi i lati di quel settore del mercato del lavoro.

Più in particolare, lo studio si è proposto di rilevare le valutazioni degli imprenditori e dei dipendenti in merito alla disciplina vigente in Israele per i patti di non concorrenza, all'impiego di tali istituti nei loro rapporti contrattuali sino all'eventuale esecuzione e alla percezione della loro portata nelle relazioni negoziali, correnti e future.

I risultati dell'indagine hanno riferito dell'esistenza di un quadro di norme informali, uniformemente osservate dal campione intervistato e più restrittive della concorrenza rispetto a quanto previsto per il settore high-tech dai consolidati orientamenti della corte suprema israeliana sul tema.

L'idoneità degli istituti giuridici, ovvero dei principi di formazione giurisprudenziale, a promuovere la diffusione dell'innovazione all'interno di mercato del software di sicurezza sembra dover essere calibrata alle caratteristiche economiche e socio-culturali del distretto.

Sembra cioè che la norma informale, che impone ai membri della comunità degli studi di sicurezza di non infrangere il divieto alla concorrenza post lavorativa, la cui violazione è punita severamente dalla sanzione altrettanto informale dell'esclusione del trasgressore dal mercato di riferimento, debba essere collegata al contesto economico (e socio-culturale) che consente alla prima, la norma informale, di raggiungere portata semi consuetudinaria tra i membri della sua comunità.

Si esploreranno, poi, i profili di compatibilità della regola informale-anti concorrenziale alle condizioni di validità del patto di non concorrenza formulate dalla Corte Suprema israeliana ormai nel 2000.

Infine si analizzerà l'ipotizzata corrispondenza, giuridica e concreta, del sistema israeliano al modello californiano di sfruttamento della conoscenza esteso al distretto industriale.

A.

Il Distretto Innovativo Israeliano: i Securities Studies come Archetipo Innovativo, dalla loro Creazione alla loro Privatizzazione.

1.

Genesi, Spesa Militare e Imprenditoria del Distretto Innovativo Israeliano.

La ricerca e lo sviluppo militare hanno generato una vasta gamma di industrie civili contemporanee, nonostante non sia possibile stabilire con certezza in quale misura l'investimento nella ricerca e sviluppo militare determini, direttamente o indirettamente l'emersione e la proliferazione di queste industrie (388).

La formazione della Silicon Valley sembra essere stata in larga misura sostenuta dal Dipartimento della Difesa che attraverso i contratti militari ha aiutato aziende quali HP ad affermarsi nel mercato di riferimento (389).

Analogamente agli Stati Uniti e a differenza della maggior parte degli altri distretti ad alta tecnologia, l'esercito israeliano riceve la maggior parte della spesa pubblica per la ricerca e lo sviluppo e lo stato di Israele è anche lo stato che investe la percentuale più alta del PIL in ricerca e sviluppo (390).

Le società israeliane rappresentano la terza più grande componente numerica della borsa del Nasdaq orientata alla tecnologia (dopo il Canada), e rappresentano il 20% di tutte le società estere quotate al Nasdaq. Anche il mercato dei capitali ha riconosciuto l'importanza delle startup israeliane: tra il 1998 e il 2000, Israele aveva attratto più capitale di rischio pro capite che in qualsiasi altro dei 24 paesi partecipanti allo studio GEM (391).

(388) N. ROSENBERG, *Civilian spillovers from military R&D spending: The American experience since World War II*, in SANFORD E. R. WILLOUGHBY (a cura di), *Strategic Defense and the Western Alliance*, Rowman and Littlefield, 1987; HONIG, LERNER, RABAN, *Social capital and the linkages of high-tech companies to the military defense system: Is there a signaling mechanism?* Small Business Economics, 2006, 27(4-5), 419-437, disponibile al sito: <https://doi.org/10.1007/s11187-005-5644-y>.

(389) S.W. LESLIE, *The Biggest "Angel" of Them All: The Military and the Making of Silicon Valley* M. Kenny (Eds) Understanding Silicon Valley Ch. 3 Stanford University Press Stanford, California, 2000, 48-67 e supra Capitolo I, § A. 3.

(390) Cfr. Gross domestic spending on R&D, OECD: <https://data.oecd.org/rd/gross-domestic-spending-on-r-d.htm>.

(391) P. D. REYNOLDS, S.M. CAMP, W.D. BYGRAVE, E. AUTIO E M. HAY, *Global Entrepreneurship Monitor: executive report 2001*, Kansas City, MO, Kauman Center for Entrepreneurial Leadership presso la Kauman Foundation, 2001; e ROSENBERG, op. cit.

All'esercito israeliano (IDF) viene spesso attribuita un contributo nella creazione e di sostenere il successo dell'industria high-tech israeliana, mentre la ricerca e lo sviluppo militare avrebbero alimentato l'emergere delle industrie israeliane basate sulla tecnologia (392). Il trasferimento di R&S dal settore militare a quello civile è un fattore ritenuto alla base del progressivo sviluppo dell'imprenditoria tecnologica in Israele, in quanto il know-how tecnologico accumulato, gli scienziati, gli ingegneri e i tecnici ben formati in vari campi dei dipartimenti militari hanno contribuito allo sviluppo delle industrie high-tech israeliane (393).

Un'altra lettura è che alcuni settori del servizio militare forniscano risorse altamente funzionali per coloro i quali avviano nuove iniziative tecnologiche, specialmente tra i membri che hanno prestato servizio in particolari unità tecnologiche.

Si è così sostenuto (394) che il servizio militare obbligatorio nell'IDF rappresenti un periodo “formativo” nella vita dei giovani israeliani e una fonte di status personale, e che le relazioni sociali, i codici culturali e i costumi acquisiti nell'esercito producano una profonda influenza sulla carriera di molti israeliani.

I significativi investimenti governativi nella tecnologia della difesa hanno creato, come sottoprodotto, un gruppo di ingegneri esperti e istruiti (395) i quali hanno beneficiato di precedenti investimenti nella difesa israeliana. Molti dei risultati delle iniziative tecnologiche mediche in Israele possono essere collegati ai legami con il sistema di difesa militare (MDS).

Breznitz (396) si è concentrato sul ruolo svolto dall'esercito israeliano nella creazione e nel sostegno dell'industria del software israeliana ed ha sostenuto che, sebbene lo stato di

(392) HONIG-LERNER-RABAN, op. cit., e B. HONIG, *Israel and the ICT: The Case of an Industrial Transformation*, in International Labour Organization World Employment Report 2001, Life at Work in the Information Economy, Country Studies, Ginevra, 2001.

(393) M. LERNER, Y. AVRAHAMI, *Israel Executive Report. Research on Entrepreneurship and Economic Growth*, Global Entrepreneurship Monitor, Tel Aviv University: The Israel Institute of Business Research, Special Report 1999.

(394) Y. LEVY, *Trial and Error: Israel Route from War to De-Escalation*, State University of New York Press, 1997.

(395) D. MEGIDDO, *The Hidden “Secret” of Israeli Medical Technology IVC*, Israel Venture Capital & Private Equity Journal 5 1 14–17 2005; G. BARAM, I. BEN-ISRAEL, *The Academic Reserve – Israel’s fast track to high-tech success*, Israel Studies Review, Vol. 34, Issue n.2, 2019, pp. 75 ss.

(396) D. BREZNITZ, *The Military as a Public Space – The Role of the IDF in the Israeli Software Innovation System*, MIT Department of Political Science Massachusetts Institute of Technology, 2002.

Israele non abbia creato il centro militare di software (MAMRAM e la sua Scuola) per plasmare e sostenere il sistema israeliano di innovazione del software, MAMRAM ha avuto un impatto significativo sulla creazione e lo sviluppo dell'industria in Israele e sul suo continuo successo.

Il suo studio ha dimostrato che i laureati e il personale di riserva dell'unità dedicata all'innovazione del software creano una fitta rete di conoscenze, reclutamento e capitale di rischio.

Questa rete non solo riduce i costi di transazione associati alle attività commerciali nell'industria del software israeliana, ma consente anche ai suoi membri e alle loro aziende di affrontare e risolvere problemi di ricerca e sviluppo che vanno oltre le loro attuali conoscenze o competenze.

Inoltre la politica dell'IDF, che non registra diritti di proprietà o brevetti sulle tecnologie sviluppate con il suo patrocinio, promuove le ricadute di conoscenza (i.e. spillovers) e la diffusione dalle applicazioni commerciali militari a quelle civili.

Di conseguenza, i laureati in campo militare trasferiscono liberamente la tecnologia sul mercato civile al termine del loro periodo di servizio (397).

Lo studio di Honig-Lerner-Raban ha sostenuto che le aziende high-tech munite di connessioni con i sistemi militari e di difesa traggono vantaggio da questi collegamenti in numerosi modi, tra cui il trasferimento di conoscenze, la legittimità istituzionale e gli effetti positivi di rete (398).

Tale prospettiva sarebbe sostenuta dalla teoria del capitale sociale (399) secondo cui, a tutti i livelli di gestione aziendale, la condotta aziendale è connessa tramite una rete di

(397) V. HONIG-LERNER-RABAN, op. cit., passim.

(398) HONIG-LERNER-RABAN, op. cit. p. 422, in particolare tre prospettive teoriche forniscono la logica di questa aspettativa: la prima è la teoria del capitale sociale, la seconda è la sua teoria dei segnali e la terza è la diffusione della conoscenza e gli effetti di ricaduta. Gli Autori combinano questi effetti utilizzando la nozione bordiese delle molteplici capitali (BOURDIEU, *Distinction: A Social Critique of the Judgment of Taste* Routledge & Kegan Paul London, 1986, ID., The Forms of Capital, in Richardson (ed.), first published in German in 1983, 1986, ID. *What Makes a Social Class? On the Theoretical and Practical Existence of Groups*, Berkeley Journal of Sociology 32 1–17; B. FINE, *Social Capital versus Social Theory*, Routledge London and New York 2001) per lo sviluppo delle ipotesi di ricerca testate empiricamente nel contesto del settore high-tech israeliano.

(399) Per BOURDIEU (v. nota precedente) il capitale, con le sue varie manifestazioni, è inteso come un costruito sociale, nei suoi significati e nei suoi effetti (Fine, v. nota precedente). Il capitale per BOURDIEU

relazioni personali: gran parte del comportamento economico è strettamente integrato nelle reti di relazioni interpersonali e i legami deboli offrono un vantaggio, espandendo reti e informazioni che altrimenti sarebbero inaccessibili o costose (400).

Che si tratti di legami forti o deboli, il capitale sociale maturato dai fondatori e dai team di società high-tech faciliterà l'attività economica.

può essere considerato aperto alla proiezione nei vari aspetti della società capitalista e negli altri strumenti di produzione (FINE, op. cit., p. 17). Ciò porta BOURDIEU a postulare l'esistenza di plurimi tipi di capitale, ovvero di capitali multiformi, suddivisi in una serie di grandi categorie economiche, culturali, sociali e simboliche. Il capitale culturale è in genere caratterizzato da qualifiche socialmente ma diversamente riconosciute e costruite, non ultime quelle formalmente conferite dall'istruzione, ma anche da altre forme di realizzazione sociale. Il capitale simbolico è rappresentato dal prestigio, come l'onore (FINE, op. cit., p. 55). Lo spazio riservato al capitale sociale è quello incentrato sul contesto delle connessioni o delle reti sociali (BOURDIEU, op. cit., p. 248). Ad esempio, le reti di relazioni presenti all'interno della società possono dare origine a una concentrazione di capitale simbolico (FINE, op. cit.).

BOURDIEU ha anche affermato che i capitali sono fungibili in quanto vari tipi di capitale possono essere intesi come beni soggetti a cicli, generano un rendimento distribuibile, acquistabile e suscettibile di trasmissione mortis causa. Allo stesso modo, è presente l'accumulazione, la conservazione (o il deprezzamento) e la trasformazione dei diversi tipi di capitale (BOURDIEU, op. cit. 1987, p. 4). Inoltre, BOURDIEU si è occupato del rapporto tra i vari tipi di capitale e della sua trasformazione (BOURDIEU, op. cit. 1986), utilizzando un'analogia con la conversione di una forma di valore economico in un'altra, come nel tasso di cambio o tasso di conversione tra diverse forme di capitale (BOURDIEU op. cit. 1996, p. 265). BOURDIEU ha affermato che le diverse forme di capitale non sono slegate dal loro contesto sociale ma sono possedute dagli individui, in particolare attraverso la proprietà privata e il capitale economico (FINE, op. cit., p. 57).

Nel contesto dell'imprenditorialità, le nuove imprese e le piccole imprese si distinguono nettamente dalle grandi aziende in termini di legami che mantengono. È più probabile che le piccole imprese sviluppino legami di fiducia e di adattamento reciproco con attori esterni come fornitori e clienti, sebbene le condizioni presenti possano dare luogo a legami di lungo termine. Molte ricerche sul processo di mobilitazione delle risorse rifiutano l'approccio di integrazione sociale, sottolineando l'importanza dei legami sociali dei fondatori nella costruzione di una produzione di armamenti, di risorse finanziarie, fisiche, umane e di altro tipo. Il concetto di radicamento suggerisce che le attività economiche sono fortemente radicate nella struttura e nelle relazioni sociali V. M. GRANOVETTER, *The Strength of Weak Ties American Journal of Sociology*, 1973, ID., *Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness American Journal of Sociology*, 1985.

(400) HONIG-LERNER-RABAN, op. cit. p. 423. In contrasto con l'argomento dei legami deboli, Fukuyama, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press New York, 1995, ha sottolineato il valore dei legami forti tra gli individui all'interno di reti o comunità sociali coese e delimitate. L'importanza della fiducia intra-organizzativa derivante dai legami forti è stata notata, ad esempio, nel mercato dei diamanti, all'interno della popolazione ebraica di confessione ultraortodossa (COLEMAN, *Social Capital in the Creation of Human Capital American Journal of Sociology*, special supplement 95–120, 1988) e tra i membri delle associazioni di credito a rotazione (COLEMAN, *Foundations of Social theory Belknap*, Press Cambridge, 1990).

Secondo questa argomentazione, la creazione di un'organizzazione non è solo una singola impresa, ma un risultato collettivo della creazione di reti, incentrato sulla nascita, diffusione e adozione di una serie di idee tra un gruppo di persone che si impegnano e trasformano le proprie idee in un'istituzione sociale (401).

La creazione di molte startup high-tech israeliane sarebbe, quindi, integrata in un network di persone che ha sviluppato rapporti di lavoro durante il servizio militare, dove si è maturato l'impegno di creare una nuova impresa. Non solo la squadra, ma anche le idee tecnologiche innovative possono essere derivate dalle tecnologie di cui i componenti sono venuti a conoscenza durante il servizio militare (402).

L'argomento di base proposto da Honig-Lerner-Raban (403) è che gli imprenditori che hanno legami con l'apparato militare e della difesa possono trarre vantaggio da questi legami nelle seguenti aree: (i) acquisizione e padronanza di tecnologie avanzate; (ii) produzione di idee per nuovi prodotti; (iii) acquisizione di know-how nella gestione efficiente di progetti tecnologici; (iv) individuazione delle risorse umane adeguate per la creazione di società ad alta tecnologia; (v) identificazione dei fornitori appropriati; (vi) identificazione dei clienti per i prodotti dell'azienda.

L'importanza della diffusione della conoscenza è fondamentale, in quanto fornisce una fonte di vantaggio competitivo che non solo è difficile da duplicare, ma definisce anche il tono e il carattere organizzativo aziendale.

Le ricadute tecnologiche sono una fonte importante di tale diffusione della conoscenza in quanto operano quali trasferimenti informali, non di mercato, e involontari (404) e si verificano quando le attività di un'azienda portano a miglioramenti nella tecnologia o nella produttività di un'altra in modo tale che la prima non può sfruttare tutte le rendite originate dalle sue attività produttive.

(401) A. H. VEN VAN DE, R. HUDSON, D. M. SCHROEDER, *Designing New Business Start-Ups: Entrepreneurial Organizational and Ecological Considerations*, *The Journal of Management* 10, 1984, pp. 87-107.

(402) HONIG-LERNER-RABAN, op. cit., p. 424.

(403) HONIG-LERNER-RABAN, op. cit., p. 424.

(404) L. EDEN E. LEVITAS R. J. MARTINEZ, *The Production, Transfer and Spillover of Technology: Comparing Large and Small Multinationals as Technology Products Small Business Economics*, 1997. Prima che una nuova tecnologia sia governata, l'iniziale mancanza di informazioni sui vantaggi e sui costi implica un certo grado di incertezza che può scoraggiare le imprese presenti nel relativo mercato di riferimento dall'adozione della nuova tecnologia.

L'accettazione comprovata in un'area al di fuori del campo d'uso previsto, come quando la tecnologia militare viene trasferita a usi civili molto diversi, può essere un metodo per superare le notevoli barriere sociali, organizzative e di mercato esistenti per le nuove tecnologie.

La diffusione tecnologica avviene più facilmente quando il produttore e il potenziale utente sono vicini geograficamente e operativamente (405).

L'apprendimento attraverso la pratica, denominato conoscenza tacita, avviene rapidamente quando i collegamenti tra le aziende promuovono l'adozione di routine comuni, norme di settore e standard di acquisizione. Le ripercussioni possono verificarsi anche quando un'impresa tecnologicamente superiore forma i dipendenti locali con conoscenze tacite.

Una volta formati, questi dipendenti possono essere successivamente assunti da personale tecnologicamente meno avanzato e utilizzare tecnologie superiori. Inoltre, i dipendenti locali altamente qualificati potrebbero sentirsi obbligati ad applicare le loro nuove competenze alle iniziative imprenditoriali, il che diffonde ulteriormente le conoscenze in tutti i mercati locali (406).

Sulla base delle tre argomentazioni del capitale sociale degli imprenditori, del meccanismo di segnalazione derivato dai legami legati alla difesa e le ricadute e la diffusione della conoscenza, Honig-Lerner-Raban hanno formulato e empiricamente

(405) M. POIRE, *Work, Labour, Action: Work Experience in a System of Flexible Production' In Industrial districts and interfirm cooperation in Italy*, Ginevra, ILO, 1990.

(406) CARLSSON-MUDAMBI, *Globalization, Entrepreneurship and Public Policy: A Systems View Industry and Innovation*, 2003, riconoscono l'importanza dell'ubicazione per quanto riguarda gli investimenti in ricerca e sviluppo. Un argomento simile è sostenuto da Poire (vedi nota precedente) nelle reti industriali italiane. Questo perché le attività ad alta intensità di R&S tendono ad essere associate a una forza lavoro altamente qualificata e ad attività ad alto valore aggiunto. CARLSSON E MUDAMBI sottolineano l'importanza delle operazioni ad alta intensità di R&S e la presunzione delle ricadute, ossia dei benefici che vanno da un particolare ramo o unità produttive a quelli più vicini. CARLSSON E MUDAMBI affermano che se il networking consapevole è il fattore determinante dei livelli di ricaduta, la strategia ottimale consiste nel considerare il settore o l'attività come un sistema e lavorare per facilitare lo sviluppo e la crescita del sistema.

Pertanto, l'evoluzione delle reti tecnologiche di ricerca e sviluppo può essere alquanto sistematica o, almeno, un processo dipendente dal suo percorso: le aziende al centro di una rete godono di un vantaggio strategico grazie alla velocità e alla qualità, mentre altre creano o acquisiscono conoscenze gradualmente, man mano che la rete si espande e le informazioni vengono dismesse.

provato le seguenti ipotesi dei potenziali legami delle aziende high-tech in Israele con il sistema militare e di difesa: (i) le società ad alta tecnologia che forniscono capitale sociale con i sistemi militari e di difesa ottengono maggiori risorse rispetto ad altre società ad alta tecnologia che non hanno legami legati alla difesa; (ii) le società ad alta tecnologia con legami di capitale sociale legati alla difesa dimostrano prestazioni aziendali migliori rispetto ad altre società ad alta tecnologia che non hanno legami legati alla difesa; (iii) le società high-tech con caratteristiche di segnalazione legate alla difesa hanno maggiori probabilità di ottenere capitali di investimento; (iv) le società high-tech con attributi di segnalazione legati alla difesa hanno maggiori probabilità di dimostrare prestazioni migliori; (v) le società ad alta tecnologia con ricadute di conoscenze legate alla difesa hanno maggiori probabilità di ottenere capitali di investimento; (vi) le aziende high-tech con ricadute di conoscenze legate alla difesa hanno maggiori probabilità di dimostrare prestazioni migliori.

I collegamenti con i sistemi militari e di difesa sono stati studiati da Honig-Lerner-Raban empiricamente: in più della metà delle industrie del settore degli armamenti analizzate vi erano imprenditori che avevano prestato servizio nell'esercito per più di 3 anni (407).

Il contributo del servizio militare all'infrastruttura tecnologica (di cui gli imprenditori sono stati disposti a parlare apertamente) è limitato: solo il 9% degli esercenti ha riconosciuto che i propri prodotti erano basati sulla tecnologia militare, mentre il restante 91% non ha risposto affatto, in risposta alla domanda diretta “in che misura il prodotto è basato sulla tecnologia militare?” (408).

Honig-Lerner-Raban hanno sottolineato l'importanza delle relazioni integrate legate alla difesa e hanno osservato che le aziende che sviluppano prodotti per il settore della difesa

(407) E cioè oltre la durata triennale del servizio obbligatorio (cui tutti i cittadini israeliani sono tenuti all'età di diciotto anni) prevista in Israele per il genere maschile; è di 2,5 anni per il genere femminile, vedi HONIG-LERNER-RABAN, op. cit., punto 3.

Nel 57% dei casi si tratta di imprenditori con il rango di superiore. In quasi un terzo del campione si tratta di imprenditori che si sono impegnati in ricerca e sviluppo durante il servizio militare. Nel 17% di sono imprenditori che hanno svolto il servizio militare nell'ambito di programmi accademici c.d. d'élite. Nel 27% dei fondatori dell'rms sono presenti imprenditori muniti di precedenti esperienze nel settore della difesa.

(408) Questo risultato è stato osservato anche dal presente studio, si veda infra § C. 5.

avevano maggiori probabilità di ottenere capitali di investimento, mentre le aziende fornitrici del settore della difesa registravano vendite più elevate.

Quando l'imprenditore aveva lavorato nella ricerca e sviluppo militare o aveva prestato servizio in un'unità militare altamente specializzate, si registravano effetti positivi rispettivamente sugli investimenti e sulle vendite (409).

In Israele, l'accesso a molte reti formali e informali continua a essere regolato dall'esperienza militare (410). I risultati dello studio di Honig-Lerner-Raban mostrano che non è l'anzianità di servizio, né il grado militare ad avere un impatto sulle prestazioni iniziali, ma piuttosto determinati modelli di servizio militare, principalmente il servizio in una particolare unità militare e/o il servizio nella ricerca e sviluppo militare. Date le possibili interrelazioni tra queste reti, nonché il notevole calo di capitale umano in entrata e in uscita dall'high-tech israeliano, è possibile che le ricadute di conoscenza siano così pervasive e ampiamente distribuite da essere difficili da acquisire da parte di una singola entità organizzativa.

Inoltre è rilevante il fatto il fatto che l>IDF non compia alcun tentativo di appropriarsi della proprietà intellettuale sviluppata all'interno delle diverse unità militari e consenta alla tecnologia di diffondersi liberamente sul mercato (411).

(409) Lo studio ha dimostrato che le imprese dell'industria della difesa avevano un maggiore accesso al capitale e registravano anche un volume di vendite più elevato. Ciò suggerisce che per gli investitori, compresi quelli istituzionali, i legami del distretto con il sistema militare e di difesa costituiscono un indice di una performance promettente. Questo effetto di segnalazione è risultato utile per le nuove startup tecnologiche, non ancora produttrici di ricavi. Questi risultati evidenziano l'importanza per le imprese, in generale, di trasmettere segnali di possibili ricavi in grado di attrarre potenziali stakeholder (come i venture capitalist e altre fonti di finanziamento) e, in particolare, che i collegamenti delle società dell'high-tech con i sistemi militari e di difesa in Israele possono essere utilizzati come meccanismo di segnalazione agli investitori del maggiore potenziale di profitto di quelle società. Tali collegamenti possono aiutare le nuove imprese ad alta tecnologia a ottenere il sostegno di potenziali fonti di finanziamento, anche nei casi in cui non abbiano ancora completato lo sviluppo dei relativi prodotti.

HONIG-LERNER-RABAN hanno rilevato che molti degli imprenditori intervistati disponevano di precedenti esperienze militari ed erano stati impiegati nella ricerca e sviluppo militare o nelle c.d. unità professionali d'élite.

(410) C.C. MOSKOS E F. R. WOOD, *The Military - More Than Just a Job?*, Washington, Pergamon-Brassey's, 1988.

(411) La gestione della proprietà intellettuale da parte del Ministero della Difesa è stata definita dall'Israeli State Comptroller come "ongoing fiasco". L'IDF non detiene dati relativi alla quantità, al tipo e al valore delle risorse di proprietà intellettuale in suo possesso, V. Report marzo 2014 Israeli State Controller.

2.

In Particolare, il Software di Sicurezza.

2.1.

Dagli Studi di Sicurezza Militari all'Ecosistema del Software di Sicurezza.

L'esempio più emblematico del segmento israeliano dei software di sicurezza è rappresentato dall'azienda Check Point Software Technologies Ltd, costituita quale startup innovativa e ora consolidata impresa sviluppatrice di firewall di sicurezza.

I fondatori dell'azienda erano tre giovani diplomati i quali, trascorsi i canonici tre anni (alcuni quattro) nell'esercito israeliano, realizzarono in fretta di sapere sfruttare quella tecnologia acquisita in una prospettiva difensiva dei sistemi informatici (412).

Quel che rileva nell'esempio di Checkpoint è che la tecnologia sottesa al firewall realizzato dall'azienda era stata anteriormente realizzata dall'Idf, ancorché il software fosse originariamente sviluppato con scopi offensivi.

Ciò accade frequentemente perché, come anticipato nel precedente paragrafo, il ministero della difesa né registra ove possibile i brevetti, né agisce in tutela delle privative industriali, sia poiché persegue scopi diversi da quelli di natura commerciale, sia perché in questo modo agevola la produzione di innovazione tecnologica all'interno del distretto israeliano.

Correntemente, il 90% dei prodotti nel campo del settore della sicurezza informatica è sviluppato nel settore privato, da cui attinge anche la stessa difesa israeliana che quel comparto contribuisce a creare.

L'esempio di Checkpoint non è l'unico e va collocato nel solco omogeneo della tradizionale costituzione e crescita delle startup di settore, i cui fondatori nella maggioranza dei casi (a) si sono conosciuti all'interno dell'Unità 8200 dell'IDF (413) nel corso del servizio militare obbligatorio oppure ancora prima, frequentando lo stesso luogo

(412) Ad alimentare la narrativa si aggiunge l'inevitabile dissidio tra i soci fondatori che ha dato i natali ad altra concorrente meno fortunata, la Palo Alto.

(413) La direzione dell'intelligence militare è una delle più risalenti dell'IDF, istituita in concomitanza dello stato israeliano. La direzione è composta da 3 unità principali: l'Unità 8200, l'Unità 9900 e l'Unità 504. L'Unità 8200 è la principale unità di raccolta informazioni della Direzione dell'intelligence militare, secondo i dati pubblicati sul relativo portale (<https://www.idf.il/en/minisites/directorates/military-intelligence-directorate/military-intelligence-directorate/>).

di culto; (b) hanno poi avuto accesso alla conoscenza di una tecnologia altamente qualificata nel corso della loro frequentazione dei reparti specializzati in cyber security dell'esercito e hanno saputo convertire le funzionalità del software da offensive a difensive (414); (c) hanno finanziato la ricerca e lo sviluppo della propria creazione innovativa mediante il ricorso a capitale di rischio, raccolto perlopiù da altri investitori-imprenditori israeliani del settore high-tech o esteri, quasi mai accedendo a finanziamenti governativi (415), oppure reinvestendo i proventi ottenuti dalla fruttuosa cessione di altra precedente iniziativa imprenditoriale (416).

Secondo Ben-Israel (417), l'assunzione del rischio di creare un'industria dei sistemi informatici di sicurezza, originariamente coperti da segreto, ha contribuito a modellare il relativo ecosistema, prima inesistente.

Una peculiarità del sistema israeliano è stata la costituzione di un'agenzia del Ministero della Difesa incaricata di proteggere le infrastrutture critiche già nel 2002, nonché prodromo dell'ecosistema incentrato sul software di sicurezza, secondo Ben-Israel.

(414) L'esportazione di un sistema informatico di sicurezza fuori Israele è subordinata all'ottenimento di un nulla osta governativo ove si tratti di sistema il cui scopo sia offensivo e non meramente difensivo. Non c'è modo di tracciare un confine preciso tra un sistema offensivo ed uno difensivo, ma a distanza di dieci anni dall'adozione di questo metodo non è mai stato rilevato alcun caso di impiego difforme di una tecnologia sensibile, secondo BEN-ISRAEL.

Un esempio molto controverso è quello dello spyware Pegasus, in grado di sorvegliare a distanza gli smartphone con un sistema cd. a zero clic, sviluppato da NSO Group Technologies (NSO sta per Niv, Shalev e Omri, i nomi dei fondatori dell'azienda) ovvero una società di cyber-intelligence israeliana.

L'esportazione dello spyware Pegasus, classificato come un'arma da Israele, è stata limitata dalle autorità israeliane solo successivamente al controverso impiego dell'arma da parte di alcuni governi, incluso quello israeliano v. <https://www.timesofisrael.com/attorney-general-opens-investigation-into-police-use-of-nso-spyware-against-israelis/>, e <https://www.timesofisrael.com/defense-ministry-said-to-freeze-export-licenses-for-israeli-cyberattack-tech/>.

(415) Il finanziamento concesso nella forma di un prestito, e quindi soggetto a restituzione (esclusa l'ipotesi del default aziendale), da parte dell'Autorità israeliana per l'innovazione, non è la forma di finanziamento aziendale preferito dalle startup, anche in ragione dell'esiguità degli importi erogati. Ad esempio, uno degli imprenditori intervistati ha riferito che con il primo round di finanziamenti l'azienda ha capitalizzato 15 milioni di dollari, mentre l'Autorità israeliana per l'innovazione offre fino a un milione, erogato in un periodo di tre anni.

(416) Si tratta di "una piccola comunità di leader tutti connessi", secondo uno degli ingegneri del software di sicurezza intervistati.

(417) Major Gen. (Res.) Professor Isaac Ben-Israel, direttore del Security Studies Program, del Blavatnik Interdisciplinary Cyber Studies Centre e del Yuval Ne'eman Workshop for Science, Technology and Security presso l'Università di Tel Aviv, al quale va il mio ringraziamento per il tempo dedicato ai nostri dialoghi sulla nascita del distretto innovativo della cyber-security israeliana.

Lo scopo era quello di acquisire una maggiore cognizione dei danni materiali arrecabili a una infrastruttura generale governata da un controllo remoto mediante l'uso del software (418) e dal 2011 Israele ha istituito la National Cyber Initiative con il compito di elaborare un piano quinquennale di previsione di tutela delle infrastrutture e tecnologie critiche, considerata la rapida obsolescenza (presuntivamente quantificata) in un anno delle tecnologie (419). Emerse allora l'idea di ampliare il numero di persone che avessero accesso agli studi di sicurezza così da poter soddisfare maggiormente le sottese esigenze di sicurezza e di difesa. Vennero quindi istituiti i primi centri di ricerca di studi informatici di sicurezza e, per dare continuità agli studi, la sicurezza informatica divenne materia di insegnamento anche nelle scuole superiori (420).

Questa peculiarità del sistema di formazione israeliano perde di eccentricità se si collega allo scopo per cui gli studi di sicurezza assumono una simile rilevanza per il sistema israeliano, ovvero la difesa. Quindi, allo scopo di dedicare al dipartimento degli studi di sicurezza dell'esercito israeliano un numero adeguato di risorse umane, la materia è stata inserita nel programma di studi delle scuole superiori, così agevolando inoltre lo smistamento delle reclute nei settori specializzati della difesa al termine del percorso di studi.

La costruzione del settore del mercato dedicato agli studi di sicurezza si è perciò sviluppata nel territorio israeliano in un'epoca storica (a partire dal 2011 secondo Ben-Israel) in cui tale mercato era perlopiù inesistente a livello internazionale.

Le fondamenta istitutive del nascente distretto di start-up di settore sono state poste e sostenute a livello pubblico attraverso: l'insegnamento scolastico, l'arruolamento obbligatorio, in cui viene offerto a un numero selezionato di persone una specializzazione nei dipartimenti di cyber security della difesa israeliana, e la dispersione non controllata dell'innovazione prodotta al settore privato.

(418) Il limite di tale vantaggio qualitativo, secondo il resoconto di BEN-ISRAEL, è segnato dalla disponibilità del concorrente o dell'avversario di un pari sistema di difesa e di controllo in difetto del quale il controllo remoto del software non può essere impiegato

(419) Nel 2011 BEN-ISRAEL è stato posto a capo della National Cyber Initiative, in un momento in cui non esistevano ancora centri di ricerca universitari in materia di sicurezza informatica, anche se i servizi di intelligence governativi avevano iniziato ad occuparsi già dagli anni '80 di questi temi, in forma riservata.

(420) La fase della cooptazione obbligatoria è ritenuta da BEN-ISRAEL come una scuola ulteriore collocata a metà strada tra la quella dell'obbligo e la formazione universitaria.

Esiste, inoltre, un meccanismo di finanziamento pubblico alle imprese innovative predisposto dall'Israel Innovation Authority (421) che prevede una maggiorazione nel fondo garantito alle imprese che si occupino del settore di cyber security.

Il programma di finanziamento più diffuso dell'Autorità prevede l'erogazione fino ad un milione di dollari a favore dell'azienda innovativa in un periodo di tre anni e se l'azienda entra in default non è tenuta a rendere il capitale ottenuto all'Autorità, diversamente il finanziamento ricevuto deve essere restituito come un prestito. Il sistema funziona in questo modo da quarant'anni con un tasso di successo delle startup pari al solo 4% e una perdita annua di fondi governativi pari a un milione e cinquecentomila dollari. Ciò nondimeno un terzo delle aziende definite unicorni, e cioè valutate più di un milione di dollari, è israeliano.

La giustificazione materiale della scelta di sviluppare questo settore dell'economia in particolare, secondo Ben-Israel, è dovuta alle ridotte dimensioni geografiche e demografiche del territorio israeliano che corrispondentemente limiterebbe le possibilità di un mercato fondato sulla produzione di beni materiali (422).

(421) L'Israel Innovation Authority è un'agenzia indipendente finanziata con fondi pubblici, creata per fornire una varietà di strumenti pratici e piattaforme di finanziamento dirette ad affrontare le esigenze degli ecosistemi di innovazione locali e internazionali. Ciò include imprenditori in fase iniziale, aziende mature che sviluppano nuovi prodotti o processi produttivi, gruppi accademici che cercano di trasferire le proprie idee sul mercato, aziende internazionali interessate a collaborare con la tecnologia israeliana, aziende israeliane che cercano nuovi mercati all'estero e fabbriche e impianti tradizionali che cercano di incorporare produzione innovativa e avanzata nelle loro attività. L'Autorità offre poi vari programmi di finanziamento alle imprese differenziati a seconda della fase di sviluppo dell'azienda, v. <https://innovationisrael.org.il/en/>

(422) Sulle peculiarità della regione in cui è collocato lo stato di Israele si rinvia al paragrafo seguente.

2.2.

Il Vantaggio Regionale del Software di Sicurezza.

Secondo Ben-Israel a fondare l'ecosistema sarebbero tre pilastri che insieme strutturano il distretto della cyber sicurezza: la formazione; le start-up e il governo, in particolare il settore della difesa (IDF) che in Israele assume un ruolo di primaria importanza (423).

In particolare, secondo questa ricostruzione, un ruolo centrale nel promuovere l'innovazione tecnologica sarebbe rivestito dall'Academic Reserve Program (424): ogni

(423) Secondo BEN-ISRAEL il vantaggio qualitativo regionale avrebbe una componente materiale e una personale. Quello materiale sarebbe garantito dal rapporto commerciale con gli Stati Uniti, centrale nel garantire un vantaggio materiale e tecnologico allo stato. Nel 2016 l'amministrazione Obama ha approvato un piano di assistenza per la sicurezza Israeliana che prevede l'erogazione di 38 miliardi in dieci anni, v. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/09/14/fact-sheet-memorandum-understanding-reached-israel>, e il 23 ottobre 2023 l'amministrazione Biden ha richiesto al Congresso USA l'erogazione supplementare di 14 miliardi di dollari <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/10/20/fact-sheet-white-house-calls-on-congress-to-advance-critical-national-security-priorities/>.

La componente personale consisterebbe nell'impegno dello stato israeliano a potenziare il proprio capitale umano investendo in formazione scientifica e tecnologica durante il servizio militare. V. BEN-ISRAEL, op. cit., p. 81, il quale attribuisce la paternità del principio del vantaggio qualitativo israeliano alla dottrina sulla sicurezza di Israele elaborata dal primo presidente israeliano, Ben Gurion, nel report del 1953. Nel corso dei colloqui individuali, BEN-ISRAEL ha riferito anche di una ulteriore unicità di sistema alla collocazione al vertice di ogni dipartimento della difesa militare una sezione militare dedicata alle materie scientifiche coinvolte nella difesa. Ci sarebbe poi, sempre secondo BEN-ISRAEL, un ulteriore vantaggio che risiede nello "spirito" della popolazione israeliana, esemplificato nella vittoria della guerra d'indipendenza del '48 che l'allora Presidente Ben-Gurion procurò alla nascente nazione, inviando Shimon Peres in Europa ancora un anno prima della dichiarazione d'indipendenza dello stato ebraico per acquistare Aircraft dismessi nel dopoguerra. Secondo questa ricostruzione, Peres riuscì a introdurre gli Aircraft nel territorio palestinese ancora sottoposto al mandato britannico dentro a scatole di legno, così procurando allo stato israeliano un vantaggio in termini di difesa militare che a quel tempo non aveva pari all'interno della regione mediorientale.

(424) Come osserva BEN-ISRAEL, op. cit., p. 83, lo scopo iniziale dell'Academic Reserve era quello di formare personale medico per le necessità dell'IDF, ma dopo pochi anni il programma incluse anche altre professioni prevalentemente scientifiche. Successivamente i programmi vennero divisi in ulteriori sottoprogrammi che affrontarono le specifiche necessità militari e vennero così istituiti il Talpiot (Peaks) specializzato in ricerca e sviluppo tecnologica, lo Psagot (Heights) con focus su fisica ed ingegneria elettronica e lo Havatzlot (Lilies) specializzato sugli studi del Medio Oriente per i corpi dell'intelligence. Il programma più rilevante è il Talpiot, fondato nel 1979 e diretto dalla Direzione della Ricerca Sviluppo per la Difesa (Mafa't), è un programma di 40 mesi di durata per diplomati, e solo l'1% dei militari delle Academic Reserve continuano a servire nel Talpiot. Durante il loro servizio, completano i loro percorsi di studi in fisica e matematica o in computer sciences e seguono i corsi militari tra un semestre e l'altro. I membri del Talpiot completano le loro lauree in tre anni e contemporaneamente proseguono l'addestramento nelle varie unità dell'IDF.

anno l'IDF seleziona circa mille diplomati particolarmente qualificati perché conseguano un titolo universitario in discipline giudicate prioritarie per la difesa, prima del servizio militare. I selezionati rappresentano l'1% dei 100.000,00 diplomati delle scuole superiori che vengono coscritti ogni anno. L'IDF finanzia il percorso formativo dei partecipanti al programma e posticipa il servizio militare. Questi laureati prestano un servizio militare di 32 mesi e un periodo ulteriore di tre anni. La maggior parte di loro completa il servizio militare obbligatorio durante gli studi universitari e fa ingresso nel servizio militare come ufficiale, di fatto il 25% degli ufficiali dell'IDF ha conseguito una formazione universitaria. La percentuale dei laureati-cooptati dal servizio militare si aggiunge a quella media dei laureati (non militari) dei paesi industrializzati pari all'incirca allo 0,50% della popolazione e attribuisce, secondo questa ricostruzione, allo stato israeliano un vantaggio di ecosistema.

Secondo questo studio (425), il servizio militare obbligatorio conferirebbe ai militari un bagaglio di esperienze utili nella gestione di progetti complessi, nella soluzione di problemi e nella costruzione e direzione di gruppi di ricerca e sviluppo. Questa ricostruzione spiegherebbe anche il primato israeliano del rapporto OCSE che misura la percentuale di scienziati e ricercatori per 1000 dipendenti, pari al 17,4% in Israele.

Rispetto al tema dello scarso trasferimento di conoscenze intese come ricerca scientifica tra l'accademia israeliana e il distretto innovativo, Ben-Israel sostituisce alla locuzione "trasferimento di tecnologia" quella di "trasferimento di persone" per evidenziare che il primo stadio della creazione non può ancora essere trasferito, quale asset materiale, dal centro di ricerca all'eventuale azienda acquirente, ma la tecnologia ancora indimostrata può allora essere trasferita solo unitamente al suo autore. Le università israeliane dispongono di centri che sviluppano connessioni tra i creativi, investitori e aziende del

(425) V. BEN-ISRAEL, op. cit., p. 83.

distretto innovativo (426), e i creativi possono beneficiare di centri di venture capital interni alle università (427).

Tuttavia, la ricostruita prospettiva non considera che la prosperità del distretto innovativo israeliano, in generale, e del settore degli studi di sicurezza, in particolare, va analizzata anche dal punto di vista della sua collocazione regionale, i cui effetti (soprattutto positivi, ma anche negativi) sull'economia interna sono stati profusamente analizzati dalla letteratura di settore.

Precedenti studi (428) hanno, infatti, osservato gli effetti positivi sulla valutazione nel mercato azionario delle aziende israeliane operanti nei settori della difesa, della sicurezza

(426) Il centro presso l'Università di Tel Aviv è stato fondato nel 1972, si chiama Ramot (vedi <https://ramot.org/about-ramot>) ed è interamente detenuto dall'Università di Tel Aviv. Lo scopo del centro è quello di commercializzare le tecnologie universitarie, colmare il divario tra la ricerca e l'industria; il centro inoltre gestisce lo sfruttamento economico dei diritti della proprietà intellettuale riferibile al personale universitario. Ramot detiene approssimativamente 1600 brevetti di cui il 60% in biologia e il restante 40% in ingegneria, scienze matematiche e altri campi. Ramot favorisce il finanziamento dei creativi con vari fondi tra cui l'Israel Innovation Authority e detiene equity in circa 100 start-up ogni anno. Il 37% delle aziende fondate da Ramot si occupa di high-tech, il 22% di prodotti medicali, il 28% di prodotti farmaceutici, il 13% di altri campi e l'81% di queste aziende sono ancora attive. Secondo i dati forniti dal centro, a un progressivo calo del numero delle start-up fondate per anno dal 2016 al 2020 corrisponde per contro il raddoppio del numero delle start-up fondate in seno all'accademia. L'università di Tel Aviv è l'istituto di ricerca più grande e importante in Israele con 1.150,00 ricercatori, 274 milioni di dollari di investimenti annuali in ricerca e sviluppo, 3.500 progetti di ricerca costantemente attivi, 126 scuole e dipartimenti multidisciplinari e 9 facoltà multi disciplinari e 16.000 ricercatori su 30.000 studenti. Secondo i dati pubblicati da Ramot in termini di impresa e innovazione, l'università di Tel Aviv è sesta al mondo con il più elevato numero fondatori di start-up, è settima con il numero più elevato di fondatori di startup valutate oltre 55 milioni di dollari e tredicesima al mondo con il più elevato ammontare di fondi raccolti dalle start-up.

Secondo il resoconto di BEN-ISRAEL l'università di Tel Aviv compare tra le prime università su scala internazionale per l'elevato numero di accademici fondatori di startup anche per la riduzione al 20% del tempo che i professori ordinari debbono dedicare alla didattica; tale riduzione è stata introdotta per favorire la permanenza del personale accademico altamente qualificato e che, diversamente, lascerebbe l'accademia in favore del settore dell'high-tech, capace di offrire superiori retribuzioni.

(427) TAU VC, v. <https://www.tauventures.co.il>, investe nelle start-up fino a 1 milione di dollari, dispone di un ufficio di coworking situato a Tel Aviv dove lavora con le startup e i fondatori, promuovendo la loro crescita.

(428) Cfr. C. BERREBI ED E.F. KLOR, *The Impact of Terrorism on the Defence Industry, Economica*, July 2010, New Series, Vol. 77, No. 307/2010, pp. 518-543, disponibile all'indirizzo <https://www.jstor.org/stable/40865115> e i contributi precedenti sugli effetti positivi per il distretto innovativo legato al comparto della difesa o della sicurezza di G. FISHELSON, *Political events and economic trends: the effects*, Working Paper 1993, pp. 10-93, Foerder Institute for Economic Research, Tel Aviv University; D. FIELDING, *Counting the costs of the intifada: consumption, saving and political instability*

o dell'anti-terrorismo successivi e correlati agli eventi del conflitto israelo-palestinese, determinati dall'incremento della domanda locale dei loro prodotti e dalla pressione che questi eventi produce sulle aziende del settore a creare continuamente prodotti innovativi per la difesa.

Per conseguenza, queste aziende hanno raggiunto alti livelli di specializzazione nel settore manifatturiero legato alla difesa che fornisce alle aziende israeliane un vantaggio nel corrispondente mercato internazionale dei prodotti e della tecnologia militare, permettendo loro di controllare una quota rilevante di questi mercati (429).

Il conflitto induce, infatti, il governo israeliano a investire maggiormente nelle aziende che operano nel comparto della difesa e questa singolare circostanza assegna ai relativi operatori economici un vantaggio competitivo nel relativo mercato del prodotto (430).

in Israel, Public Choice, 2003, 116(3-4), pp. 297-31; ID. *Modeling political instability and economic performance: Israeli investment during the Intifada*, *Economica* 2003; Z. ECKSTEIN E D. TSIDDON, *Macroeconomic consequences of terror: theory and the case of Israel*, *Journal of Monetary Economics*, 2004, 51(5), pp. 971-1002; S. RYAN, *Israeli Economic Policy in the Occupied Areas: Foundations of a New Imperialism*, Middle East Research and Information Project, Inc. (MERIP), MERIP Reports, No. 24/1974), disponibile al sito <https://www.jstor.org/stable/3010823>; A. JARBAWI, T. Dana, *A Century of Settler Colonialism in Palestine: Zionism's Entangled Project*, *Brown Journal of World Affairs*, 2017, vol. xxiv, issue 1, disponibile al sito: <https://www.researchgate.net/publication/321747946>.

(429) Israele è posizionata al 10° posto del ranking dei paesi esportatori di armi elaborato dall'istituto di Ricerca Internazionale per la Pace di Stoccolma [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.sipri.org/sites/default/files/202203/fs_2203_at_2021.pdf](https://www.sipri.org/sites/default/files/202203/fs_2203_at_2021.pdf); nel 2020 Israele occupava il terzo posto, dietro ad USA e Russia.

(430) Al contrario, il conflitto produce effetti negativi per le più importanti aziende palestinesi che dipendono principalmente dalla performance economica dei paesi vicini, in particolare da Israele. L'impatto del conflitto sul mercato azionario palestinese è legato ad aggiustamenti a breve termine che svaniscono rapidamente e che sono negativi per la Palestina, v. I. HASSOUNEH, A. COULEAU, SERRA, I. AL-SHARIF, *The effect of conflict on Palestine, Israel, and Jordan stock markets*, *International Review of Economics and Finance* 56, 2018, pp. 258-266.

Secondo il Report UNCTAD, *Assistance to the Palestinian people: Developments in the economy of the Occupied Palestinian Territory*, 2016, pp. 6-9, Israele da sola rappresenta il 55% del commercio totale palestinese, mentre invece dall'altro versante di questa dipendenza commerciale asimmetrica, i Territori Palestinesi Occupati rappresentano un contributo modesto del commercio totale israeliano, pari al 3%. Negli ultimi anni, Israele ha rappresentato oltre il 70% delle importazioni palestinesi e ha assorbito circa l'85% delle esportazioni palestinesi.

L'efficacia degli aiuti internazionali al popolo palestinese è stata annullata dall'occupazione, che elimina o indebolisce le attività produttive palestinesi e le rende non competitive aumentando i costi di produzione e di transazione. Esiste invece una forte correlazione (0,71) tra gli aiuti dei donatori e il surplus commerciale realizzato da Israele con i Territori palestinesi, v. S. HEVER. *How much international aid to Palestinians ends up in the Israeli economy?*, Aid Watch 2015, disponibile al sito

http://www.aidwatch.ps/sites/default/files/resourcefield_media/InternationalAidToPalestiniansFeedsTheIsraeliEconomy.pdf.

L'ampio surplus commerciale che Israele realizza con il mercato vincolato del Territorio Palestinese Occupato è in gran parte finanziato dagli aiuti delle donazioni e dalle rimesse e dal reddito dei palestinesi che lavorano in Israele e negli insediamenti.

Nel settore industriale, l'occupazione e la relativa incertezza prodotta dalle restrizioni alla circolazione e l'accesso, hanno soffocato gli investimenti e limitato il settore privato palestinese ad operazioni di piccola scala con bassa intensità di capitale ed efficienza. La Banca Mondiale (2014) ha osservato che le microimprese e le piccole imprese dominano il mercato palestinese, con il 90% delle imprese che impiegano meno di 20 dipendenti. La piccola dimensione delle imprese è correlata al capitale e alla bassa produttività del lavoro. Nel periodo 1994-2010, l'economia dei Territori Palestinesi Occupati ha sperimentato una costante regressione tecnologica, con un calo annuo dello 0,5% nella produttività totale dei fattori. Nel 2013-2015 il settore industriale ha assistito ad un ulteriore deterioramento, indicato da un calo del 9% nell'indice della produzione industriale.

Si rinvia per un'analisi economica dei Territori Palestinesi dal 1948 al 1978 allo studio di E. H. TUMA E H. DARIN-DRABKIN, *The economic case for Palestine*, Croom Helm Ltd, London, 1978, i quali hanno analizzato l'efficienza e la desiderabilità dell'integrazione palestinese nella regione osservando che Israele ha cercato di integrare le economie di questi territori con la sua. Le economie della Cisgiordania e di Gaza hanno cambiato poco nella loro struttura nel corso del primo decennio durante il quale rimaste sotto l'occupazione di Israele; l'industria ha registrato uno sviluppo limitato; l'infrastruttura è rimasta stagnante mentre manodopera relativamente a basso costo ha continuato ad affluire alle fabbriche e alle officine israeliane provenienti da questi territori. Di conseguenza, c'è stata una crescente dipendenza di queste economie da Israele, e non si è mai realizzata una interdipendenza economica. La differenza nei livelli di tecnologia e il conseguente sfruttamento dei paesi economicamente più deboli da parte dei paesi più industrializzati può essere vista nella persistente differenza nei redditi pro capite tra Cisgiordania, Striscia di Gaza e Israele.

Secondo H. TAWIL-SOURI, *Digital Occupation: Gaza's High-Tech Enclosure*, Journal of Palestine Studies 2012, p.28, la dipendenza economica palestinese da Israele ha trasformato anche le aziende high-tech palestinesi in agenti dipendenti. TAWIL-SOURI osserva che l'"occupazione digitale" rafforza anche il contenimento territoriale della Striscia da parte di Israele. L'espressione "occupazione digitale" evidenzia un processo dinamico: (i) suggerisce che il controllo territoriale israeliano su Gaza continua, ma in misura crescente e comprende anche l'alta tecnologia. (ii) l'occupazione digitale si articola in modi in cui le imprese palestinesi e multinazionali, l'Autorità Palestinese (AP), le organizzazioni internazionali non governative, e le reti di capitale internazionale si uniscono per guidare lo sviluppo di telecomunicazioni e per seguire un'agenda economica neoliberista. In questo contesto emerge una contraddizione fondamentale rispetto alle infrastrutture tecnologiche: si verifica il confinamento degli abitanti di Gaza in uno spazio ristretto e disconnesso e, allo stesso tempo, si propone la globalizzazione dell'alta tecnologia come strada da seguire per il superamento della reclusione. In terzo luogo, gli stessi abitanti di Gaza "occupano" gli spazi digitali, anche se con vincoli e talvolta illegalmente: si rivolgono ad amici e familiari, denunciano abusi e fuggono fisicamente al confinamento in modo virtuale. È una dialettica continua.

Per una ricostruzione storica delle peculiarità dell'economia israeliana si rinvia diffusamente allo scritto di A. RUBNER, *The economy of Israel, A critical account of the first ten years*, Londra, Frank Cass & Company Ltd., 1960.

Oltre alla densa competitività interna al mercato nazionale del prodotto, le imprese del software non riconoscono l'esistenza di concorrenti all'interno dell'intera area regionale del Medio Oriente.

L'isolamento regionale del distretto israeliano nella produzione del software di sicurezza viene assunto dagli operatori economici come una variabile pressoché costante del distretto, cui non è assegnata alcuna valutazione né in termini positivi né negativi di desiderabilità.

L'isolamento dai mercati in cui il prodotto è offerto in vendita viene, invece, percepito come uno svantaggio dalle aziende, che spesso dispongono di sedi secondarie nei principali mercati di commercializzazione del software (431).

2.3.

Concorrenza e Qualità nel Mercato del Software di Sicurezza.

Il mercato del software di sicurezza ha assistito a una crescita senza precedenti negli ultimi anni, ma ad un più attento esame questo mercato rivela alcune idiosincrasie che non si osservano nel software tradizionale (432).

Il software di sicurezza è uno strumento utilizzato dalle persone fisiche e dalle persone giuridiche per prevenire la violazione della sicurezza dei sistemi computerizzati.

In generale, il mercato del software di sicurezza può essere classificato in due categorie principali: (i) strumenti autonomi di terze parti, come software antivirus e dispositivi di rimozione spyware e (ii) componenti software spesso forniti unitamente al sistema operativo, come il software di crittografia e firewall.

(431) Vedi infra i risultati dell'indagine § C. 5.

(432) Secondo D. DEY, A. LAHIRI, G. ZHANG, *Implications of Negative Network Effect in the Security Software Market*, 45th Hawaii International Conference on System Sciences, 2012, si tratta di un mercato altamente competitivo che coinvolge molti fornitori, spesso con una strategia di prezzo molto aggressiva, adottata dai nuovi entranti, e allo stesso tempo la copertura del mercato sembra essere piuttosto bassa.

Si veda anche R. W. HAHN, A. LAYNE-FARRAR, *The Law and Economics of Software Security*, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 30, 2006.

Il mercato del secondo gruppo di software di sicurezza standardizzati è marcatamente diverso dal primo: è caratterizzato da molti fornitori, senza un unico attore dominante (433).

Allo stesso tempo, nonostante il numero elevato di fornitori di software di sicurezza esistenti, una percentuale molto elevata di sistemi informativi e i singoli computer sono ancora privi delle funzionalità di base protezione. Ci si potrebbe, quindi, domandare perché in questo mercato siano presenti così tanti fornitori, ma allo stesso tempo la copertura del mercato sia ancora scarsa. Non è chiaro nemmeno perché, nonostante questo mercato sia così competitivo, riesca comunque ad attrarre nuovi operatori economici.

La letteratura esistente sull'economia del software e sui prodotti dell'informazione spesso inquadra il mercato del software come un monopolio naturale (434).

Il mercato per questo tipo di software ha assistito a una crescita enorme, sia dal punto di vista dell'offerta che dal lato della domanda.

A differenza del tipico mercato del software, dove il lato dell'offerta è dominato solo da pochi fornitori, il mercato dei software di sicurezza è altamente competitivo e vede la presenza di diversi cd. incumbent (435).

(433) DEY-LAHIRI-ZHANG, op. cit. p. 1.

(434) ID., op. cit., p. 4.

(435) ID., op. cit., p. 7, l'effetto positivo di rete di cui godono altri software è molto più debole per il settore della sicurezza informatica. Al contrario, c'è un effetto negativo di rete per i software di sicurezza: man mano che la copertura del mercato diminuisce, la possibilità di un attacco indiretto da parte di un computer non protetto aumenta.

Secondo DEY-LAHIRI-ZHANG l'effetto negativo della rete determina un problema di free-rider, che risulta in una minore copertura del mercato, sia in un regime di monopolio che di oligopolio. D'altra parte, può determinare prezzi più elevati e maggiori ricavi per i venditori. Nel mercato oligopolistico, l'effetto negativo di rete porta ad un maggior numero di venditori in equilibrio. Tuttavia, il prezzo rimane abbastanza alto e per l'industria nel complesso è più redditizio, rispetto al mercato tradizionale. Anche questo dato è in linea con la realtà del mercato del software di sicurezza.

L'effetto negativo di rete forza anche i nuovi concorrenti a fissare prezzi più aggressivi rispetto ad un mercato tradizionale. Pertanto, l'incorporazione dell'effetto negativo di rete nel modello sembra individuare la tipicità del mercato del software di sicurezza, giustifica alcune variabili controintuitive nella pratica, e fornisce indicazioni utili ai fornitori di software di sicurezza sulla concorrenza di quel mercato e sulle possibili strategie da adottare.

Ciò che è singolare in questo mercato è il fatto che questi prodotti sembrano essere abbastanza simili (436) e la differenziazione verticale è praticamente assente (437) (438). Il dato è rilevante considerato che, in ragione della natura fortemente competitiva di questo mercato, la ricerca precedente aveva effettivamente previsto un livello significativo di differenziazione qualitativa tra i prodotti concorrenti (439).

Secondo il contributo di Dey-Lahiri-Zhang (440), l'effetto di rete, che deriva dalle tendenze di parassitismo dei consumatori rispetto alle minacce indirette alla sicurezza, rende la differenziazione verticale meno attraente per i produttori.

Il motivo principale per cui la differenziazione della qualità è comunemente osservata in molti altri mercati è che tale differenziazione consente ai produttori di allentare la concorrenza.

In questo modo, la differenziazione della qualità amplia la copertura del mercato fornendo alternative più economiche ai consumatori che sono spesso riluttanti ad acquistare costosi prodotti di fascia alta.

Tuttavia, l'effetto rete, che a un livello più elevato di copertura del mercato aumenta la libertà dei consumatori e riduce sostanzialmente la loro disponibilità a sostenere prezzi

(436) D. DEY, A. LAHIRI AND G. ZHANG, *Quality Competition and Market Segmentation in the Security Software Market*, MIS Quarterly, Management Information Systems Research Center, University of Minnesota, Vol. 38, No. 2014, pp. 589-606, disponibile all'indirizzo: <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26634941>.

(437) Altro aspetto anomalo, è che la presenza di software di sicurezza gratuiti, come quelli offerti da Avast, AVG, Avira e Microsoft, sembra aver prodotto una scarsa influenza sulla struttura del mercato e sulla natura del mercato della concorrenza.

(438) D. DEY, A. LAHIRI AND G. ZHANG, *Quality Competition and Market Segmentation in the Security Software Market*, MIS Quarterly, Management Information Systems Research Center, University of Minnesota, Vol. 38, No. 2014, p. 592, disponibile all'indirizzo: <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26634941>. Nello specifico, tre problemi importanti e correlati, sono ancora senza risposta, e restano i seguenti interrogativi: (i) perché, nonostante la natura altamente competitiva del mercato del software, si assiste a una scarsa differenziazione verticale nella pratica, quando invece una simile differenziazione potrebbe allentare la pressione competitiva?; (ii) Come questione correlata, perché la differenziazione delle versioni è difficilmente impiegata nel mercato del software di sicurezza, anche quando tale differenziazione delle versioni è spesso gratuita e anche efficace nel segmentare i consumatori eterogenei nella preferenza per la qualità?

(439) K. S. MOORTHY, *Product and Price Competition in a Duopoly*, Marketing Science, 1988, pp. 141-168; M. MOTTA, *Price vs. Quantity Competition*, The Journal of Industrial Economics, 1993, pp. 113-131, A. SHAKED E J. SUTTON, *Relaxing Price Competition through Product Differentiation*, The Review of Economic Studies, 1982, pp. 3-13.

(440) DEY-LAHIRI-ZHANG, op. cit., p. 4.

elevati, rende l'espansione del mercato meno attraente e disincentiva i fornitori di software di sicurezza dall'adozione di una differenziazione della qualità.

La mancanza di differenziazione tra i prodotti offerti sul mercato è rilevante, considerato che quando la concorrenza sul mercato è elevata i venditori normalmente ricorrono alla differenziazione del prodotto, verticale o orizzontale (ci sono poche prove di differenziazione del prodotto e i fornitori in questo mercato raramente utilizzano altri strumenti di segmentazione, come la fornitura di più versioni dei loro prodotti).

Di conseguenza, è arduo reperire un altro settore in cui un numero molto elevato di aziende compete con offerte di prodotti o servizi identici.

Nel mercato del software di sicurezza sembra che una differenziazione orizzontale sia poco pratica perché un software del genere richiede un'interazione minima da parte dell'utente e, pertanto, ha poco a che fare con le preferenze peculiari degli utenti (441).

Naturalmente, ci si aspetterebbe che questo mercato mostri un livello significativo di differenziazione verticale; una strategia spesso adottata dai fornitori per facilitare il livello di concorrenza, quando i consumatori differiscono nelle loro disponibilità di spesa per la qualità (442). Eppure, come discusso sopra, la differenziazione verticale in questo settore risulta assente.

Tutti questi elementi sono estremamente insoliti per qualsiasi mercato altamente competitivo quale quello in esame (443).

È probabile che i beni di comunicazione siano più asimmetrici di altri mercati e che i fornitori preferiscano un livello più ampio di differenziazione. In questo caso, tuttavia, quando un numero significativo di aziende copre diversi segmenti, si amplia la copertura del mercato e questa circostanza può aumentare la tendenza al parassitismo dei consumatori in presenza dell'effetto rete.

Pertanto, quando l'effetto rete è forte, diviene ottimale per i venditori evitare completamente la differenziazione della qualità e anche ridurre la copertura complessiva del mercato.

(441) DEY-LAHIRI-ZHANG, op. cit., pp. 4 e 5.

(442) Vedi nota (449).

(443) DEY-LAHIRI-ZHANG, op. cit., passim.

La comprensione della concorrenza di qualità è estremamente rilevante in quanto rivela come i fornitori possono rispondere all'effetto rete posizionando adeguatamente i propri prodotti nel mercato, nonché adeguando le loro quote di mercato (444).

Nonostante l'elevata concorrenzialità che caratterizza il settore del software di sicurezza israeliano, il numero di concorrenti diretti, indicato dai fondatori o dai dipendenti intervistati, varia da 1 a tre, e in larga misura si tratta di società israeliane (445).

3.

Criticità del Distretto Innovativo Israeliano e del Relativo Mercato del Lavoro.

La crescita del settore high-tech in Israele sembra essere incorsa in una fase critica nell'ultimo periodo (446), in particolare: (a) il numero delle nuove startup è in calo e il quantitativo dei round di finanziamenti iniziali sta crescendo a un ritmo significativamente più lento rispetto a quello dei round successivi (447); (b) più della metà del capitale totale raccolto dalle società tecnologiche private in Israele nel 2021 ha raggiunto appena tre settori, tutti basati sul software, e questa mancanza di diversità determina una scarsa distribuzione del rischio nell'industria high-tech; (c) alla fine del trimestre 2023, tra il 50% e l'80% delle startup di imprenditori israeliani, costituite nel mese di marzo 2023, sono state incorporate da società straniere e questa de-localizzazione

(444) Infine, DEY-LAHIRI-ZHANG, op. cit., esaminano come si comporterebbe questo mercato in presenza di software liberi ed osservano che le osservazioni relative all'impatto dell'effetto rete sulla qualità della differenziazione sono applicabili in questo contesto più ampio. La presenza stessa del software libero aumenta la differenziazione ed espande la relativa area di differenziazione. Pertanto, quando si tiene conto di questo effetto, l'assenza di differenziazione diventa ancora più difficile da spiegare senza riconoscere il ruolo dell'effetto rete. Questa analisi, in altre parole, fornisce ulteriore supporto alla discussione sulla differenziazione della qualità.

(445) Si veda infra al § C. 5. La conoscenza reciproca all'interno del settore tra dipendenti, fondatori e finanziatori è assai probabile se non certa e le possibilità di contatto molto elevate: uno degli intervistati ha appreso nel corso di una conversazione telefonica confidenziale con un collega concorrente l'oggetto della ricerca avversaria ed ha così acquisito informazioni sull'altrui iniziativa economica, che ha saputo realizzare.

(446) Si fa riferimento al periodo compreso tra il 2019 e il 2023.

(447) Il numero dei round del finanziamento iniziale è cresciuto del 20% rispetto al 2019, mentre il numero dei round del finanziamento successivo è raddoppiato. Solo il 4% di tutti i round di finanziamento nel 2021 (circa 1,1 miliardi di dollari) sono stati destinati alle fasi seed, vedi il Report 2022 dell'Israel Innovation Authority.

geografica incide negativamente sulla crescita dell'industria high-tech israeliana, in particolare, e dell'economia israeliana in generale (448); (d) il distretto difetta un'inclusione diversificata dei diversi settori della popolazione, sottorappresentati anche in termini di dispersione geografica dei suoi dipendenti; preservare l'omogeneità che caratterizza l'alta tecnologia insieme alla sua rapida crescita e all'elevata domanda di lavoro in questo campo può incidere negativamente sul tessuto sociale israeliano e aumentare le disparità socio-economiche esistenti; (e) le startup non investono nella ricerca accademica per sostenere il proprio sviluppo innovativo, la maggior parte delle collaborazioni tra l'industria e il mondo accademico in Israele è sostenuta da società estere, principalmente Microsoft e IBM, che insieme sono responsabili della metà delle pubblicazioni scientifiche, finanziate da società del settore high-tech, a discapito della stessa innovazione tecnologica (449); (f) in collegamento a quest'ultimo dato, dal 2019

(448) Perché l'industria high-tech è caratterizzata sia da un tasso di crescita dell'occupazione nell'economia israeliana superiore alla media che da alti tassi di produttività dei suoi dipendenti. Questo aspetto potrebbe riflettersi anche nella futura erosione della base imponibile governativa, di cui l'industria high-tech (quasi un quarto della produzione aziendale in Israele) è uno dei principali contributori. Vedi Israel Innovation Authority, 1 April 30, 2023, Position Paper – Apprehension of Israeli Hi-tech Splitting Away from the Global Trend and Possible Corrective Actions.

(449) Nonostante l'elevato numero di studenti che scelgono percorsi di studi nel settore dell'alta tecnologia, solo una piccola percentuale di loro continua a conseguire titoli più avanzati in questo campo. Un esame del numero degli studenti laureati rivela la presenza di appena 3.000 studenti iscritti a percorsi accademici in alta tecnologia in Israele nell'anno accademico 2019-2020, ovvero il 7% degli iscritti a corsi di laurea universitari. Questa cifra è cinque volte più alta negli altri campi accademici, dove troviamo il 35% degli studenti universitari laureati.

Una delle spiegazioni per la scelta degli studenti universitari di non proseguire gli studi sembrerebbe essere la prospettiva degli alti salari promessi dal mercato del lavoro dell'high-tech dopo gli studi.

la posizione di Israele nel Global Innovation Index è arretrata dal decimo posto raggiunto nel 2019 al sedicesimo nel 2022 (450) (451).

L'industria tecnologica israeliana è stata criticata per la sua incapacità di generare società multinazionali, come ad esempio è accaduto in Finlandia (Nokia), Taiwan (Taiwan Semiconductor) e India (TAT Consultancy, Wipro, Infosys).

Per contro Israele è una piccola economia (452) con un'offerta di manodopera limitata, è lontana dai mercati chiave ed è soggetta a problemi di sicurezza e instabilità politica regionale che scoraggiano clienti, partner e investitori (453).

(450) Il Global Innovation Index (GII) è pubblicato dall'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI), un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite. A partire dalla ricognizione che l'innovazione è un fattore chiave dello sviluppo economico, il GII mira a fornire una classifica dell'innovazione e un'analisi approfondita che fa riferimento a circa 130 economie.

L'Indice è una classifica delle capacità e dei risultati di innovazione delle economie internazionali. Misura l'innovazione sulla base di criteri che includono istituzioni, capitale umano e ricerca, infrastrutture, credito, investimenti, collegamenti, la creazione, l'assorbimento e la diffusione della conoscenza e dei risultati creativi. Il GII ha due sottoindici: il sottoindice degli input dell'innovazione e il sottoindice degli output dell'innovazione, e sette pilastri, ciascuno composto da tre sotto pilastri (cfr. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_2000_2022/il.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_2000_2022/il.pdf)).

(451) L'Autorità, nel report 2022, ha rilevato, inoltre, una grave carenza di lavoratori tecnologici, la necessità di preparazione delle aziende alle tendenze tecnologiche future e di rafforzamento della crescita aziendale in Israele e l'esposizione delle aziende ai mercati esteri. Manca, poi, un collegamento dell'innovazione israeliana al settore pubblico e privato locale. Oggi esiste una disparità tra l'innovazione sviluppata dalle aziende israeliane e internazionali e il livello dei servizi digitali e innovativi a disposizione del pubblico israeliano. In questo senso, il pubblico israeliano non trae beneficio dall'innovazione israeliana. Questo problema per esser risolto imporrebbe: la rimozione degli ostacoli per consentire la sperimentazione e l'assimilazione di tecnologie pionieristiche in Israele, il finanziamento di ricerca e sviluppo; infrastrutture innovative in aziende che non fanno parte dell'industria dell'alta tecnologia e nel settore pubblico e privato, incoraggiando una gestione basata sull'innovazione in paesi non-high-tech, l'assimilazione della tecnologia avanzata nell'economia e la formazione dei lavoratori nelle competenze necessarie per impegnarsi nell'innovazione.

(452) Secondo M. GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press, 2003, <https://doi.org/10.2307/j.ctv1kmj811>, la dimensione di un'economia è importante per una politica di concorrenza ottimale: gli elevati livelli di concentrazione e le elevate barriere all'ingresso in molti mercati nelle piccole economie spesso richiedono un diverso bilanciamento di considerazioni contrastanti rispetto ad economie di maggiori dimensioni. Le piccole economie devono "correre almeno due volte più velocemente" delle grandi economie: devono tenere il passo con i modelli di politica di concorrenza in continua evoluzione, spesso formulati per le grandi economie, e devono garantire che questi modelli raggiungano gli obiettivi della politica di concorrenza nei propri mercati.

(453) V. D. ROSENBERG, *The Israeli economy: after the financial crisis, new challenges*, Middle East Review of International Affairs, 14(1), 2010, pp. 68-79.

L'industria ad alta tecnologia israeliana è insolita rispetto agli standard internazionali a causa dell'ampio rilievo dell'industria delle startup e del settore di ricerca e sviluppo (454).

Questa industria, tuttavia, solleva due problemi per l'economia (455): (i) il primo è che non traduce i risultati di ricerca e sviluppo in generatori di entrate o profitti a lungo termine, come dimostra il contributo relativamente basso delle esportazioni di alta tecnologia al totale delle esportazioni industriali (456); (ii) il secondo riguarda il

(454) Nel 2022, l'alta tecnologia rappresentava il 18,1% del PIL di Israele ed è il settore maggiormente produttivo nell'economia. Dal 2012, la quota del PIL dell'alta tecnologia è aumentata di oltre il 4% (dal 13,9%). In confronto, negli Stati Uniti (dove il settore high-tech è ampio e sviluppato e si affianca a un'economia più diversificata) la quota del PIL del settore high-tech nel 2021 si è attestata al 9,3%.² In altre parole, la quota relativa del PIL israeliano del settore high-tech è quasi il doppio del PIL americano, una cifra che illustra drammaticamente l'elevata dipendenza di Israele da questo settore (v. <https://innovationisrael.org.il/en/report/high-techs-contribution-to-the-economy/>).

La produzione del settore high-tech è raddoppiata nominalmente nell'arco di un decennio: nel 2012, la produzione high-tech ammontava a 126 miliardi di shekel, cifra salita a 290 miliardi di shekel nel 2022. Se questo trend di crescita continuerà al ritmo degli ultimi anni, aumenterà ulteriormente la dipendenza di Israele dall'alta tecnologia e, di conseguenza, la sensibilità dell'intera economia israeliana agli sconvolgimenti in questo settore (V. Report cit.).

Nel 2021, il livello della spesa nazionale per ricerca e sviluppo come percentuale del PIL si è attestato al 5,6% – per un totale di 88 miliardi di shekel – il livello più alto di spesa nazionale per ricerca e sviluppo nell'OCSE. Il 91% della ricerca e sviluppo in Israele è condotta dal settore privato, la percentuale più alta tra tutti i paesi OCSE. Inoltre, come presentato nel Rapporto annuale 2022, Israele ha registrato il livello più basso di finanziamenti statali per la ricerca e sviluppo tra i paesi OCSE: solo il 9% della spesa nazionale è finanziato dallo Stato, compresa la ricerca e sviluppo condotta in istituzioni accademiche o con finanziamenti da parte dello Stato, Innovation Authority, i vari organismi di sicurezza e altri enti governativi. Il finanziamento statale della ricerca e sviluppo è inteso in particolare a fornire una soluzione per gli investimenti in ricerca e sviluppo ad alto rischio che costituiscono la base per l'innovazione ed è un'area in cui il settore privato sotto investe (<https://innovationisrael.org.il/en/report/a-global-comparison/>).

Israele conta un numero di 140 studiosi delle scienze mediche e matematiche e 135 ingegneri ogni 10.000 persone ed un numero significativo di produzione tecnologica con applicazioni commerciali, come evidenziato dal numero di brevetti di utilità per milione: Israele è al quarto posto nel mondo su base pro capite (166,6 per milione di persone nel 2008), dietro a Taiwan, Giappone e Stati Uniti.

(455) ROSEMBERG, op. cit., ma vedi anche il Report 2023 dell'Israel Innovation Authority <https://innovationisrael.org.il/en/report/high-techs-contribution-to-the-economy/>.

(456) Vedi ROSEMBERG, op. cit. Non a caso l'industria tecnologica in Israele dovrebbe essere definita una "industria di startup" (anzi, per questa economia è stata coniata la definizione di *Start-up Nation* dall'omonimo volume di D. SENOR E S. SINGER, Twelve ed., 2011) il cui prodotto principale sono piccole aziende guidate dalla tecnologia. La grande maggioranza delle acquisizioni di startup israeliane avviene da parte di acquirenti stranieri. Se la startup israeliana continua ad esistere come entità separata (filiale o filiale), i suoi dipendenti sono lasciati principalmente a ricoprire ruoli di ricerca e sviluppo e forse alcune

contributo delle startup ad alta tecnologia all'economia in generale. È difficile misurare il contributo delle startup alla produzione economica, perché generano entrate a una frazione del loro potenziale, in virtù del fatto che si concentrano su ricerca e sviluppo.

Per quanto riguarda il contributo relativo dell'industria tecnologica dal punto di vista dell'occupazione e dei salari, il settore rappresenta il 14% dei posti di lavoro nel settore delle imprese nel 2022 (con un incremento salariale del 50% nel periodo 2012-2022 rispetto ad una media del 28% registrata in tutti gli altri impieghi) (457).

Le startup generano un notevole valore aggiunto, ma concentrato entro un ristretto gruppo di azionisti e di dipendenti, e la dipendenza da un piccolo numero di grandi aziende espone il settore dell'alta tecnologia israeliana, e la sua economia in generale, alle mutevoli vulnerabilità delle singole imprese e dei loro mercati (458).

Le analisi dei dipendenti del settore high-tech israeliano hanno ricostruito un campione piuttosto omogeneo: il 66% appartengono al genere maschile (di cui il 63,8% di confessione ebraica non ultra-ortodossa; 1,5% di origine araba; 0,8% di confessione ultra-ortodossa) e il 34% al genere femminile (di cui il 31,2% di confessione ebraica non ultra-ortodossa, il 2,2% di confessione ultra-ortodossa e lo 0,5% di origine araba) (459).

funzioni di marketing di medio livello. Gli israeliani non hanno l'opportunità di sviluppare le competenze nel marketing, nella finanza e nella gestione di una grande organizzazione.

(457) La distribuzione dei dipendenti high-tech tra le diverse tipologie aziendali rivela che, nonostante l'immagine di Israele come "nazione startup", solo l'8% dei dipendenti del settore lavora presso aziende definite startup (ovvero giovani startup). In pratica, la maggior parte (30%) è impiegata presso aziende del settore high-tech che includono principalmente l'industria della difesa. Gli altri datori di lavoro sono aziende in via di consolidamento (21%), aziende IT (20%) e multinazionali (18%). V. i dati pubblicati dall'Israel Innovation Authority al portale <https://innovationisrael.org.il/en/report/high-techs-contribution-to-the-economy/>. Si veda anche F. RADAY, *Trends in Labor Law - Forty Years of Israeli Law*, 24 Isr. L. REV. 674, (1990).

(458)V. ROSEMBERG, op. cit. Questo è particolarmente vero nel settore della tecnologia, dove i mercati cambiano rapidamente e inaspettatamente. Sebbene l'industria delle startup sia per sua stessa natura volatile e incline al rischio, Israele ha sviluppato meccanismi di supporto per la creazione, per il finanziamento e per la vendita delle start-up (incubatori tecnologici, etc.). Le aziende non possono fare affidamento su un flusso costante di ricavi derivante da una base di clienti, da una linea di prodotti o da servizi collaudati sul mercato o sull'avviamento derivante da una lunga storia aziendale o dalla notorietà del marchio.

(459) I dati sono reperibili online al sito <https://innovationisrael.org.il/en/report/high-techs-contribution-to-the-economy/>.

Durante l'ultimo decennio (460), si sono rilevate modeste fluttuazioni nella composizione degli operatori economici impiegati nell'high-tech: il genere femminile (461) – il gruppo sottorappresentato più numeroso del settore dell'alta tecnologia – ha mantenuto una quota relativa pari a un terzo dei dipendenti salariati nel settore dell'alta tecnologia e nei posti di lavoro tecnologici nell'economia generale. Durante tutto questo periodo la percentuale delle donne impiegate nel settore è rimasta pressoché invariata, oscillando tra il 32,8% e il 34,2%. Nel 2022, questo rapporto era del 33,4% per cui gli operatori appartenenti al genere maschile hanno continuato a costituire i due terzi di tutti i dipendenti del settore high-tech.

I progressi nell'integrazione della popolazione di origine araba e dei religiosi ultraortodossi nell'alta tecnologia sono molto lenti: nel 2014 il 2% dei dipendenti del settore high-tech era di origine araba e il 2,2% era di fede ultraortodossa.

Nel 2022, la rappresentanza nel settore della popolazione di origine araba nell'alta tecnologia era aumentata dallo 0,4% al 2,4%. Al contrario, la società ultra-ortodossa è ancora sottorappresentata nel settore dell'alta tecnologia, ma sta crescendo a un ritmo del 3,2%.

La crescita è stata guidata dalle donne ultra-ortodosse che si stanno avvicinando rapidamente all'alta tecnologia, anche se il loro numero è ancora relativamente basso e nel 2022 ammontava a meno di 11.500, dopo essere triplicato dal 2014. In confronto, il numero delle donne non ultra-ortodosse era 149.000 nel 2022. Il numero di uomini ultra-ortodossi in tutti i posti di lavoro nell'alta tecnologia era di 5.000, e il loro tasso di crescita dal 2014 è stato circa un quarto di quello delle donne ultra-ortodosse (462).

(460) Ovvero 2012/2022, i dati sono reperibili al sito: <https://innovationisrael.org.il/en/report/how-many-israelis-really-work-in-high-tech/>

(461) Y. SAMUEL E I. HARPAZ, *Work & organizations in Israel*, New Brunswick, N.J, Transaction Publishers, 2004, in particolare il capitolo *Women and work*, 7, p. 315-372; D. ZISKIND, *Labour laws in the Middle East: tradition in transit*, Los Angeles, Litlaw Foundation, 1990.

Coerente a questo dato è il risultato della ricerca empirica: è stata intervistata solo una dipendente dell'high-tech e nessuna fondatrice o CEO, vedi i risultati dell'indagine al § C. 5.

(462) ID. L'analisi finale riguarda i diversi ruoli ricoperti dal personale high tech dei vari gruppi. Questa analisi rivela disparità nella distribuzione dei posti di lavoro tra donne e uomini e tra le diverse confessioni religiose all'interno del settore high-tech. Come notato, il gruppo omogeneo più numeroso nei lavori high-tech e tecnologici è quello della popolazione ebraica (non ultra-ortodossa). La distribuzione di genere di questo gruppo rivela una chiara presenza degli uomini in occupazioni specializzate nell'alta

Naturalmente, ci sono molti fattori che contribuiscono alla disuguaglianza in Israele, tra cui il numero inferiore di lavoratori e la manodopera più altamente qualificata su cui si basa il settore high-tech (463), ma anche il divario esistente tra la popolazione israeliana e la popolazione arabo-israeliana (464).

L'industria di startup israeliana, così come è attualmente strutturata, comporta quindi dei costi sociali per l'economia: a causa del modo in cui è strutturata, non ha fornito, e non può fornire, la stessa ampiezza di posti di lavoro e di retribuzione che potrebbe se il settore

tecnologia, rispetto al genere femminile che invece costituisce il gruppo con la più ampia rappresentanza tra i lavoratori impiegati in mansioni non centrali dell'attività tecnologica. Tra gli uomini di confessione ebraica (non ultraortodossa), il 51% svolge attività specializzate nel settore dell'alta tecnologia e un altro 20% in altri settori sempre dell'alta tecnologia. Il 29% dei dipendenti di genere maschile occupato in posizioni di lavoro altamente specializzate è occupato in altre aree del lavoro, non high-tech. Al contrario, tra le donne di confessione ebraica (non ultraortodossa) circa il 40% lavora nell'alta tecnologia e il 19% in attività tecniche di altri settori. Il 41% delle donne occupate in settori tecnologici svolge lavori non tecnici.

Al contrario, le donne ultra-ortodosse e di origine araba hanno una rappresentanza estremamente bassa nei lavori non tecnologici. Solo il 4% delle donne appartenenti alla tradizione araba nel settore high-tech sono dipendenti stipendiate in mansioni non tecnologiche. La cifra parallela per le donne di confessione ultraortodossa è pari all'8%.

(463) Vedi G. SAINT-PAUL, *Innovation and inequality: how does technical progress affect workers?*, Princeton University Press, 2008, p. 185, secondo il quale la disuguaglianza nasce quindi come conseguenza dell'introduzione di una nuova tecnologia e i lavoratori non qualificati possono soffrire di un calo assoluto dei salari, perché la nuova tecnologia supera quella vecchia per le risorse produttive.

(464) Si rinvia ex multis al contributo di A. FREI, *Israele e i Suoi Cittadini Arabi*, Rivista Di Studi Politici Internazionali, vol. 68, no. 4 (272), 2001, JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4273975>, p. 577, secondo la quale il divario tra la popolazione israeliana e quella araba appare destinato a restare elevato: oltre il 40% degli studenti arabi tra i 16 e i 17 anni (e del 60% degli studenti appartenente alla popolazione beduina) abbandona gli studi superiori, costituendo così circa il 75% degli studenti israeliani che interrompono gli studi. Il materiale e le infrastrutture messe a disposizione dalle scuole destinate in prevalenza alla popolazione di origine araba risultano generalmente di qualità inferiore rispetto a quelle delle zone a maggioranza ebraica; circa una dozzina delle scuole elementari nelle aree abitate dalla popolazione beduina non è connessa alle reti elettriche. Questa situazione si ripercuote su di versi livelli di preparazione universitaria: gli studenti di origine araba costituiscono il 5,6% degli studenti delle Università israeliane, pur rappresentando il 24% degli allievi delle scuole elementari e medie. Gli studenti universitari di origine araba hanno difficoltà a ricevere contributi e borse di studio, attribuite in linea preferenziale a quanti prestano il servizio militare. Nell'ambito della popolazione beduina solo 2 persone su 1.000 giungono alla laurea, rispetto alla media nazionale di 100 su 1.000. In media, i fondi per interventi di assistenza sociale nei vari settori (educazione, sanità, etc.) riservati a cittadini arabi si attestano intorno al 10% del totale.

In altri casi le disparità di trattamento derivano dall'adozione di criteri in apparenza neutrali: spesso nei bandi di concorso per ottenere borse di studio, incarichi professionali, o partecipare a corsi di formazione, viene richiesto il requisito del l'assolvimento degli obblighi militari; un criterio di carattere generale, che però esclude automaticamente la grande maggioranza dei cittadini arabi, i quali (ad eccezione dei drusi) non effettuano il servizio militare.

generasse più aziende che uniscano ricerca e sviluppo a tutte le altre funzioni di una consolidata.

Finché l'economia della conoscenza di Israele si concentrerà strettamente sulle startup tecnologiche, continuerà ad affrontare problemi di alta disoccupazione, povertà e disparità di reddito (465).

(465) ROSEMBERG, op. cit., ha individuato quattro aree critiche: (1) l'istruzione, primaria e secondaria, che genera scarsi rendimenti tra gli studenti, verosimilmente sostituita dalla funzione educativa formale e informale svolta dall'esercito, ovvero dal fattore sociale della c.d. propensione israeliana all'assunzione di rischi e al lavoro di squadra capace di generare nuove tecnologie e start-up, compensando così le scarse competenze acquisite. L'incapacità del sistema educativo di creare un elevato numero di laureati con solide competenze di base potrebbe essere un fattore che ostacola la capacità di Israele di sviluppare imprese più strutturate e sostenibili sia nell'alta tecnologia che in altre industrie che richiedono un alto grado di formazione; (2) l'istruzione superiore, che svolge due ruoli nel sostenere l'economia della conoscenza: il primo è quello di fornire alle persone competenze avanzate per la forza lavoro e il secondo è quello di condurre ricerca e sviluppo e che sebbene generi un'elevata percentuale (42%) di laureati non risponde all'altrettanto cruciale questione della qualità dell'istruzione. Questo dato, secondo ROSEMBERG, può essere in parte dovuto all'inadeguata spesa pubblica per studente nelle università, inferiore alla media dei paesi OCSE. Questo tipo di disinvestimento nella ricerca accademica poteva essere tollerato dalla prima ondata di costituzione delle aziende israeliane ad alta tecnologia, in quanto incentrate sulle telecomunicazioni e sulla tecnologia dell'informazione, ma non dalla generazione emergente di start-up tecnologiche maggiormente orientate verso la biotecnologia e la tecnologia pulita, dove l'innovazione si configura come un processo più lungo e complicato, e dipende maggiormente dalle università e dalle istituzioni scientifiche; (3) la disuguaglianza sociale: le industrie che una volta fornivano impieghi poco qualificati con una retribuzione relativamente adeguata sono scomparse e i nuovi settori in crescita dell'economia non hanno più bisogno di tale manodopera. Con circa il 21%, il tasso di povertà relativa di Israele (definito come il 50% o meno del reddito medio per l'intera popolazione) era il più alto tra tutti i paesi OCSE nel 2005. Inoltre, la disparità di reddito in Israele era tra le più alte nell'OCSE, dietro a Stati Uniti, Portogallo, Turchia e Messico. Come osservato in precedenza, il tasso di disoccupazione in Israele è rimasto elevato anche negli anni in cui l'economia cresceva rapidamente. Oltre a incidere sul piano dell'uguaglianza sociale, la disoccupazione di lunga durata, la povertà e la disparità di reddito impongono un costo economico che priva la società nel suo complesso del pieno sfruttamento di tutte le sue risorse lavorative. Impedisce ad ampi segmenti della società israeliana di ottenere gli strumenti necessari a ricoprire un ruolo rilevante nell'alta tecnologia e nell'economia della conoscenza in generale, privando la collettività di un ampio bacino di risorse umane. Israele si è classificato solo al venticinquesimo posto a livello mondiale nel 2008-2009 in quella che il World Economic Forum chiama la "predisposizione alla rete" (la capacità del paese di utilizzare i progressi della tecnologia e delle telecomunicazioni), in calo rispetto al ventiduesimo nel 2001-2002; (4) i cittadini Arabo-israeliani e gli ebrei ultra-ortodossi partecipano poco, se non per niente, all'economia della conoscenza di Israele, sia dal punto di vista dell'istruzione che sotto il profilo dello stile di vita e dal lato occupazionale, nonostante entrambi i gruppi stiano diventando una percentuale sempre maggiore della popolazione del paese. Entrambi i gruppi sono stati delusi dal sistema educativo e nessuno dei due gruppi partecipa pienamente ai meccanismi sociali che hanno creato il settore ad alta tecnologia di Israele, che si tratti dell'esercito o delle università. Vedi supra nota (470).

B.

Il Sistema Giuridico Israeliano.

Premessa: Introduzione al Sistema Giuridico Israeliano.

Il vigente sistema giuridico israeliano riflette gli eventi politici e storici che ne hanno preceduto la nascita: ancora oggi coesistono elementi della legislazione Ottomana e Britannica (l'autorità mandataria incaricata dalla Società delle Nazioni del governo della Palestina dal 1918 al 1948) insieme al corpo delle norme positive, ancorché privi di connessione organica con esso (466).

Dal mandato britannico il sistema delle fonti israeliano ha ereditato i principi di common law, cui nel corso degli anni il legislatore ha affiancato una massiva codificazione influenzata da un'ampia varietà di fonti, oltre all'interpretazione giurisprudenziale.

Mentre molte leggi sono ancora in qualche modo basate sull'esperienza britannica e di common law, altre sono state codificate o interpretate dalla giurisprudenza applicando principi tratti da altre fonti, comprese le leggi ebraiche tradizionali (Hallacha), alcune normative statunitensi, il diritto internazionale e gli usi commerciali (467).

Il sistema giuridico israeliano non annovera tra le fonti del diritto una costituzione scritta. Nel corso degli anni il legislatore israeliano ha promulgato diverse Leggi Fondamentali, considerate di rango costituzionale.

Nel contesto qui considerato, le Leggi fondamentali di rilievo sono: la Legge fondamentale sulla libertà di professione e la Legge fondamentale sulla dignità umana e la libertà (468).

(466) Per un approfondimento sul sistema legale Israeliano v. D. M., SASSOON, *The Israel Legal System*, *The American Journal of Comparative Law*, 16(3), 1968, pp. 405–415. <https://doi.org/10.2307/838665> e E. TEVET, V. SHIFFER, I. GALNOOR, *Regulation in Israel, Values, Effectiveness, Methods*, The Palgrave Macmillan imprint, 2021, disponibile al sito <https://doi.org/10.1007/978-3-030-56247-2>.

(467) E. LISS, D. ADIN, *Intellectual Property Law and Practice in Israel*, Oxford University Press, 2012, p. 2.; DRORI, Y. WERZANSKY-ORLAND, *Intellectual Property Law in Israel*, Perelstein Genosar Press, Tel Aviv Israel, 2020.

(468) Basic Law: Human Dignity and Freedom, 5752–1992, SH No. 1391 p. 150 (Isr.).

L'articolo 3 della Legge fondamentale sulla libertà di professione stabilisce che “Ogni cittadino o residente dello Stato è libero di esercitare qualsiasi occupazione o professione (469)”.

La sezione 4 prevede che “la libertà di professione non può essere lesa se non da una legge che rifletta i valori dello Stato di Israele, che sia intesa per uno scopo giusto e in modo proporzionato, o da una legge che autorizzi specificamente tale danno”.

La sezione 3 della Legge fondamentale sulla dignità umana e la libertà prevede che “La proprietà di una persona non deve essere danneggiata”.

La Sezione 8 prevede inoltre che “I diritti ai sensi della presente legge non saranno lesi a meno che da una legge che rifletta i valori dello Stato di Israele lo disponga, che sia intesa per uno scopo giusto e in modo proporzionato, o da una legge che autorizzi specificamente tale danno”.

Come ritenuto dalla Corte Suprema israeliana, una legge che si ponga in contraddizione con le Leggi Fondamentali può essere annullata dalla stessa Corte Suprema (470).

Altrettanto rilevante nel mercato del lavoro del settore high-tech è l’Ordinanza sulla Tassa sul Reddito (471) che disciplina inter alia la tassazione sulla compensazione basata sull’equity.

(469) Basic Law: Freedom of Occupation, 5754–1994, SH No. 1454 p. 90 (Isr.); Israele ha anche promulgato molte leggi e regolamenti per disciplinare particolari questioni occupazionali. Queste leggi includono la Legge sull’Orario di Lavoro e sul Riposo del 1951, Hours of Work and Rest Law, 5711–1951, SH No. 76 p. 204 (Isr.), la Legge sulla Protezione dei Salari del 1958, Wage Protection Law, 5718–1958, SH No. 247 p. 86 (Isr.), l’Avviso al diritto dei dipendenti (condizioni di lavoro) del 2002, Notice to Employee Law (Terms of Employment) 5762–2002, SH No. 1837 p. 210 (Isr.), la Legge sull’indennità di fine rapporto del 1963, Severance Pay Law, 5723–1963, SH No. 404 p. 136 (Isr.), e la Legge sulle ferie annuali del 1951, Annual Leave Law, 5711–1951, SH No. 81 p. 234 (Isr.).

(470) CA 6821/93 Bank Mizrahi Hameuchad Ltd. contro Midgal Kfar Shitufi.

(471) Income Tax Ordinance (n 23) § 102. Le società del settore high-tech israeliano spesso utilizzano pagamenti basati sull’equity (compresi i piani di azionariato dei dipendenti, in inglese employee share ownership plans da cui l’acronimo ESOP) per garantire che i dipendenti abbiano un interesse a lungo termine nel successo dell’azienda. Attraverso l’ESOP i dipendenti ricevono opzioni per acquistare quote della società ad un prezzo di esercizio prefissato. Le opzioni maturano generalmente in quattro anni. Se il prezzo delle azioni supera il prezzo di esercizio, il dipendente eserciterà l’opzione maturata e realizzerà un profitto. Le opzioni non esercitate generalmente scadono entro 90 giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro. L’ordinanza sull’imposta sul reddito prevede un’imposta sulle plusvalenze realizzate mediante fiduciario, un’imposta sul reddito guadagnato con un fiduciario e una per quelle maturate senza l’ausilio di un fiduciario. Il percorso delle plusvalenze consente al dipendente di ricevere opzioni e di venderle successivamente pagando le tasse sulle plusvalenze con un’aliquota fino al 28% (inclusa un’accisa del 3%).

Un altro principio che governa l'intero ordinamento giuridico israeliano è l'obbligo di agire in buona fede, applicato anche ai rapporti commerciali e comprende l'obbligo di negoziare accordi in buona fede (sezione 12 del Contracts Act) e di adempiere agli obblighi contrattuali in buona fede (sezione 39 della legge sui contratti).

Il principio di buona fede è applicato anche nel contesto delle leggi sulla proprietà intellettuale.

I tribunali hanno riconosciuto l'applicabilità della dottrina della condotta iniqua (o “file wrapper estoppel”) in materia di brevetti (472).

La giurisprudenza interviene di sovente a colmare le lacune lasciate dal legislatore, talvolta mutuando orientamenti interpretativi affermati in sistemi giuridici, anche se privi di efficacia normativa nel sistema giuridico israeliano; nel contesto della proprietà intellettuale ne è un esempio l'adozione della dottrina del concorso nella contraffazione sia nel diritto dei brevetti che nel diritto d'autore (473).

Negli altri due casi, il dipendente paga l'imposta sul reddito con l'aliquota ordinaria fino al 50 % (inclusa un'accisa del 3%).

Un datore di lavoro israeliano può detrarre la retribuzione basata sull'equity senza limiti in forza dell'imposta sul reddito incassato. Non può detrarre la retribuzione basata sull'equity ai sensi dell'imposta sulle plusvalenze. Le startup israeliane preferiscono l'imposta sulle plusvalenze, che consente ai dipendenti israeliani di versare tasse inferiori perché spesso non generano profitti sufficienti da cui detrarre la retribuzione basata sulla quota del capitale sociale (quindi non vi è alcun vantaggio a scegliere il percorso del reddito da lavoro) e sono maggiormente competitive nel mercato dei dipendenti altamente qualificati del settore high-tech, così E. KAMAR, A. SHENHAV E S. YANOVSKY, *Start-Up Law in Israel*, in A. ANDHO, P. TELLES, (a cura di), *Start-up Law*, 2020, Edward Elgar Publishing Ltd., disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3543356> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3543356>, pp. 173-174.

(472) C.F. 14/92 Plasson Maagan Michael Industries Ltd. et al contro Freddi Prient et al.

(473) LISS-ADIN, op. cit., p. 3.

Le principali leggi sulla proprietà intellettuale sono: il Patent Act-1967 (brevetti) (474), il Copyright Act 2007 (copyright) (475), il Trademark Office New Version (1972) (476) (marchi), la Patents and Design Ordinance-1926 (in vigore solo per quanto riguarda

(474) Patents Law, 5727–1967, SH No. 510 p. 148 (Isr.). Per ricevere la tutela brevettuale, un'invenzione deve essere nuova, utile e originale (§52). A seguito dell'esame e dell'approvazione da parte del registro dei brevetti della domanda di brevetto, il brevetto può essere registrato presso l'Ufficio Brevetti. I brevetti sono generalmente concessi per 20 anni dalla data di deposito della domanda (§52). Poiché Israele è firmatario della Convenzione di Parigi, il richiedente che deposita la domanda di brevetto in qualsiasi paese parte alla Convenzione ha il diritto di utilizzare la data di primo deposito del brevetto in qualsiasi altro paese membro della Convenzione entro 12 mesi dalla data del primo deposito. La legge sui brevetti consente alle aziende farmaceutiche di svilupparsi e commercializzare una versione generica di un prodotto brevettato dopo la scadenza del brevetto. A bilanciamento di questo diritto, la legge consente al titolare originale del brevetto di ricevere una proroga del brevetto di cinque anni (§64).

(475) Copyright Law, 5768–2007 § 34, SH No. 2119 p. 38 (Isr.) ('Copyright Law'). Il lavoro protetto da copyright in Israele rientra in una delle seguenti categorie: letterario, opere drammatiche, musicali, artistiche, registrazioni sonore e computer, software. Il termine "opera artistica" comprende disegni, dipinti, opere di sculture, incisioni, litografie, mappe, carte, opere architettoniche, opere fotografiche e opere d'arte applicata. La legge prevede per il diritto d'autore una protezione per 70 anni dopo la morte dell'ideatore (§38), ad eccezione per le registrazioni musicali, protette solo per 50 anni dopo la loro creazione (§41 b).

(476) Trademarks Ordinance (New Version), 5732–1972, § 32, DMI No. 26 p. 511 (Isr.). La legge israeliana protegge i marchi registrati e non registrati, noti al pubblico. L'ordinanza sui marchi del 1972 riguarda i marchi registrati e la legge sulla responsabilità civile del 1999 copre i marchi non registrati. I marchi possono includere lettere, numeri, parole, immagini o altri segni utilizzati per descrivere o distinguere i prodotti. Anche i marchi di servizio, marchi collettivi e marchi di certificazione possono essere registrati. La registrazione presso l'Ufficio Marchi tutela il marchio per 10 anni ed è rinnovabile senza limitazioni. Un marchio noto in Israele e di proprietà di un cittadino di uno Stato membro del WTO o del titolare di una stabile organizzazione in Israele, è protetto anche se non è registrato o utilizzato in Israele. La registrazione di un marchio in diverse categorie di prodotti e servizi richiede il deposito di una domanda e pagamento di una tassa in ciascuna categoria (§70). Come firmatario della Convenzione di Parigi, Israele considera la data della domanda preliminare di marchio come la data di priorità nella registrazione, purché il marchio sia stato registrato presso un altro Paese firmatario non più di sei mesi prima della sua registrazione in Israele. Come cittadini di un paese firmatario del Protocollo di Madrid, i cittadini israeliani possono presentare domande internazionali di registrazione di marchi (§54 a).

design) (477), il Commercial Wrongs Act-1999 (478) (illeciti e segreti commerciali) e l'Unjust Enrichment Act che ha assunto, secondo la giurisprudenza, un ruolo complementare al diritto della proprietà intellettuale.

In particolare la legge sui brevetti prevede che un'invenzione concepita da un lavoratore durante e in conseguenza del suo rapporto di lavoro appartenga al datore di lavoro (si tratta di una "invenzione di servizio"), a meno che il datore di lavoro e il dipendente non abbiano stipulato un accordo che specificatamente afferma il contrario e la legge sul copyright pone una presunzione simile rispetto al materiale protetto da copyright.

I contratti di lavoro di solito specificano la portata dei diritti della proprietà intellettuale che il lavoratore cede al datore di lavoro (479).

(477) La Designs Law del 2017 definisce la nozione di design come l'aspetto di un prodotto o di una parte di un prodotto, compresi il contorno, il colore, la forma, la decorazione, la struttura o il materiale. Un prodotto può includere un insieme di oggetti, imballaggi, un simbolo grafico o una visualizzazione su schermo, ma esclude i caratteri tipografici e software per computer (§4). Un disegno o modello non registrato può beneficiare di protezione se è nuovo e unico e il prodotto è stato offerto in vendita o distribuito commercialmente in Israele da o per conto del titolare del disegno o modello, anche su Internet (§4). I disegni registrati sono protetti per 25 anni dalla data della domanda (§39). I disegni e i modelli non registrati sono protetti per tre anni a partire dal giorno in cui il titolare o una persona che agisce per suo conto pubblica per primo il disegno o modello, oppure il prodotto che lo reca, in Israele o all'estero (§65). Questa protezione raramente colpisce le start-up perché la loro attività solitamente non si basa sul design.

(478) Commercial Torts Law (n. 138). La legge sugli illeciti commerciali definisce i segreti commerciali come "informazioni commerciali di ogni genere, che non siano di pubblico dominio o che non possano essere facilmente e lecitamente scoperti dal pubblico, la cui segretezza garantisce al proprietario un vantaggio rispetto ai concorrenti, a condizione che il suo proprietario adotti misure ragionevoli per tutelarne la segretezza".

La nozione di segreto commerciale tratteggiata dalla norma include: elenchi di clienti, banche dati, formule, metodi, processi, know-how, piani aziendali o idee, informazioni tecniche e codici sorgente. La legge definisce in modo ampio l'appropriazione indebita dei segreti commerciali. La definizione copre l'appropriazione indebita del segreto commerciale (non necessariamente dal suo proprietario) e cioè senza il consenso del proprietario; l'uso di un segreto commerciale senza il consenso del proprietario in violazione di un obbligo contrattuale o fiduciario; la ricezione o l'utilizzo di un segreto commerciale quando è chiaro o evidente che il trasferimento del segreto è avvenuto in un modo vietato dalle due restrizioni precedenti.

(479) La giurisprudenza prevede che, in caso di controversia, spetta al datore di lavoro l'onere di dimostrare che l'invenzione rientra nel rapporto di impiego. I tribunali considerano il seguente elenco (non esaustivo) di fattori per stabilire l'esistenza di un collegamento causale tra l'impiego e l'invenzione: (i) l'invenzione è il risultato di un compito assegnato al dipendente o al consulente; (ii) lo sviluppo dell'invenzione da parte del dipendente o del consulente ha formato parte del suo lavoro; (iii) l'invenzione si riferisce all'attività del datore di lavoro o la sua attività di ricerca e sviluppo effettiva o prevista dall'impiego; (iv) il dipendente ha sviluppato l'invenzione almeno in parte durante il suo orario di lavoro o utilizzando le attrezzature, le strutture o le informazioni riservate del datore di lavoro; (v) il datore di lavoro

Ai diritti della proprietà intellettuale è attribuita, in via giurisprudenziale, la copertura di rango costituzionale prevista dalla sezione 3 della Legge fondamentale sulla dignità umana e sulla libertà (480).

Israele è parte dei principali trattati internazionali sulla proprietà intellettuale (481). La maggior parte della legislazione di settore è di matrice anglosassone (482), anche se di recente hanno acquisito sempre più importanza le codificazioni, i trattati internazionali e la giurisprudenza che, come detto, adotta standard interpretativi e principi giuridici provenienti in larga parte dall'esperienza statunitense (483).

1.

La Tutela dei Trade Secrets, la Libertà di Occupazione e di Concorrenza nei Patti di Non Concorrenza.

Si è affermato in dottrina che lo sviluppo del software è particolarmente esposto all'abuso da parte dei dipendenti che, per la natura del prodotto, debbono essere altamente qualificati e impegnati in attività così specifiche di cui, spesso, solo loro avranno conoscenza (484).

ha dato istruzioni al dipendente o al consulente relativi allo sviluppo dell'invenzione; (vi) il datore di lavoro ha supervisionato o controllato il processo durante il quale il dipendente ha concepito l'invenzione; (vii) il dipendente o il consulente ricevuto dal datore di lavoro una retribuzione speciale per lo sviluppo dell'invenzione. Così in giurisprudenza Yoel Tzur, *Legal Aspects of Service Invention*, [1982] 34 HaPraklit 185 (in ebraico)(Isr.); *Opening Motion 729/80 (TA) Dolev v Amgar*, PM 43(1), 99 (1982) (in ebraico)(Isr.); *Opening Motion (TA) 994/83 Rosentzvaig v Israel Aerospace Industries Ltd.* (22 January 1998), Nevo Legal Database (in ebraico) (Isr.); *Administrative Appeal 37979-06-18 (TA) Israel Aerospace Industries Ltd. v Fried* (2 January 2019), Nevo Legal Database (in ebraico) (Isr.).

(480) Si veda MLA 6141/02 Akum c. Galev Zahal Broadcast Station et al.

(481) Israele è tra i Paesi firmatari della Convenzione di Berna per la protezione della letteratura e le opere artistiche, dei TRIPS e dell'OMPI.

(482) Per esempio, Israele ha adottato la tutela flessibile del fair use contro le violazioni del copyright relative all'uso privato, la ricerca, la critica, la recensione, il resoconto giornalistico, la citazione o l'uso da parte di un istituto di formazione. Inoltre, fatte salve alcune restrizioni, la legge consente la copia del software per computer a scopo di backup, manutenzione o creazione di opera derivata; vedi *Copyright Law* (n 130) §§ 19, 24.

(483) LISS-ADIN, op. cit., p. 3. Vedi anche Y. DRORI, Y. WERZANSKY-ORLAND, *Intellectual Property Law in Israel*, Tel Aviv, Perelstein Genosar Press, 2020.

(484) R. DEAN, *The Law of Trade Secrets and Personal Secrets*, 2nd ed., Lawbook Co., 2002, p. 452.

L'elevata mobilità che caratterizza il mercato del lavoro dei programmatori di software può quindi esporre i titolari della privativa all'uso non autorizzato delle informazioni segrete da parte dei dipendenti, ma al tempo stesso consente loro di beneficiare della circolazione delle informazioni concorrenti acquisite dai dipendenti.

Il diritto di utilizzare le informazioni da parte del dipendente, successivamente alla cessazione del rapporto di impiego, dipende in primo luogo dal fatto che l'informazione sia classificata come segreto commerciale e, in secondo luogo, dal fatto che si tratti di un segreto commerciale individuabile come tale da un dipendente medio. Inoltre il segreto non deve essere diventato una parte inscindibile delle capacità e conoscenze del lavoratore (485).

La protezione delle informazioni all'interno del rapporto datore di lavoro-dipendente è connessa alla tutela del segreto commerciale, alla libertà di occupazione e di concorrenza. La disciplina sui segreti commerciali in Israele è contenuta nel Commercial Wrongs Act-1999 (486). La sezione 5 della legge definisce i segreti commerciali come le informazioni commerciali, di qualsiasi tipo, che non siano di pubblico dominio e che non possano essere facilmente rivelate da altri con mezzi legali, la cui segretezza fornisce al proprietario un vantaggio commerciale rispetto ai suoi concorrenti, a condizione che il proprietario adotti misure ragionevoli atte a preservarne la segretezza.

I segreti commerciali comprendono un'ampia varietà di informazioni: dalle informazioni tecniche proprietarie (come le specifiche del prodotto) alle informazioni sensibili relative al marketing (come gli elenchi dei clienti e i prezzi di vendita relativi a ciascun cliente) (487).

(485) *Printers & Finishers Ltd v Halloway (No 2)* [1965] RPC 239; *Faccenda Chicken v. Fowler* [1987] 2 Ch 117.

(486) Il testo di legge, adottato e pubblicato in lingua ebraica, è disponibile nella sua traduzione ufficiale in inglese al sito: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://wipo.lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/il/il012en.pdf>

(487) Secondo ERAN-ADIN., op. cit., p. 491, quando un prodotto è commercializzato al pubblico, qualsiasi informazione sulle caratteristiche del prodotto accessibile mediante l'utilizzo del prodotto potrebbe non godere della protezione del segreto commerciale. Quando determinate informazioni (ad esempio: informazioni relative al processo di fabbricazione del prodotto, "back office" riservato di software che non sono liberamente accessibili al pubblico, ecc.), non emergono dall'uso o dall'ispezione del prodotto, queste informazioni potrebbero comunque godere di protezione se mantenute riservate, si veda, ad esempio, CF (Haifa) 681/00 Superplast/Starplait, pag. 94. Quando è dimostrato che sono necessari sforzi molto ampi

Il requisito della non facile rivelazione del segreto rileva particolarmente in relazione agli elenchi dei clienti (488) e agli elenchi dei consumatori o dei fornitori di imprese.

Il tema della protezione dell'elenco dei clienti viene particolarmente in rilievo nel momento della risoluzione del rapporto di impiego e del contestuale reclutamento del dipendente, in possesso di quella informazione, da parte del concorrente.

È in discussione cioè la possibilità che il precedente datore di lavoro possa limitare tale libertà di movimento.

Sul tema l'articolo 7(a)(1) del Commercial Wrongs Act introduce una rilevante eccezione in base alla quale la responsabilità per la violazione del segreto commerciale è esclusa se la conoscenza contenuta nel segreto commerciale è stata ottenuta durante il rapporto di impiego presso il proprietario del segreto commerciale e questa conoscenza è diventata parte delle competenze professionali generali di tale individuo (489).

da parte del personale specializzato di settore per ottenere determinate informazioni tecniche, tali informazioni potrebbero essere considerate segreti commerciali tutelabili, in quanto non “facilmente accessibili”, vedi C.A. 2600/90 *Elite Israeli Company for the Manufacture of Chocolate and Candies Ltd. et al v. Jacob Saranga et al.*, alle pp. 806-807. Si veda anche L. KESTENBAUM, *Israel's Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures, in a Small Developing Country*, 8 *Isr. L. REV.* 411 (1973).

(488) Come sostenuto dalla Corte Suprema israeliana nella questione *Tnuva (CA 9046/96 Frida Ben Baruch et al. v. Tnuva et al.)* l'elenco di clienti può sicuramente rientrare nella definizione di segreto commerciale. Per raggiungere la soglia richiesta dalla norma, l'attore deve dimostrare che sono necessari sforzi significativi per la creazione dell'elenco e che esiste un valore ulteriore nell'accesso a tale elenco. In quel caso, il tribunale ha ritenuto che un elenco di negozi presenti in una determinata area nella filiera della distribuzione del latte possa essere compilato abbastanza facilmente e non dovrebbe essere quindi considerato un segreto commerciale.

Seguendo questo orientamento, in alcuni casi le corti israeliane hanno privato gli elenchi dei clienti della protezione del segreto commerciale (ad esempio: Motion 15883/00 “*Harel Brokerage*” et al. v. Igor Terlin, sostenendo che un elenco di beni immobili in vendita, composto principalmente da annunci sui giornali, non godrà di protezione del segreto commerciale), mentre in presenza delle appropriate circostanze hanno riconosciuto tale protezione (ad esempio, Motion 15156/03 *Grad Software and Projects Ltd. v. Uriel Vice et al.* (in cui si sostiene che l'elenco delle scuole che abbiano ordinato un determinato software e l'assistenza all'uso è un segreto commerciale), OM 504/03 *Larit Medidot Ltd. et al. V. Freidan Arie* (in cui si sostiene che un elenco di clienti e fornitori è generalmente considerato un segreto commerciale).

(489) V. *Commercial Torts Law, 5759-1999* “Exceptions to liability 7 (a) A person shall not be liable for misappropriation of a trade secret if one of the following applies: (1) The knowledge latent in the trade secret came into his possession in the course of his employment with the owner of the trade secret and such knowledge became part of his general professional skills”, disponibile nella traduzione in lingua inglese al sito <chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcgclclefindmkaj/https://wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/il/il012en.pdf>.

Questa eccezione è di fondamentale importanza per consentire ai dipendenti, soprattutto nei settori dell'alta tecnologia, di lavorare per un concorrente del precedente datore di lavoro (490) e include il diritto di utilizzare le competenze acquisite nel corso della propria carriera lavorativa, anche presso il concorrente diretto del precedente datore di lavoro.

Dall'altra parte, al dipendente potrebbe essere impedito l'utilizzo di specifici ambiti della conoscenza acquisita che rappresentino un rilevante segreto commerciale dell'ex datore di lavoro e che non siano divenuti parte delle capacità professionali dell'ex dipendente. Quando quell'ingegnere sarà coinvolto nello sviluppo di una tecnologia innovativa nel settore di riferimento (che soddisfa la definizione di segreto commerciale), non potrà beneficiare dell'eccezione ove tenti di replicare quella stessa tecnologia, coperta da segreto, in favore del concorrente.

L'esempio solleva la questione relativa agli strumenti concessi al datore di lavoro per limitare la libertà del dipendente di prestare il proprio impiego per un concorrente o di avviare un'azienda concorrente.

Il tema è stato oggetto di numerose decisioni in Israele ed è stato risolto diversamente dalle corti in funzione del bilanciamento tracciato tra i diritti fondamentali in conflitto: da un lato, la libertà di occupazione e la libertà di concorrenza da parte del lavoratore, dall'altro l'interesse del datore di lavoro al rispetto delle clausole contrattuali (quando il contratto di lavoro limita la libertà di movimento del dipendente), alla tutela dei propri diritti proprietari e dei segreti commerciali.

La libertà di occupazione in Israele si riferisce al diritto di esercitare qualsiasi occupazione, professione o commercio (491).

(490) ERAN-ADIN, op. cit., p. 492.

(491) E la sua protezione è ritenuta in dottrina il banco di prova per la protezione dei diritti fondamentali nei rapporti di lavoro, in particolare secondo G. MUNDLAK, *The architecture of human rights at work in Israeli law*, in J. R. BELLACE, B. TER HAAR (a cura di), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 155. In giurisprudenza v. National Labour Court 1683/93 Yavin Plast Inc. v. Techno Gumi.

Nonostante la natura sociale del diritto stesso, la giurisprudenza israeliana sembra averlo tradotto nel diritto a tutelare il libero scambio all'interno del mercato e nel diritto di assumere piuttosto che al diritto al lavoro (492).

Sino alla metà degli anni '90 il bilanciamento adottato dalla Corte Suprema e dai tribunali specializzati nel diritto del lavoro tra la libertà di occupazione dei dipendenti, il diritto di proprietà e la libertà contrattuale dei datori di lavoro, ha portato a confermare la validità delle clausole di non concorrenza fintanto che potevano dirsi ragionevoli con riferimento alla durata della restrizione, all'ambito territoriale e occupazionale e per una durata non superiore ai diciotto mesi.

Le corti specializzate attribuivano un peso preponderante agli interessi patrimoniali dei datori di lavoro e concedevano di sovente ai datori di lavoro le richieste ingiunzioni contro i lavoratori che avevano agito in violazione degli accordi negoziali.

1.1.

Il Caso Yavin Plast.

Emblematico di questo primo orientamento giurisprudenziale è il caso Yavin Plast (493) in cui si discuteva dell'assunzione di uno dei dipendenti dell'azienda Techno Gumi da parte della concorrente Yavin Plast, proprio allo scopo di appropriarsi dei segreti commerciali dell'ex datore di lavoro noti all'impiegato e in assenza di alcuna clausola espressa di limitazione della concorrenza o di riservatezza nel contratto di impiego tra Techno Gumi e il dipendente, Toama.

Come detto, in Israele i patti di non concorrenza del dipendente non sono disciplinati dalla vigente normativa.

L'esistenza di tali impegni è subordinata all'espressa previsione contrattuale e la loro validità è esaminata dalle corti alla luce del contratto e della normativa generale (494).

Nel caso Yavin Plast, l'ex impiegato Toama, nel corso del rapporto di impiego con la concorrente Yavin Plast del precedente datore di lavoro, Techno Gumi, aveva contattato

(492) V. MUNDLAK, op. cit., p. 155.

(493) V. High Court of Justice, Yavin Plast v. Toama-Techno Gumi 47(iv) P.D. 702 (ebraico).

(494) W. S. LAZAR, G. R. SINISCALCO, *Restrictive Covenants and Trade Secrets in Employment Law: an International Survey*, BNA Books, Arlington VA, II.A., 2010, pp. 7-3, 7-4.

i fornitori dell'ex datore di lavoro allo scopo di negoziare migliori condizioni contrattuali. Allo stesso modo l'ex dipendente aveva contattato i clienti della Techno Gumi offrendo in vendita i prodotti della Yavin Plast ad un prezzo inferiore rispetto al precedente datore di lavoro.

Il tribunale regionale del lavoro israeliano in primo grado aveva deciso il caso affermando che Toama aveva violato il dovere di fedeltà derivante dal rapporto contrattuale con il precedente datore di lavoro e dal dovere generale di adempiere il contratto in buona fede. Il tribunale aveva ritenuto l'elenco dei clienti e dei fornitori tutelabile alla stregua di un segreto commerciale e aveva così inibito al dipendente sia la rivelazione dei segreti commerciali sia la possibilità di impiego per Yavin Plast e presso qualsiasi altro concorrente dell'ex datore di lavoro per tre anni.

Per quanto riguarda Yavin Plast il tribunale vietò l'utilizzo dei segreti commerciali che Toama aveva nel frattempo rivelato. La decisione è stata confermata anche dal tribunale nazionale del lavoro israeliano con minime modifiche.

Yavin Plast aveva poi presentato un ricorso alla High Court of Justice (495) sostenendo che le ingiunzioni emesse dal tribunale erano eccessivamente ampie, avevano attribuito un ingiusto vantaggio a Techno Gumi ed erano altresì contrarie all'interesse pubblico, stante l'assenza di alcuna previsione contrattuale di non concorrenza o di riservatezza.

Il Chief Justice Barak, nel redigere l'opinione della Corte, sostenne che l'obbligo posto a carico del dipendente di tutela e mancato utilizzo dei segreti commerciali del datore di

(495) La Corte Suprema esamina anche i ricorsi contro decisioni adottate dai tribunali distrettuali su questioni costituzionali e su alcune questioni amministrative, che decide come Alta Corte di Giustizia.

La magistratura israeliana è composta dalla Corte Suprema, sei tribunali distrettuali, e 28 tribunali di magistratura (Basic Law: The Judiciary, § 1(a), SH No. 1110 p. 78 (Isr.) ('Basic Law: The Judiciary'). Comprende anche diversi tribunali specializzati come i tribunali del lavoro (Labour Court Law, 5769–1969, § 1, SH No. 553 p. 70 (Isr.)), tribunali militari (Military Justice Law, 5715–1955, § 183, SH No. 189 p. 171 (Isr.)) tribunali familiari (Family Court Law, 5755–1995, SH No. 1537 p. 393 (Isr.)), tribunali rabbinici (Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law, 5713–1953, § 1, SH No. 134 p. 165 (Isr.)), un tribunale della concorrenza (Economic Competition Law, 5748–1988, § 32, SH No. 2781 p. 246 (Isr.)) e un tribunale contrattuale standard (Standard Contracts Law, 5742–1982, § 6, SH No. 1068 p. 8 (Isr.)).

Questo sistema giudiziario a tre livelli è privo di giurie. Le Magistrate Courts esaminano le cause civili di valore fino a 2,5 milioni di shekel (circa 625.000 euro) (Courts Law (Consolidated Version), 5744–1984, § 51(a)(2), SH No. 1123 p. 198 (Isr.) ('Courts Law')) e le cause penali aventi ad oggetto reati punibili fino a sette anni di reclusione. I tribunali distrettuali hanno competenza per tutti gli altri e civili e penali, nonché ricorsi avanti alle Preture (Magistrate Courts).

lavoro senza l'autorizzazione del proprietario del segreto origina dal rapporto di fiducia, che intercorre tra il datore di lavoro e il dipendente, ed ha fonte contrattuale così come l'obbligo di eseguire il contratto con diligenza e buona fede.

Questi obblighi, secondo la corte, non debbono essere esplicitamente pattuiti, ma sono implicitamente contenuti nel contratto.

Prima di questa decisione se un contratto di lavoro mancava di un esplicito patto di non concorrenza, la giurisprudenza israeliana ne rifiutava l'applicazione.

Anche se il caso di Yavin Plast è stato deciso dopo l'adozione della Legge fondamentale: Libertà di occupazione, la Corte ha limitato la libertà di occupazione utilizzando i principi generali della buona fede contrattuale e dei doveri di fiducia dei dipendenti.

L'inserimento delle clausole limitative della concorrenza nei contratti di lavoro si era nel frattempo diffuso e non era più limitato a quei lavoratori che potenzialmente avevano accesso ai segreti commerciali aziendali (496), al punto che per i lavoratori che percepivano un salario minimo era frequentemente prevista una clausola di non concorrenza nel relativo contratto di impiego.

1.2.

Il Caso Check Point.

Il revirement interpretativo è avvenuto nel 1999 quando la National Labour Court, sulla base della disciplina generale della protezione dei diritti fondamentali, ha ribaltato l'equilibrio tracciato nel precedente giudizio di bilanciamento dei diritti in conflitto (497).

Il cambiamento è stato duplice, in parte esplicito e in parte più latente.

In primo luogo, la Corte ha ritenuto che la ragionevolezza del patto deve essere valutata solo se il datore di lavoro dimostra l'esistenza di un legittimo interesse che giustifichi la restrizione della concorrenza.

Gli interessi legittimi considerati dalla giurisprudenza includono: la protezione dei segreti commerciali, il riconoscimento di uno speciale corrispettivo in cambio della restrizione,

(496) V. MUNDLAK, op. cit., p. 155.

(497) National Labour Court 164/99 Dan Frumer – Redgard Inc., (ebraico).

l'investimento del datore di lavoro in una specifica formazione del dipendente o la malafede da parte del dipendente.

Il secondo cambiamento nell'approccio della Corte a questi casi è stato più latente.

La Corte ha innalzato il livello dell'onere della prova necessario a giustificare la tutela degli interessi datoriali.

In sostanza, mentre le ingiunzioni richieste dai datori di lavoro prima del 1999 erano normalmente concesse dai tribunali, dopo tale data ciò è accaduto di rado (498).

La giurisprudenza ha sottolineato la necessità di garantire il trasferimento delle conoscenze inter-aziendale e di promuovere un modello imprenditoriale che contribuisse alla crescita economica.

La Corte, in particolare, ha ricostruito la dottrina esistente sullo sviluppo della regione della Silicon Valley e sul rapporto tra la crescita di quel distretto e le norme che si pongono in contrasto con la validità dei patti di non concorrenza (499).

Pur riconoscendo le difficoltà che i lavoratori incontrano quando vengono privati del loro potere di mercato, la motivazione era fortemente orientata in favore dei principi del libero mercato e della libera circolazione delle idee.

I lavoratori erano implicitamente considerati meri veicoli di conoscenza, piuttosto che titolari di un autonomo interesse soggettivo (500).

La convergenza delle logiche di mercato con la preoccupazione per la tutela dei diritti fondamentali può spiegare la propensione della magistratura verso la tutela della libertà di occupazione.

Il caso Check Point, in particolare, riguardava tre questioni giuridiche: (i) il diritto del signor Fromer a prestare la propria occupazione presso l'azienda Check Point e il diritto di quest'ultima di assumerlo; (ii) il diritto del precedente datore di lavoro Redguard di

(498) V. MUNDLAK, op. cit., pp. 155-156, secondo il quale una tendenza simile era osservabile anche nelle restrizioni accessorie alla libertà di esercitare la propria occupazione, come le restrizioni imposte dai datori di lavoro ai dipendenti che accettavano di svolgere un ulteriore impiego. Ad esempio, quando il datore di lavoro non confermava una posizione lavorativa a tempo pieno, il tribunale sottolineava l'interesse del dipendente a completare il programma di lavoro nella propria occupazione.

(499) V. i casi AES e Check Point. Per una panoramica comparativa: MATHEW W. FINKIN, RÜDIGER KRAUSE E HISASHI TAKEUCHI OKUNO, *Employee Autonomy, Privacy, and Dignity under Technological Oversight* in MATHEW W. FINKIN E GUY MUNDLAK (a cura di), *Comparative Labour Law*, Edward Elgar, 2015.

(500) IBIDEM.

opporsi a tale assunzione in forza del patto di non concorrenza contrattualmente previsto per un periodo di ventidue mesi successivi allo scioglimento del contratto a motivo della violazione del segreto commerciale e (iii) la prova della conoscenza di segreti commerciali che il dipendente aveva ipoteticamente rivelato nel corso del nuovo impiego. Il giudizio di bilanciamento della corte si è soffermato sulla potenziale violazione segreto commerciale e sulla sua correlazione con le qualifiche professionali acquisite dal dipendente.

Si trattava di stabilire se e in quale misura le conoscenze acquisite dal dipendente nel corso del rapporto di impiego fossero annoverabili nella sfera del suo patrimonio professionale disponibile ovvero se rappresentassero in sé un segreto commerciale idoneo a precluderne il reclutamento da parte del concorrente.

Nell'esame della corte anche un altro tema è stato assunto come premessa generale: l'interesse pubblico alla libera concorrenza, alla mobilità del lavoro e al rapido e libero fluire delle informazioni nel settore emergente dell'alta tecnologia, alla luce del rilievo di questi temi nel progresso dell'economia israeliana.

Entrambe le aziende in causa operavano nel campo della tecnologia VPN (Virtual Private Network), che consente la crittografia delle comunicazioni nella rete tra un elevato numero di utenti ed è aperta al pubblico; settore in cui sono stati sviluppati sia software che hardware.

Check Point sviluppava sostanzialmente un software (Firewall), associato ad una componente hardware sviluppata da altre aziende. Il firewall prodotto da Check Point funzionava come un software integrato capace di filtrare i trasmettitori indesiderati dall'utente.

Il firewall in sé era già stato descritto dalla letteratura di settore come nozione generalmente nota, e quale strumento informatico impiegato per garantire la sicurezza contro i trasmettitori non autorizzati.

Redguard invece si occupava dello sviluppo della componente hardware, anch'essa operava nel settore VPN, e anche in questo caso il software integrato nel supporto veniva sviluppato da altre aziende.

Fromer era un ingegnere specializzato nello sviluppo di software e, come parte del servizio militare, aveva svolto il ruolo di programmatore di sistemi nel dipartimento dell'aeronautica israeliana.

Per Redguard, Fromer aveva svolto l'incarico di responsabile dello sviluppo dell'azienda, e nello svolgimento di quella mansione aveva certamente appreso un'ampia varietà di informazioni aziendali, ma non era stato coinvolto nella commercializzazione del prodotto.

Fromer aveva deciso di rassegnare le proprie dimissioni a seguito della decisione dell'amministratore della società di demansionarlo.

La clausola di non concorrenza contenuta nel contratto di impiego limitava l'occupazione di Fromer presso qualsiasi concorrente, diretto o indiretto, nel settore della sicurezza delle comunicazioni per un periodo di 22 mesi (501) dopo la cessazione del rapporto di lavoro con Reguard.

La corte ha anzitutto ritenuto le due aziende concorrenti nel campo della fornitura al cliente di una soluzione completa nel settore della sicurezza informatica basata su VPN, ancorché l'una sviluppasse un software e l'altra un hardware, in ragione dell'ampia formulazione della clausola che includeva anche i concorrenti indiretti.

Nel tracciare il bilanciamento tra gli interessi in gioco la corte ha spesso richiamato l'opinione espressa dal Presidente Barak nel caso Yavin Plast.

Il test di ragionevolezza applicato dalla corte israeliana ha preso in considerazione tre fattori: la ragionevolezza della durata del patto; la necessità di preservare i segreti commerciali appartenenti al precedente datore di lavoro; lo spazio di applicazione e lo spazio geografico considerato dalla limitazione della concorrenza (502).

(501) Ridotta a 18 mesi dal tribunale in primo grado.

(502) Cfr. "Nel considerare la durata della restrizione, si deve tenere conto di una serie di fattori: la libertà individuale all'esercizio di una professione, l'obbligo imposto di mantenere i segreti commerciali dell'ex datore di lavoro, la natura del segreto aziendale e quando è probabile che l'informazione segreta cesserà di essere tale, il comportamento delle parti, e la buona fede nel comportamento del dipendente e del [nuovo datore di lavoro] e l'interesse pubblico all'esistenza della libera concorrenza, che determina prezzi più bassi del prodotto e un migliore servizio per il consumatore" (DBA NG/ 3-17 Tony Tuama - Techno Rubber Lissitzky Baiyim et al. Fadieh Kiyya 227, 242). Si vedano sul tema i precedenti giurisprudenziali nei casi Davie Ng/ 3-117 Rafi Ben Brod - controllo di dispositivi di comando pneumatico per automazione; DBA Ned/ 3-95 Sofia Nitov DBA Ned/ 3-110 Mati Koskas et al., Payday 20 451; Davie No. 3-216, 3-248, 18-4 Modkun problem - Bash et al.; Davie Naz/ 3-164 Yitzhak Ofari et al.- Electronics Line (AL) Ltd.

La corte ha ricostruito il test di ragionevolezza prendendo in considerazione la sua applicazione presso altre giurisdizioni di common law quali Stati Uniti, Canada e Regno Unito.

L'opinione prevalente nella maggior parte delle giurisdizioni common law, secondo il resoconto della Corte, è che i patti di non concorrenza sono applicabili solo se ragionevoli e la ragionevolezza si basa su una valutazione sia in termini di durata, ambito di impiego e area geografica, sia in termini di quanto strettamente necessario a proteggere gli interessi legittimi del datore di lavoro; viene valutato poi se il patto impone un'indebita limitazione alla capacità dell'ex dipendente di provvedere al proprio sostentamento o di esercitare una professione; e la misura in cui l'interesse pubblico alla libera concorrenza è compromesso dal patto.

In alcune giurisdizioni, la dichiarazione giudiziale di irragionevolezza rende il patto totalmente inapplicabile ritenendo che la correzione giudiziale della portata applicativa del patto incoraggerebbe i datori di lavoro a redigere patti più ampi, confidando nell'interpretazione della soglia di ragionevolezza.

Altri sistemi giuridici consentono al giudice di riformulare (i.e. blue pencil) il patto, restringendone la durata, l'ambito geografico e la natura dell'occupazione concorrente vietata dal patto, nel tentativo di raggiungere un equo equilibrio degli interessi concorrenti (503).

La corte israeliana afferma anzitutto che ogni limitazione alla libertà di occupazione di un lavoratore è di per sé contraria all'interesse pubblico e alle politiche economiche di stampo concorrenziale e liberale (504).

(503) M. FINKIN, A. GOLDMAN, C. SUMMERS, *Legal Protection for the individual employee*, West Publishing, 1989, pp. 186-187.

(504) Su cui vedi in particolare A. KRAMPF, *The Israeli Path to Neoliberalism: The State Continuity and Change*, Routledge, 2018, pp. 229-233, secondo cui lo stato di Israele si è trasformato profondamente e rapidamente da un auto-dichiarato regime socialdemocratico in una "nazione start-up" privatizzata all'interno di una società altamente divisa. Questa transizione al neoliberalismo è stata accompagnata dall'adozione di una politica estera aggressiva e isolazionista. Viene da chiedersi quindi come si spiega un cambiamento così profondo e come uno Stato presumibilmente fondato sulla base di idee socialiste si sia trasformato, nel giro di pochi decenni, in un Paese caratterizzato da un livello di disuguaglianza paragonabile a quello degli Stati Uniti. KRAMPF svolge un'analisi dell'evoluzione dell'economia israeliana dagli anni '30 agli anni '90, per spiegare il percorso israeliano verso il neoliberalismo. Decostruisce la narrativa del "dal socialismo alla liberalizzazione", sostenendo che l'evoluzione del capitalismo israeliano

Quindi, in assenza di circostanze ulteriori e soprattutto in assenza di segreti commerciali meritevoli di tutela, la libertà di occupazione è ritenuta prevalente rispetto alla libertà contrattuale delle parti, per le seguenti ragioni:

(i) la Basic Law: Freedom of Occupation, che riconosce al lavoratore il diritto di svolgere qualsiasi mansione, occupazione, in qualsiasi settore; la libertà di occupazione in Israele è un principio di rango costituzionale (505). Inoltre le competenze professionali acquisite dal lavoratore nel corso della sua esperienza lavorativa sono di sua proprietà e sono tutelate dalla Basic Law: Human Dignity and Liberty (506).

(ii) L'intrinseca asimmetria del potere negoziale che governa il rapporto contrattuale tra lavoratore e datore di lavoro dovrebbe indurre le corti a non riconoscere alcuna validità a condizioni negoziali così inique che nessun lavoratore avrebbe accettato. Il dipendente normalmente accetta una clausola restrittiva della concorrenza per mancanza di alternative negoziali, stante l'unilaterale formazione del contratto dal lato datoriale. Considerato che la conoscenza e l'esperienza che un dipendente acquisisce durante l'esperienza lavorativa (compresi l'utilizzo del software, dei metodi di lavoro, delle formule etc.) diventano parte delle sue capacità personali, nessun dipendente rinuncerebbe al diritto di utilizzare queste conoscenze nel corso della propria esperienza professionale.

(iii) Il luogo di lavoro in cui ogni impiegato trascorre almeno un terzo della giornata non rappresenta solo una fonte reddituale, ma anche un luogo di realizzazione e soddisfazione personale. Ogni limitazione alla mobilità professionale lede il diritto all'autorealizzazione. Come regola generale la mobilità lavorativa promuove migliori

non può essere descritta o spiegata come un semplice trapianto di modelli economici importati dalle democrazie liberali. Piuttosto, la variante israeliana del capitalismo sembrerebbe il prodotto dell'incontro tra modelli istituzionali importati, da un lato, e i problemi di politica economica, sociale e di sicurezza interna, dall'altro. Questo meccanismo consentirebbe di comprendere i fattori che hanno dato origine alla combinazione del liberismo di mercato insieme ai forti sentimenti nazionalistici presenti all'interno dello stato israeliano.

(505) Vedi: Y. ELIAS, *Basic Law: Freedom of Occupation*, Law and Government 2 1994-1995) 173 173; M. GOLDBERG, *Freedom of Occupation and its Restrictions*, Sadan Publishing, 1999, 21 M / 3-309 Career Ltd. - Shelli Bowie, Davya Ned/ 3-197 Career Problem - Shelli Banai

(506) Una traduzione ufficiale in lingua inglese è reperibile sul sito della Knesset.gov.il, all'estensione:

Chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://m.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawLiberty.pdf.

condizioni lavorative e, in ogni caso, ogni lavoratore ha il diritto di trasferirsi, di cambiare occupazione e così pure di intraprendere una propria attività professionale.

(iv) Le moderne economie di mercato si fondano sul principio della libera concorrenza all'interno di un mercato libero e dinamico, anche in termini di "capitale umano". Limitare la mobilità lavorativa danneggia anche la libera concorrenza che determina, inter alia, una riduzione dei prezzi per i consumatori. Un'economia competitiva incoraggia la costituzione di nuove imprese, incluse quelle fondate dai lavoratori in concorrenza con i precedenti datori di lavoro. La mobilità dei dipendenti determina la circolazione delle competenze professionali nel frattempo acquisite e, dal lato datoriale, una migliore offerta delle condizioni lavorative.

(v) L'intero tessuto imprenditoriale beneficia dalla rapida e gratuita circolazione delle informazioni (507).

La corte ha quindi enucleato le circostanze in presenza delle quali la libertà lavorativa può essere limitata:

(i) Il segreto commerciale: la libertà occupazionale può essere limitata per impedire al lavoratore di utilizzare contra ius un segreto commerciale appartenente al precedente datore di lavoro, ma anche in questo caso poiché la tutela del segreto è normativamente prevista dalla Commercial Torts Law (508) non è necessaria una clausola limitativa della concorrenza per tutelare i diritti del datore di lavoro.

(ii) Una rilevante formazione professionale: nel caso in cui il datore di lavoro abbia investito ingenti risorse nella formazione del lavoratore e il lavoratore abbia pertanto impegnato la propria attività lavorativa per un certo periodo di tempo, allora una restrizione della concorrenza del lavoratore può essere giustificata dallo scopo di tutelare l'investimento datoriale nella formazione del dipendente, ma entro un limitato periodo di tempo.

(507) Qui la corte fa espresso riferimento ad A. HYDE, *The Wealth of Shared Information: Silicon Valley's High Velocity Labour wet, Endogenous Economic Growth, and the Law of Trade Secrets*, 1998 <http://andromedgers.edu/-hyde/WEALTH.htm>, e a R. GILSON, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Route 128, and Covenants Not to Compete*, 1998, disponibile al sito http://papers.ssrn.com/papertaf/abstract_id=124508.

(508) Commercial Torts Law, 5759-1999, la traduzione in lingua inglese è reperibile nel portale Wipo all'indirizzo: <chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/https://wipo.lexres.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/il/il012en.pdf>.

(iii) Il corrispettivo per la limitazione della concorrenza: si tratta di valutare se il lavoratore abbia percepito uno specifico corrispettivo (ulteriore alla retribuzione lavorativa) quale controprestazione alla rinunciata competizione con il datore di lavoro.

(iv) Il dovere di buona fede e il dovere di fedeltà: il dovere di fedeltà nei confronti del datore di lavoro impone al dipendente norme di comportamento più severe rispetto al principio generale di buona fede contrattuale. Un esempio di violazione del dovere fedeltà di un dipendente è il reclutamento di un dipendente nel corso del rapporto di impiego finalizzato all'appropriazione del processo di produzione del precedente datore di lavoro (509). Il dovere di fedeltà permane anche alla cessazione del rapporto di lavoro ed è strettamente connesso al tema della concorrenza del lavoratore con il suo precedente datore di lavoro (510)

Le ultime tre circostanze non sono espressamente tutelate dalla normativa israeliana e possono legittimare una limitazione della concorrenza ove le parti abbiano pattiziamente previsto una limitazione della concorrenza nel contratto, ancorché i doveri di buona fede e di fedeltà operino ex lege.

In ogni caso, le quattro circostanze elencate non costituiscono un elenco chiuso né la presenza di una delle tre circostanze obbliga il giudice a statuire in favore della validità della clausola, ma la decisione è assunta considerando tutte le circostanze della fattispecie concreta.

La corte quindi ha analizzato la tutela giuridica del segreto commerciale in Israele a partire dalla Commercial Torts Law, che si applica però agli illeciti civili, e ne ha valutata la sua applicabilità ai casi di limitazione della libertà di occupazione.

Quando il datore di lavoro invoca la violazione del segreto commerciale (511) per giustificare la limitazione della concorrenza, la corte non concede un'ingiunzione

(509) Sul tema vedi A.A. 2600/90 Elit Israeli Chocolate and Candy Industry Ltd. et al. c. Ya'akov Saranga et.al, PD Mat(5) 796.

(510) Vedi AA 1142/92 Vargus Ltd. et al. max Ltd. et al. D.P. 3) 421.

(511) Stante la centralità della nozione del segreto commerciale ai fini della validità del patto, la corte ne analizza l'interpretazione giurisprudenziale nel caso AA 1142/92 Vargus Ltd e stabilisce che "si ha un "segreto commerciale", quando si tratta di informazioni che sono nelle mani del solo datore di lavoro, non sono di pubblico dominio e non possono essere facilmente scoperte. Di solito si tratta di informazioni di cui sono a conoscenza solo un numero modesto dei dipendenti del datore di lavoro, ad esempio i dirigenti o i responsabili del reparto marketing. Si possono trovare molte informazioni su un'azienda con i mezzi

restrittiva della libertà di occupazione del dipendente a meno che il precedente datore di lavoro non provi che l'uso del segreto commerciale di cui è titolare danneggi l'attività di cui è titolare.

Il riferimento qui è alla section §16600 della legge californiana che vieta ogni patto restrittivo della concorrenza del lavoratore, salva la tutela del segreto commerciale (512) e alla nozione di segreto commerciale nel settore dell'high-tech individuata da Hyde (513).

Secondo Hyde può trattarsi di un programma, di un protocollo o di un progetto che esista in forma tangibile, come un documento o un dischetto, chiaramente contrassegnato come riservato, mai pubblicato o rivelato al commercio, ma tuttavia rimosso, scaricato o inviato tramite e-mail dall'ex datore di lavoro senza il suo consenso.

Secondo la corte, la rivendicazione datoriale della violazione del segreto deve essere compiutamente provata attraverso la dettagliata descrizione del software, della formula o dell'elenco di clienti la cui rivelazione si assume in giudizio.

L'onere probatorio a carico del datore di lavoro include anche il periodo di tempo in cui l'informazione deve restare segreta e l'adozione di misure idonee a garantirne la conservazione, quali la divulgazione ai soli dipendenti che utilizzano il segreto nell'esercizio della propria mansione con il divieto di divulgazione ai terzi.

Nel corso dello svolgimento del giudizio, l'autorità giudiziaria può imporre la riservatezza sulle informazioni protette sino alla conclusione del procedimento. Anche se l'onere della prova necessario a questo fine si arresta a livello di mera presunzione, le

moderni che esistono oggi, come Internet. Inoltre, ci sono informazioni che vengono distribuite a tutti i dipendenti dell'azienda. Tutti questi non sono "segreti commerciali". Pertanto, le informazioni accessibili al pubblico o un prodotto finito venduto al pubblico non rientrano nell'ambito di un "segreto" commerciale. Sottolineiamo che la definizione di "segreto commerciale" differisce da settore a settore e tiene conto del contesto industriale. Inoltre, quando si arriva ad interpretare il termine "segreto commerciale", si deve tenere conto dell'interesse pubblico, del suo diritto alla libertà di informazione e se il segreto sia noto al pubblico in generale. A volte questa considerazione supera la protezione che deve essere data al segreto commerciale del datore di lavoro."

(512) Per l'applicazione giurisprudenziale si veda ex multis *Application Group Inc. Hunter Group* 61 Cal App 4 881, 72 Cal Rptr 2d 73, citando *Diodes Inc v. Franzen*, (1968) 260 Cal App. 2d 244 [67 Cal Rptr 19].

(513) A. HYDE, *How Silicon Valley Has Eliminated Trade Secrets (and Why this is Efficient)*, 1997, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=5185>.

corti israeliane concedono la temporanea protezione delle informazioni riservate solo in presenza di prove circostanziate ed esplicite.

La tutela del segreto del datore di lavoro, inoltre, deve essere tenuta distinta dall'insieme di conoscenze ed esperienze acquisite dal dipendente nel corso del lavoro e che entrano a far parte delle capacità del lavoratore, che è quindi libero di disporne a proprio piacimento.

Sul tema la giurisprudenza ha ritenuto che, al termine del rapporto di lavoro, un dipendente possa utilizzare le competenze e le conoscenze personali acquisite per trarne un beneficio personale e competere con il precedente datore di lavoro, a condizione che non utilizzi informazioni riservate per violare il dovere di fedeltà o il dovere di agire in buona fede (514).

Il principio è peraltro espressamente previsto dalla Section 7 (a) della Commercial Torts Law che esclude la responsabilità per l'appropriazione di un segreto commerciale se l'utilizzatore ne è venuto a conoscenza nel corso dello svolgimento di un'attività lavorativa, svolta per il proprietario del segreto, e questa conoscenza è diventata parte delle sue competenze professionali generali.

Riguardo alle fasi di sviluppo del software, quando uno sviluppatore di software concorrente non copia la forma dell'espressione (il risultato della fase di codifica), ma le fasi della logica e la definizione dei requisiti, che si trovano principalmente nella fase di sviluppo o di implementazione delle idee, oppure utilizza o si basa su quelle fasi, è in discussione la stessa applicabilità della legge sul diritto d'autore, poiché tale normativa non tutela le idee, ma solo le forme in cui sono espresse (515).

Allo stesso modo le corti americane (516) hanno affermato che un ex dipendente non è obbligato a rimuovere dal proprio know-how disponibile tutte le informazioni relative all'attività dell'ex datore di lavoro né gli può esser lecitamente precluso l'impiego di tali conoscenze quando non si tratti di segreti commerciali.

(514) CA 1141/92 Vargos Ltd. et al contro Carmax Ltd. et al., FD Na(3) 421, 440 (ebraico).

(515) M. BURNOVSKY, *Trade secrets law traded mass software protection*, Legal Studies 1988, 94, 99.

(516) CTI Corp. c. Calhoon, 309 F. Supp 762, 767-768 (ebraico).

Un datore di lavoro è autorizzato solo a impedire a un ex dipendente di divulgare e utilizzare quelle informazioni riservate che sono state sviluppate a seguito dell'iniziativa e dell'investimento del datore di lavoro stesso e che il dipendente ha appreso in conseguenza del rapporto di lavoro.

Nel caso di specie la corte ha ritenuto che le conoscenze acquisite dal lavoratore nel corso del rapporto di impiego con il precedente datore di lavoro, basate in larga misura sull'uso di concetti generali e sui metodi aziendali non rientrassero nella nozione di segreto commerciale.

Allo stesso modo i metodi di programmazione e di sviluppo che il dipendente aveva utilizzato durante il suo precedente impiego non sono stati considerati dalla corte segreti commerciali.

Tali metodi erano nel frattempo caduti in pubblico dominio e ciò che rendeva unico ogni prodotto era solo la combinazione specifica dei metodi di programmazione impiegati.

I concetti generali non possono essere rivendicati come segreti commerciali da un datore di lavoro in quanto principi generali di dominio pubblico e, come tali, parte del patrimonio intellettuale dei dipendenti (517). Quindi, i concetti costituiti da principi generali di programmazione, per esempio, non possono essere qualificati come segreti commerciali. Per contro la divulgazione o l'uso non autorizzato da parte di un dipendente del software, sviluppato dal datore di lavoro, costituisce appropriazione indebita di segreti commerciali nel caso in cui il contratto di lavoro includa una disposizione relativa ai diritti del datore di lavoro sul software (518).

Uno degli elementi rilevanti, secondo la corte, per la tutela del software è l'espressa classificazione del prodotto come "riservato", oltre all'indicazione del numero di copie.

(517) *Winston Research Corp. v. Minnesota Mining & Mfg Co*; H. BUI EVE, *To Hire or Not to Hire: What Silicon Valley Companies Should Know About Hiring Competitor's Employees*, 48 *Hastings Law Journal*, 981, 1997.

(518) V. GULBIS, *Disclosure or use of Computer Application Software as misappropriation of trade secret*, 30 *American Law Reports* 4th 1250, 1998.

La conoscenza aggiuntiva, speciale e specifica nel campo del software rientra nel segreto commerciale (519), ma allo stesso tempo, affinché le informazioni siano trattate come riservate, il dipendente deve esserne previamente informato.

Così, i piani di sviluppo della produzione aziendale nel settore dell'high-tech fanno parte del piano industriale dell'azienda, c.d. business plan, e la decisione dell'azienda di sviluppare taluni prodotti produce effetti di vasta portata sul futuro aziendale, comportando investimenti significativi.

Queste informazioni non sono di pubblico dominio, non possono essere facilmente riprodotte e, nel caso di specie, nella misura in cui attribuivano al datore di lavoro un vantaggio commerciale rispetto ai suoi concorrenti, integravano un segreto commerciale noto al dipendente.

Altra cosa è stabilire se le informazioni che costituiscono un segreto commerciale, noto al dipendente, possano impedirgli di lavorare per un concorrente.

Secondo la corte la risposta varia a seconda delle circostanze concrete e va calibrata al tempo intercorso tra lo scioglimento del precedente rapporto di impiego e l'inizio del nuovo impiego presso il concorrente, considerando inoltre che, nel settore dell'high-tech, il tempo necessario per lo sviluppo di un nuovo prodotto è estremamente breve.

Si tratta di un settore estremamente dinamico, in cui le costanti temporali sono infinitamente più brevi di quelle che caratterizzano altri settori; nell'industria dell'alta tecnologia e della comunicazione informatica i prodotti vengono aggiornati sul relativo mercato ogni sei mesi e la tecnologia che un anno prima era considerata un'innovazione è destinata all'obsolescenza.

Come osserva la corte, le peculiarità del mercato high-tech si potevano osservare anche nel caso di specie: in soli quattro anni la start-up Check Point si era trasformata in una

(519) Ad esempio, in un giudizio instaurato da una società contro il suo ex presidente per l'appropriazione indebita di segreti commerciali, sulla base del presunto uso da parte del dipendente di un programma per computer che era stato sviluppato a favore dell'attore da parte del dipendente (un programma progettato per essere utilizzato nell'elaborazione elettronica di un'assicurazione sanitaria), l'azienda non è riuscita a dimostrare che l'imputato aveva utilizzato informazioni segrete nello sviluppo di un programma concorrente, sebbene le informazioni come il codice sorgente del programma, gli algoritmi, i moduli, la disposizione degli elementi, la loro sequenza e il loro ordine fossero sufficientemente nuovi per costituire un segreto commerciale, le prove dimostravano che il programma dell'imputato non era una copia del programma dell'attore, v. *Micro Consulting v. Zubeldia*, 1990, 813 F. Supp.

società consolidata con circa 550 dipendenti, con un fatturato annuo di circa duecento milioni di dollari ed era stata nel frattempo quotata nella borsa Americana. Allo stesso modo, la società Redguard in soli quattro anni aveva moltiplicato il numero dei dipendenti da quattro a circa sessanta.

Era quindi ragionevole ritenere che nei nove mesi e mezzo trascorsi dalle dimissioni di Fromer da Redguard, i prodotti che si trovavano in fase di progettazione durante il periodo in cui l'ex dipendente era impiegato presso l'azienda, fossero stati nel frattempo sviluppati.

Né peraltro Redguard aveva fornito la prova della rivelazione da parte del dipendente delle informazioni segrete dei piani di sviluppo aziendali alla concorrente.

La corte ha inoltre attribuito rilievo ad un'altra differenza tra le due aziende: Check Point aveva creato e sviluppato un firewall (e cioè un software) e le dimensioni dell'azienda erano di molto superiori a Redguard. I piani di sviluppo di Check Point erano significativamente diversi da quelli di Redguard e quindi, anche in questo caso, la probabilità che Check Point potesse trarre profitto da informazioni relative ai piani di sviluppo di Redguard risalenti a nove mesi e mezzo prima era remota (520).

Allo stesso modo, l'area di sviluppo di Check Point era il software mentre quella di Redguard l'hardware. Le aziende avevano individuato soluzioni diverse allo stesso problema della sicurezza nella trasmissione delle informazioni.

Da tanto la corte ha ritenuta assai scarsa la probabilità che le informazioni in possesso del dipendente sui piani di sviluppo della Redguard, risalenti a nove mesi e mezzo prima, potessero essere utili alla concorrente Check Point e che, pertanto, il dipendente non era più essere in possesso di alcun segreto commerciale relativo ai piani di sviluppo industriale del precedente datore di lavoro tale da giustificare la conferma dell'ordinanza restrittiva adottata dal giudice del lavoro.

Il software e l'hardware protetti dalla normativa autoriale in favore della Redguard erano certamente di sua proprietà, sebbene fossero certamente noti a tutti gli operatori del settore e non costituissero conoscenze specifiche del titolare del diritto.

(520) Vedi § 33 della sentenza.

I segreti commerciali che appartenevano a Redguard e che si trovavano nei prodotti finiti offerti in vendita, quali i processori e i pannelli di controllo, erano infatti nella disponibilità di tutti coloro che li acquistavano.

I segreti commerciali erano ormai nella disponibilità di ogni acquirente, che poteva anche tentarne la replica. Se il dipendente e il nuovo datore di lavoro avessero eseguito una copia del prodotto allora il titolare della privativa avrebbe potuto tutelarsi contro l'infrazione, ma nel caso di specie non era stata introdotta alcuna prova di una simile condotta.

Il dipendente non poteva nemmeno ritenersi coinvolto nella commercializzazione del prodotto e non era stato provato che il dipendente avesse offerto al nuovo datore di lavoro l'elenco dei clienti di Redguard.

La corte non ha quindi attribuito rilievo alla conoscenza del dipendente di quelle criticità del prodotto rilevanti per la concorrente, ma ormai note al pubblico anche attraverso i mensili professionali del settore.

Al dipendente in possesso di un segreto commerciale non è in ogni caso precluso l'impiego presso un datore di lavoro concorrente del precedente, a meno che non ricorra una ragionevole probabilità che il dipendente utilizzi l'informazione segreta e che tale uso danneggi effettivamente il suo ex datore di lavoro.

Questo è un tema rilevante atteso che in molti casi il lavoratore specializzato cercherà occupazione nel settore in cui ha prestato il proprio impiego e cioè presso un datore di lavoro potenzialmente in concorrenza con il precedente.

La giurisprudenza nord americana ha sviluppato due diversi orientamenti sul tema: secondo il primo (i) il precedente datore di lavoro deve dimostrare l'esistenza di una ragionevole probabilità che il dipendente riveli il segreto commerciale al nuovo datore di lavoro e la prova non è assistita da alcuna presunzione; (ii) il secondo orientamento assume che il dipendente inevitabilmente rivelerà il segreto commerciale (521).

(521) Emblematico di questo orientamento è ancora una volta il caso PepsiCo Inc. v. William Redmond e Quaker Oats Co., del Settimo circuito della Corte d'appello degli Stati Uniti, del 1995, <http://www.ipmag.com/cases/pepsico.html>. Si rinvia al Capitolo I, § 1.

La corte ha osservato che l'adozione di questo secondo orientamento corre il rischio di impedire a molti professionisti il reperimento di un'occupazione nel proprio campo di specializzazione.

Secondo la corte israeliana, tuttavia, ogni caso deve essere deciso prendendo in considerazione la totalità delle sue circostanze concrete senza alcuna presunzione e, al fine di limitare l'occupazione un dipendente, il precedente datore di lavoro deve introdurre prove o circostanze che indichino con una ragionevole probabilità che il dipendente riveli i "segreti commerciali" in suo possesso nello svolgimento del nuovo impiego e violi così il dovere di lealtà.

Nel caso di specie, Check Point non aveva deliberatamente tentato di reclutare uno degli ex dipendenti della concorrente Redguard, né l'ex dipendente in questione aveva presentato una candidatura a Check Point durante il suo rapporto di impiego per Redguard.

Il dipendente non si era dimesso per iniziare altro rapporto di impiego presso la concorrente, ma vi era stato indotto poiché il precedente datore di lavoro aveva tentato di demansionarlo.

Secondo l'opinione maggioritaria della corte era necessario valorizzare la libertà di scelta dell'impiego e il diritto alla realizzazione personale.

Come accennato, tale diritto è garantito dalla giurisprudenza israeliana a meno che non sia dimostrato un valido motivo per la sua limitazione.

Inoltre, la corte ha valorizzato la libertà di mantenere la residenza in Israele del lavoratore e di non trasferirsi all'estero per reperire altro impiego nel proprio ambito di specializzazione, considerato l'esiguo numero di società operanti nel settore della sicurezza informatica entro i confini dello stato, oltretutto l'interesse a prestare impiego in un'azienda consolidata quale Check Point.

Quindi, secondo la giurisprudenza israeliana, la semplice natura di concorrente diretto nel mercato della sicurezza del nuovo datore di lavoro non impedisce all'ex dipendente di prestarvi occupazione. Un dipendente può trasferirsi da qualsiasi azienda ad altra concorrente, ma è naturale che il lavoratore cercherà e reperirà un'occupazione nel limitato campo della propria esperienza dove gli sono offerte migliori condizioni contrattuali e dove può esprimere le proprie capacità professionali.

La corte quindi non ha confermato l'ordinanza restrittiva della libertà di occupazione del lavoratore che non aveva divulgato alla concorrente alcun segreto commerciale, ma aveva semplicemente fatto buon uso delle competenze professionali nel frattempo acquisite, a beneficio della libertà di occupazione e della libera concorrenza.

1.3.

Il Caso AES System v. Sa'ar.

Diversi anni dopo il caso Check Point, gli stessi principi giuridici sono stati ribaditi dalla Corte Suprema israeliana nella questione AES (522).

AES System aveva sviluppato un sistema informatico lineare e Bamberger-Rosenhiem (B.R.) ne curava in via esclusiva la distribuzione in Israele, fornendo anche il relativo supporto tecnico ai clienti.

Moshe Sa'ar, impiegato come tecnico informatico da B.R., aveva sottoscritto un patto di non concorrenza con B.R. relativo alla commercializzazione e alla fornitura di un servizio di supporto tecnico per lo stesso sistema.

Dopo ventotto mesi di lavoro, Sa'ar venne licenziato da B.R. e iniziò una propria attività di fornitura di servizi informatici che utilizzava lo stesso sistema del suo ex datore di lavoro.

Sa'ar pubblicizzava la propria attività sulle testate giornalistiche e utilizzava l'elenco dei clienti di B.R., contattando direttamente alcuni di loro per offrire i propri servizi. Grazie a quest'attività di pubblicizzazione, Sa'ar sottoscrisse un contratto di fornitura con l'Autorità Israeliana di Sviluppo degli Armamenti, RAFAEL (523), che in precedenza si riforniva da B.R. per gli stessi servizi informatici.

(522) CA 6601/96 Appeal and Counter-Appeal, AES Systems v. 1. Moshe Sa'ar (The Supreme Court Sitting as the Court of Civil Appeal), 28 agosto 2000, la traduzione in inglese è disponibile al sito: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/aes-systems-v-saar>.

(523) Oggi Rafael Advanced Defense Systems Ltd., già RAFAEL Armament Development Authority, conosciuta come RAFAEL o Rafael (in ebraico: מפאל - מערכות לחימה מתקדמות בע"מ), è un'industria israeliana che sviluppa sistemi d'armamento e tecnologia militare. All'epoca del giudizio RAFAEL Armament Development Authority era una divisione del ministero della difesa israeliano ed era considerata un'industria statale. La tecnologia ed i prodotti Rafael sono destinati sia alle Forze di Difesa Israeliane che all'esportazione.

AES e B.R. ricorsero al tribunale distrettuale israeliano per la violazione del contratto, per la violazione dei rispettivi diritti proprietari e per il furto dei segreti commerciali (524).

Le questioni giuridiche decise (all'unanimità) dalla Corte comprendevano (i) la liceità del patto di non concorrenza sottoscritto dal dipendente e (ii) la responsabilità dell'ex dipendente per l'utilizzazione dell'elenco dei clienti del precedente datore di lavoro, in assenza di evidenze contrattuali, nel termine di diciotto mesi dalla risoluzione del contratto.

La posizione espressa dal Chief Justice Barak nella propria opinion può essere riassunta in quattro punti: (i) una clausola che limita la libertà di occupazione del dipendente dopo la conclusione del suo rapporto di lavoro in assenza di alcun "legittimo interesse" del datore di lavoro è nulla in quanto contraria alla public policy; (ii) un "interesse legittimo" del datore di lavoro – idoneo ad assegnare validità a una clausola restrittiva della libertà di occupazione del dipendente - è l'interesse proprietario o quasi-proprietario del datore di lavoro alla tutela dei segreti commerciali e degli elenchi dei clienti (nella misura in cui sono riservati). Non si tratta di un numero chiuso e nel determinare l'elenco dei legittimi interessi di cui può essere portatore il datore di lavoro si deve considerare anche il rapporto di fedeltà esistente tra il datore di lavoro e il dipendente, e il dovere di buona

(524) In primo grado il tribunale concesse un'ingiunzione provvisoria diretta ad inibire a Sa'ar la vendita o la fornitura di servizi di riparazione dei sistemi informatici di AES per 18 mesi dalla risoluzione del suo rapporto di lavoro con B.R.

B.R. poi citò in giudizio Sa'ar in altro procedimento sostenendo che questi si fosse avvalso, nell'ambito della prestazione dei propri servizi ai clienti, dei dischi magnetici e dei dischetti che memorizzano i programmi di backup e di programmi diagnostici sviluppati da B.R. e dischi che erano stati sviluppati da B.R. B.R. citò poi in giudizio Rafael per aver aiutato Sa'ar a commettere questi illeciti.

I ricorrenti richiesero il risarcimento del danno causato loro dalla violazione dei contratti tra B.R. e i suoi clienti, per aver infranto un'implicita pattuizione contrattuale derivante dal rapporto di lavoro subordinato, e per l'ingiusto arricchimento.

B.R. introdusse un ulteriore giudizio nei confronti di Rafael per la restituzione del materiale hardware e software prestato a Rafael e per il pagamento dell'uso di tali componenti.

Rafael, a propria volta citò in giudizio B.R. per la rimozione del blocco che B.R. aveva posto sui suoi sistemi informatici e richiese la fornitura dei materiali acquistati e non consegnati da B.R. Le azioni vennero poi riunite in un unico procedimento.

Il tribunale distrettuale aveva respinto la richiesta di B.R. per la violazione del proprio diritto d'autore e per la lesione della propria reputazione e stabilì inoltre che Sa'ar aveva violato il patto di non concorrenza con B.R. firmando un contratto con Rafael, e ordinò corrispondentemente a Sa'ar di pagare a B.R. i danni. Tutte le parti fecero quindi ricorso alla Corte suprema israeliana.

fede e di equità tra il datore di lavoro e il lavoratore; (iii) la protezione riconosciuta agli interessi legittimi del datore di lavoro non è assoluta e la sua estensione è determinata dal test di ragionevolezza e di proporzionalità, che tiene in considerazione la cornice temporale, l'ambito applicativo e il tipo di limitazione; (iv) un datore di lavoro non è titolare di un "interesse legittimo", generale e astratto, a limitare la concorrenza del suo dipendente dopo la conclusione del suo rapporto di lavoro. Perciò, una clausola limitativa della libertà di occupazione del lavoratore che realizzi il solo interesse del datore di lavoro a impedire la concorrenza del dipendente (i.e. non concorrenza fine a sé stessa) è contraria alla public policy.

La nullità di questa limitazione della concorrenza deriva dal difetto di un legittimo interesse e tale circostanza esclude la necessità di sottoporre al vaglio del test di ragionevolezza e di proporzionalità la disposizione contrattuale.

Il punto di partenza del percorso argomentativo della corte è individuato nelle disposizioni della sezione 30 della legge israeliana sui contratti (525) (parte generale) 5733-1973, secondo cui "Un contratto la cui conclusione, contenuto o oggetto sono illegali, immorali o contrari alla public policy (526) è nullo".

(525) Contracts (General Part) Law 5733-1973, ss. 19, 25(b), 30, 31.

(526) La traduzione dall'ebraico alla lingua inglese della norma recita testualmente "A contract the making, contents or object of which is or are contract illegal, immoral or contrary to public policy is void" e si è scelto di non tradurre la locuzione public policy in ordine pubblico per non alterarne il più ampio contenuto.

Nelle tradizioni giuridiche di common law la nozione di public policy è stata inizialmente sviluppata dai tribunali con il significato di ciò che può costituire una possibile minaccia per la comunità, si veda per esempio 17A C.J.S. *Contracts* IX A, 1955, Section 278, (Westlaw US). In Inghilterra, le corti hanno affermato che "the concept of public policy is by nature elusive and leads to paradoxical results. [...] Some judges have thought [public policy] indefinable, that others have given descriptions not easily reconcilable, and that others again have made inconsistent statements in the self-same decision", per P.H. Winfield, *Public policy in the English Common Law*, Harvard law review, Vol 42, n°1, 1928, pp. 92-93, oppure ancora è stata definita quale argomento politico, nel senso più pieno del termine, *Chesterfield v Janssen* [1750] 26 E.R. 191-225, Lord Hardwicke.

A partire dal XIX secolo, i tribunali anglo-americani non hanno cercato di definire il concetto di public policy, vedi R. DAVID, *Les Contrats en Droit Anglais*, Centre de Droit Comparé, Faculté de Droit et de Sciences Politique d'Aix-en-Provence, L. R. 36 C. D. 364 (1887), 1973, p. 255. Ad esempio, i giudici inglesi ritenevano che le consideration basate sulla public policy si fondassero o sulla libertà contrattuale (Lord Jessel in *Printing and Registering Co. v Sampson* [1875] 44, 465) o sulla tutela dell'interesse della comunità (Judge Pollock in *Egerton v Brownlow* [1854] 4 H. L. C., 381).

Secondo la Corte la nozione di public policy dipende da ciò che la società israeliana considera, in un dato momento storico, appropriato nei rapporti contrattuali e così il suo contenuto può cambiare da paese a paese e a seconda del momento storico considerato (527).

I diritti fondamentali e le altre disposizioni costituzionali ancorate ai diritti fondamentali stabiliscono un sistema di valori e di concetti fondamentali nell'ambito del quale il diritto vivente trae la propria legittimazione (528) e questi valori fondamentali determinano anche il contenuto della nozione di public policy, insieme ai multiformi valori, obiettivi e interessi che riflettono gli interessi della società israeliana.

La nozione di public policy idonea a giustificare una restrizione della concorrenza nel rapporto di lavoro va ricostruita e bilanciata, secondo il giudice Barak, alla luce di quattro principi tra loro in conflitto: (i) la libertà di contrarre, ovvero l'interesse generale a che i contratti siano rispettati secondo il principio generale pacta sunt servanda (529); (ii) la protezione del datore di lavoro dalla concorrenza di un ex dipendente e dall'utilizzazione di informazioni e conoscenze che il dipendente ha acquisito mentre lavorava per il datore di lavoro (530). C'è un interesse sia privato sia generale alla protezione dell'investimento del datore di lavoro nella formazione dei dipendenti, nella capacità di attrarre clientela e

Negli Stati Uniti, sebbene il Restatement (Second) of Contracts faccia menzione del termine public policy, evita di definirlo, Restatement (Second) of Contracts, 1981, §178. Tuttavia, ci sono stati dei tentativi di definire la nozione di public policy.

In Inghilterra, ad esempio, veniva descritta come «a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community», in P. H. Winfield, *Public policy in the English Common Law*, Harvard law review, Vol 42, n°1, 1928, pp. 76-102. p. 92.

Negli Stati Uniti, il trattato Corpus Juris Secundum afferma che «contracts contrary to public policy, that is, these which tend to be injurious to the public or against the public good, are illegal and void, even though actual injury does not result therefrom», 17A C.J.S. Contracts IX A, 1955, Section 278.

Questi tentativi rivelano ancora una volta che la locuzione public policy è un'espressione dai confini inesatti e si riferisce ad elementi sia giuridici che extra-giuridici

(527) CA 614/76 Jane Doe v. John Doe, e così il conflitto tra i valori viene risolto attraverso un bilanciamento con valori e interessi di volta in volta diversi.

(528) CA 294/91 Chevra Kadisha KAHSHA "Kehillat Yerushalayim" v. Kestenbaum; vedi CA 239/92 "EGGED" Israel Transport Società di cooperazione contro Mashiah.

(529) D. FRIEDMAN, N. COHEN, *Contracts* 15, Vol. A, 1991 secondo cui l'interesse pubblico – un interesse che riflette i concetti di giustizia, moralità e l'efficienza sociale insieme – è soddisfatto quando gli obblighi che una persona (un adulto) assume vengono poi onorati; E. ZAMIR *Contract Interpretation and Supplementation*, 1996; A. PORAT, *Considerations of Justice Between Parties to a Contract and Considerations of Guiding Behaviors in Israeli Contract Law*.

(530) H CJ 1683/93 Yavin Plast Ltd. v. Techno Gumi (Isr.) (ebraico).

di sviluppare metodi di lavoro (531). L'interesse pubblico è fondato sulla presunzione che in assenza di alcuna forma di tutela di questi investimenti, attraverso la limitazione alla concorrenza del dipendente, il datore di lavoro non ne sosterebbe il peso economico e anche l'interesse generale ne risulterebbe danneggiato (532); (iii) il principio della libertà di occupazione, secondo cui ogni dipendente è libero di scegliere il proprio impiego e di intraprendere un'attività in proprio, a seguito della risoluzione del precedente rapporto di impiego. La libertà di occupazione deriva anche dalla nozione di libertà di concorrenza (533). Entrambe queste libertà sono tutelate dalla Legge fondamentale: Libertà di occupazione, ed entrambe riflettono rilevanti interessi generali; (iv) I diritti del dipendente (534), ovvero le competenze che il dipendente acquisisce nel corso del

(531) D. GILO, *Toward a New Legal Policy toward Covenants not to Compete*, Tel Aviv University Law Review, vol. 23, 2000, p. 63, (ebraico).

(532) LCA 5768/94 A.S.I.R Import, Manufacture, and Distribution v. Accessories and Products Ltd. (Isr.) (ebraico).

(533) HCJ 1703/92 C.A.L. Cargo Airlines Ltd. v. The Prime Minister, IsrSC 52(4) 193; HCJ 28/94 Tzarfati v. Minister of Health; CA 2247/95 General Director of the Anti-Trust Authority v. T'nuvah Center for Cooperation and Marketing of Agriculture Products in Israel Ltd. "È probabile che la libera concorrenza porti alla riduzione dei prezzi, al miglioramento della qualità del prodotto e al miglioramento del servizio che viene offerto in vendita" (Presidente Shamgar in LCA 371/89 Leibovitz v. Eliyahu Ltd. IsrSC 44(2) a pag. 327; HCJ 588/84 K.S.R. Asbestos Trade Ltd. contro Presidente del Tribunale Antitrust, IsrSC 40(1)29 a pag. 37; COHEN, *Freedom of Trade and Commercial Competition*, Iyunei Mishpat, 1995, p. 354.

Questo interesse pubblico è stato espresso nella legge israeliana, tra l'altro, in materia di legislazione antitrust (vedi Restrictive Trade Practices Act 5748-1988). Alla base di questa legge è posto il principio di libera concorrenza, che aveva lo scopo di garantire un'allocatione efficiente delle risorse e una maggiore efficienza così come sottolineato dal giudice Adler nella causa Check Point: "Il mercato moderno si basa sull'esistenza della libera concorrenza in un mercato aperto e un'economia libera, tra l'altro, per quanto riguarda il capitale, e in particolare quello umano.... La libera concorrenza fa avanzare il mercato e determina, tra l'altro, la riduzione dei prezzi al consumo. Un mercato competitivo incoraggia la costituzione di nuove società, comprese le società avviate da dipendenti che competono con i loro precedenti datori di lavoro. I dipendenti offrono le proprie competenze a diversi datori di lavoro e competono tra loro per i posti di lavoro. I datori di lavoro, da parte loro, offrono migliori condizioni di lavoro con l'obiettivo di attrarre manodopera qualificata. . . La società è interessata ad un trasferimento rapido e gratuito informazioni sul mercato" (Ibid. par. 14).

(534) Cfr. Punto 12 della sentenza: "A second interest which is to be considered is the employee himself. His labor is his property, spiritual and physical. It is the basis for his self-realization and fulfillment. His freedom of choice is his life. His capacity to choose an occupation for himself is the source of his existence and his property. His training is the means by which he will be able to compete in the workplace. Keeping him from his work for a specified period of time may remove him entirely from the workforce and bring about the destruction of many years of training. A person's place of work, where he spends at least a third of his day, is not merely a means of support, but a place from which he hopes to achieve self-realization and fulfillment. Limiting the mobility of the employee will damage his right to personal fulfillment".

rapporto di impiego e che non potrebbe utilizzare in presenza di una clausola limitativa della concorrenza, vedendosi così escluso dal mercato del lavoro. Ciò è particolarmente vero nel campo dell'alta tecnologia, caratterizzata da una rapida obsolescenza delle competenze. È quindi nell'interesse generale riconoscere la libertà individuale di scegliere il proprio impiego (535) e, secondo la corte, l'interesse particolare del lavoratore e quello generale della public policy convergono nell'esigenza di tutela della capacità lavorativa e creativa del dipendente (536).

Il contenuto normativo attribuito dalla corte alla nozione di public policy è un risultato del bilanciamento di questi principi (537).

La giurisprudenza di settore israeliana (538), conformemente a quella anglosassone (539), ritiene tradizionalmente che una restrizione della libertà di occupazione di un dipendente

(535) "The good of the public demands that generally, knowledge, rules and professional skills acquired by an employee in his work will be used without limitation, as such use is a blessing to the individual and the public as one" (Justice Berinson in CA 312/74 Cable and Electric Cable Company in Israel Ltd. v. Martin Christianpalour, p. 320; Hermon, "Public Policy" and the Limitations on Freedom of Occupation in the Perspective of Israeli and English Case Law," 403). This is primarily so in the fields of high-tech, in which the public as a whole has an interest in their development for the good of society. Indeed, the public good justifies recognizing the freedom of the employee to choose for himself employment at his will. This was justly noted by Judge Astbury in the Hepworth case (Hepworth Manufacturing Co. v. Riyott [1920]) when he said: "A man's aptitude, his skill, his dexterity and his manual and mental ability may not, nor ought to be, relinquished by an employer. They are not his masters [sic] property, they are his own, they are himself." Moreover, in a contractual relationship, the employer and the employee are not of equal status. The employer generally is in a stronger bargaining position. Justice Berinson discussed the "weakness of the employee versus the employer, who may dictate the terms of the employment contract". (CA 4/74 Berman v. Misrad Lehovalat Masaot Pardes Hana – Carcur "Amal" Ltd. p. 722).

(536) Premesso che, come considerato dalla Corte nazionale del lavoro nel caso Check Point, il diritto del lavoro è guidato dal presupposto della fondamentale disuguaglianza tra il potere negoziale del dipendente e quello del datore di lavoro. Secondo la corte questa disuguaglianza cambia nel tempo ed è condizionata dalla struttura del mercato del lavoro e dalla forza delle associazioni professionali.

(537) Vice-President Ben-Porat in CA 618/85 Ma'ayanot Hagalil Hamaravi Ltd. v. Tavori BEHAR Soft Drinks Ltd. p. 348; CA 2600/90 Elite Israeli Company for Manufacture of Chocolate and Candies Ltd. v. Serengah p. 808; HCJ 1683/83; CA 239/92; CA 1142/92 Vargus Ltd. v. Carmax Ltd.; LC 54 3-110/ First Class Service Ltd. v. Mati Kosacks.

(538) CA 136/56 Fuchs. v. Eylon and Etzioni Ltd.; CA 136/64 "Francitext" Ltd. v. Utzitel Ltd. [17] at p. 626; CA 238/73 Sharabi v. Chamtzani; CA 4/74; CA 157/88 "EGGED" Israel Transport Cooperation Society v. Meiron.

(539) Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd [1894], espressamente citata in questa e in alte pronunce delle corti israeliane quali: CA 136/56 Fuchs. v. Eylon and Etzioni Ltd. p. 361; CA 136/64 "Francitext" Ltd. v. Utzitel Ltd. p. 626; CA 238/73 Sharabi v. Chamtzan; CA 4/74 [12] supra; CA 157/88 "EGGED" Israel Transport Cooperation Society v. Meiron p. 526.

non sia contraria all'interesse generale se è ragionevole in termini di interessi delle parti e public policy. Si tratta però di stabilire la soglia di ragionevolezza.

La validità dei patti di non concorrenza, secondo questo ragionamento, dovrebbe essere determinata dagli interessi legittimi alla cui protezione il patto è preordinato (540) e anche in questo caso si tratta di stabilire quali siano gli interessi che l'ordinamento giuridico considera meritevoli di tutela (541).

La corte precisa (542) di non distinguere tra la consideration degli interessi legittimi delle parti e quelli generali posto che la legittimità dell'interesse delle parti è determinata in una prospettiva di public policy (543).

In generale, il mero interesse a non subire la concorrenza del dipendente, non collegato ad altri interessi meritevoli di tutela come i trade secret o l'elenco dei clienti, non è considerato un interesse legittimo per il diritto israeliano (544).

Un contratto che protegga esclusivamente questo interesse è considerato contrario alla public policy e quindi nullo in quanto diretto ad attribuire un vantaggio al suo titolare

(540) Secondo un risalente orientamento della stessa Corte Suprema israeliana “the limitation must meet the double condition that it is necessary for the protection of the legitimate interests of the employer from whose workplace the employee has departed and that it is for the good of the public” (CA 312/74 Cable and Electric Cable Company in Israel Ltd. v. Martin Christianpalour IsrSC 29(1) e ancora “the general law is that there exists the right to freedom of occupation in the field of the employee who has left a place of work with an employer. And if there is an agreement which limits him in this freedom of occupation after the conclusion of his work with the employer, two conditions must be met, in order for this limitation to be valid. The first condition is that it is necessary to protect the legitimate interests of the employer from which the employee has left, and the second condition is that this is also necessary for the good of the public in terms of the interests of the two parties” (CA 155/80 Rav Bariach Ltd. v. Amgar).

(541) Anche in questo caso sono vasti i richiami comparativi alla giurisprudenza e al diritto anglosassone, vedi par. 11 della sentenza in commento.

(542) V. par. 16 della sentenza in commento.

(543) Come sostiene la giurisprudenza anglosassone “Although the decided cases are almost invariably based on unreasonableness between the parties, it is ultimately on the ground of public policy that the court will decline to enforce a restraint as being unreasonable between the parties...There is not, as some cases seem to suggest, a separation between what is reasonable on the ground of public policy and what is reasonable as between the parties. There is one broad question: is it in the interest of the community that this restraint should, as between the parties, be held to be reasonable and enforceable?”(Esso Petroleum Co. Ltd. V. Harper’s Garage (Stourport) Ltd [1967] 1 All E.R. 699.

(544) V. par. 17 della sentenza.

limitando ingiustamente l'utilizzo delle competenze professionali acquisite dal lavoratore (545).

L'interesse generale richiede che il dipendente possa avvalersi, senza limitazioni, delle conoscenze e delle abilità acquisite nel suo lavoro.

Il legittimo interesse del datore di lavoro è proteggere il suo segreto commerciale e questa è la prima condizione necessaria a giustificare la limitazione della libertà di occupazione. Nell'equilibrio individuato dalla corte il diritto all'occupazione del dipendente prevale sull'interesse alla non concorrenza del datore di lavoro, mentre prevale la libertà contrattuale quando ad essa si affianca un interesse legittimo del datore di lavoro, come un interesse "proprietario" o "quasi proprietario". L'interesse a non subire la concorrenza dell'ex dipendente non integra un "interesse legittimo" del datore di lavoro, ed è anzi contrario alla public policy.

Una volta stabilito che la clausola limitativa della libertà di occupazione realizza un legittimo interesse datoriale, come la tutela dei segreti commerciali e degli elenchi dei clienti, si pone la questione della portata applicativa della prescrizione.

Il criterio della ragionevolezza e della proporzionalità mira a garantire che la protezione degli interessi legittimi del datore di lavoro non vada oltre quanto strettamente necessario alla loro tutela.

In questo contesto la portata della prescrizione deve essere esaminata in termini di tempo, luogo e di tipo di attività.

Una limitazione che neghi al dipendente la capacità di lavorare nel proprio settore di competenza non dovrebbe essere riconosciuta come valida e una clausola limitativa della concorrenza che neghi al lavoratore ogni forma di capacità reddituale non sarebbe giustificabile.

È in questo contesto che viene in rilievo l'eventuale attribuzione al dipendente di un corrispettivo per la (intera o parziale) durata della limitazione (546), ma oltre all'interesse

(545) E prevale quindi il diritto all'occupazione del dipendente, come già sostenuto dalla National Labour Court in Check Point, par. 14.

(546) Questa pratica (nota come "Garden leave") è comune in Inghilterra, vedi I.T. SMITH E G.H. THOMAS, *Industrial Law*, 3a Ed., 1996. In Germania la normativa stessa stabilisce che la clausola contrattuale che limita la libertà di occupazione è lecita solo se il committente promette all'agente una

dei dipendenti, sotto questo profilo la corte considera anche l'interesse generale che include anche considerazioni relative ai mercati dei prodotti, allo sviluppo industriale e alla promozione della concorrenza (547), in particolare nel comparto dell'high-tech (548). Considerazioni di public policy potrebbero richiedere l'annullamento di una clausola che, sotto altre prospettive, potrebbe apparire proporzionale.

Ci si può a questo punto chiedere se l'utilizzo di queste clausole sia necessario al raggiungimento dello scopo avuto di mira, considerato che la loro stessa validità è circoscritta alle situazioni in cui il datore di lavoro è portatore di un interesse legittimo, generalmente protetto anche da altre norme di settore(549).

Secondo la corte l'importanza delle clausole che limitano la libertà di occupazione è diminuito, ma il loro utilizzo è ancora rilevante per due motivi: in primo luogo, non vi è completa sovrapposizione tra la protezione riconosciuta dalla normativa ai legittimi interessi del datore di lavoro e la protezione accordata dalle clausole che limitano la libertà di occupazione, soprattutto per quanto riguarda le consideration della fedeltà, lealtà, buona fede e correttezza (550).

In secondo luogo, la clausola contrattuale assume rilevanza probatoria: il contenuto delle clausole esprime ciò che le parti considerano un segreto commerciale, l'importanza e il grado di conoscenza che le parti avevano in proposito, e la proporzionalità della limitazione (551).

retribuzione pari almeno alla metà dello stipendio percepito durante il periodo di prescrizione (sezione 74(a) del codice commerciale). La giurisprudenza ha ampliato questo approccio per includere tutti i possibili rapporti di lavoro, cfr. M. WEISS, *Labour law and industrial relations in Germany*, Kluwer Law International, 2020.

(547) Sul tema si veda ampiamente il contributo di GILO, op. cit., passim.

(548) BUI-EVE, op. cit.; GILSON, op. cit.; CM. O'MALLEY, *Covenants Not to Compete in the Massachusetts Hi-Tech Industry: Assessing the Need for a Legislative Solution*, 79 B.U. L. Rev. 1215, 1999.

(549) HCJ 1683/93 (ebraico).

(550) LCA 5768/94 A.S.I.R Import, Manufacture, and Distribution v. Accessories and Products Ltd. (Isr) SC 52(4) 289.

(551) CHITTY, *On Contracts*, Vol. 1, 28 ed., 1999.

Le clausole che limitano la libertà di occupazione in assenza di un legittimo interesse delle parti sono contrarie alla public policy e sono pertanto nulle in quanto contrarie all'art. 30 della Legge sui Contratti (Parte Generale) e all'art. 31 Legge sui Contratti (552). La corte ha quindi ritenuto nullo il patto di non concorrenza di specie poiché diretto a tutelare esclusivamente l'interesse di AES ad escludere la concorrenza dell'ex dipendente.

Per quanto riguarda l'ulteriore obbligo a mantenere riservata qualsiasi altra informazione ottenuta nell'ambito del rapporto d'impiego, la corte non ha riscontrato alcun nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo e le perdite subite dal ricorrente.

Infatti, nonostante l'utilizzo dell'elenco dei clienti del datore di lavoro avesse determinato la violazione degli obblighi contrattuali del dipendente, tale violazione non aveva arrecato alcun danno al datore di lavoro, non avendo egli dimostrato che entro il termine diciotto mesi (cui la l'obbligo era stato ridotto dal tribunale) il dipendente aveva sviluppato rapporti commerciali con i clienti.

Perciò la corte non ha affrontato il profilo della proporzionalità e della ragionevolezza della portata del divieto di utilizzo delle informazioni ottenute nello svolgimento dell'occupazione lavorativa (553), ma si è limitata ad osservare che il settore dei computer è particolarmente dinamico, soprattutto dal punto di vista degli sviluppi scientifici.

In questo contesto la corte ha ritenuto che un periodo di diciotto mesi era sproporzionato e che il divieto di sfruttare l'esperienza professionale di settore del dipendente per un periodo di tempo così lungo avrebbe ingiustamente danneggiato la capacità lavorativa del dipendente.

(552) Sulla possibile limitazione giudiziale della portata di una clausola negoziale al fine di ridurla ai requisiti di ragionevolezza e proporzionalità, la corte si pronuncia solo incidentalmente affermando che è possibile ridurre la portata generale della clausola riconducendola al suo scopo, ovvero la tutela di un legittimo interesse del datore di lavoro. Il tribunale può portare la limitazione della libertà di occupazione entro i confini di proporzionalità o ragionevolezza, distinguendo la parte affetta da nullità dalla parte valida (artt. 19 e artt. 31 Legge Contratti (Parte Generale)), e più in generale il tribunale può limitare la portata della limitazione alla sua giusta proporzione, Cfr. CA 1371/90. E ancora è stato sostenuto che “Se una persona ha assunto un obbligo di protezione di un segreto commerciale appartenente ad altri e si tratta di un obbligo troppo ampio, è possibile limitare e adattare l'obbligo in base alla proporzionalità del segreto all'interno dell'informazione” (Justice Strasberg-Cohen in CA 2600/90).

(553) V. par. 34 della sentenza.

I principi enunciati nelle questioni Check Point e AES sono stati applicati uniformemente dalle corti nel corso degli anni (554) (555).

Nella maggior parte dei casi, la giurisprudenza di merito ha mantenuto un equilibrio tra le parti, non sempre tutelando i dipendenti e la loro libertà di concorrenza soprattutto nei casi in cui i dipendenti intraprendano, in mala fede, le attività preparatorie alla concorrenza con il datore di lavoro nel corso del rapporto di impiego (556).

1.4.

Lo Storno dei Dipendenti e il Patto di Non Concorrenza al Vaglio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Israele.

La normativa vigente in Israele non annovera lo storno dei dipendenti entro le ipotesi di concorrenza sleale tra imprese concorrenti, ma sembra riconducibile al divieto di interferenza sleale (Unfair Interference) previsto dalla Section 3, Unfair Interference, Chapter One: Unfair Competition della Commercial Torts Law, 5759 – 1999, secondo cui un'impresa non può ingiustamente impedire o gravare l'accesso dei consumatori, degli impiegati o degli agenti di commercio ai beni o ai servizi di un'altra impresa; sul tema però non si è rilevato alcun precedente nella giurisprudenza delle corti israeliane (557).

Le esperienze raccolte dagli operatori del settore high-tech hanno riferito della regolamentazione negoziale del divieto di storno dei dipendenti, ma nessuno degli

(554) Si veda, ad esempio, MLA 9071/10 The Northern Theatre Stage Arts Center Ltd. contro Niza Ben Zvi et al.; MLA 66/09 (Tribunale nazionale del lavoro) Gideon Reizman et al. v.G.G. Yarom Geter Ltd; OM 4070-09 Gili Bachar c. Arabica F.S. srl.

(555) Si veda la sentenza della Corte Distrettuale in C.F. 1058-07 Bakto Seal Company Ltd Eran Wein et al.; si veda anche la vicenda Saranga, C.A. 2600/90 Elite Israeli Company for the Manufacture of Chocolate and Candies Ltd. et al v. Jacob Saranga et al., (decisa prima dell'emanazione della legge), che limitava la portata di un patto di non concorrenza tra le parti, quando tra le stesse non sussistevano rapporti di lavoro.

(556) Si veda il caso EA 189/03 (Corte nazionale del lavoro) Girit Ltd contro Mordechai Aviv et al. In cui si è ritenuto che i dipendenti senior, avevano iniziato l'attività preparatoria all'appropriazione del rapporto di distribuzione in esclusiva della società con altra importante azienda straniera durante il rapporto di lavoro, avevano violato l'obbligo di fedeltà e di buona fede. Inoltre, le clausole di non concorrenza sono state ritenute valide in quanto dirette a tutelare la distribuzione in esclusiva dell'azienda.

(557) Desidero in particolare ringraziare per questo approfondimento i Professori David Gilo e Guy Mundlak dell'Università di Tel Aviv.

intervistati, dal lato datoriale, ha mai agito giudizialmente contro un concorrente o un ex impiegato per porre in esecuzione la clausola, né è stato convenuto in giudizio dal concorrente stornato.

Le ragioni di tale circostanza sono unanimemente individuate dagli operatori economici del settore del software di sicurezza nelle peculiarità del cluster israeliano (558): (i) è anzitutto raro che un ex dipendente accetti un impiego presso un diretto concorrente del precedente datore di lavoro, considerato che una simile condotta sarebbe punita con l'esclusione dell'interessato dal mercato del lavoro dell'high-tech israeliano, caratterizzato da modeste dimensioni geografiche e demografiche; (ii) le imprese concorrenti sono consapevoli dei benefici derivanti dalla circolazione dei dipendenti all'interno del cluster e agiscono nel mercato del lavoro di settore consapevoli della maggiore afflittività del danno reputazionale derivante dalla tutela giudiziale delle proprie pretese, salvo che l'impiegato assunto dal concorrente non rivesta qualifiche particolarmente rilevanti all'interno dell'azienda; neanche di questi casi si danno precedenti noti nella giurisprudenza israeliana.

Il tema dello storno dei dipendenti è stato esaminato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato israeliana (559) quale pratica, in potenza, restrittiva della concorrenza.

(558) V. infra § C. 5.

(559) Un ringraziamento sincero all'Adv. Jonatan (Yonatan) Cwikel, Acting Deputy Chief Legal Counsel (civil/administrative) dell'Israel Competition Authority per il suo fondamentale contributo nel reperimento dei casi qui esaminati.

Si rinvia al Comunicato del 18.12.2017 a seguito di udienza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di procedere avverso l'Associazione delle agenzie di viaggio e dei consulenti del turismo in Israele (l'Associazione), le agenzie di viaggio Amsalem Tourism and Vacations Ltd. (Amsalem) e Disneyhouse B.T.C. Ltd. (Dizenhouse), reperibile al sito <https://www.gov.il/he/Departments/news/travelagentsassociation>.

La Legge Antitrust israeliana prevede alcune norme sostanziali che si applicano alle pratiche commerciali restrittive (ad esempio accordi restrittivi, fusioni societarie, monopoli e gruppi di concentrazione) nonché le relative sanzioni per la loro violazione. Inoltre, la Legge Antitrust determina norme relative alla struttura e ai poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del Direttore Generale e del Tribunale Antitrust, nonché le norme procedurali che si applicano alle cause ad esse sottoposte. Tra le fonti nazionali figurano anche i regolamenti emanati in attuazione di ciascuna legge nonché la giurisprudenza, ovvero le sentenze dei tribunali e le decisioni del Direttore generale dell'Antitrust.

Anche se le fonti internazionali non vincolano i tribunali israeliani o il Direttore Generale nell'interpretazione della legge antitrust interna, esse svolgono un ruolo importante nell'interpretazione

La questione riguardava l'applicazione di una clausola di non concorrenza tra i membri di un'associazione di agenzie di viaggio e di consulenti del turismo in Israele che limitava l'assunzione dei dipendenti delle altre agenzie di viaggio associate.

Lo statuto dell'associazione prevedeva, tra le regole deontologiche, due clausole che vietavano ai membri dell'associazione anche solo di comunicare con i dipendenti di un associato, senza il consenso di quest'ultimo.

Non solo era vietato lo storno dei dipendenti dei concorrenti iscritti all'associazione, ma anche la più generica forma di negoziazione o trattativa con i dipendenti dell'associato.

L'Autorità Garante ritenne tale condotta idonea a ridurre o a limitare la concorrenza.

Un'altra clausola statutaria vietava ai membri dell'associazione di contattare alcuni potenziali clienti per il tramite di un ex dipendente, in pensione o licenziati da un altro membro dell'associazione.

Ciò avrebbe di fatto impedito ai dipendenti di offrire a nuovi e potenziali datori di lavoro il vantaggio della rete di relazioni sviluppata nel corso della propria esperienza lavorativa con i clienti abituali.

Inoltre, come politica generale, l'associazione imponeva agli associati di includere nei singoli contratti di lavoro clausole che impedissero ai dipendenti di contattare i clienti anche nel caso in cui desiderassero costituire in proprio una nuova agenzia.

Questa disposizione secondo il Garante non solo avrebbe potuto nuocere alla concorrenza tra le agenzie di viaggio nell'assunzione di agenti di viaggio, ma avrebbe creato anche una barriera all'ingresso nel settore.

Tuttavia, il procedimento si è concluso con la decisione del Commissario per l'Antitrust di non adottare alcuna misura poiché emerse nel corso del procedimento che, nel 1991, quando l'associazione venne iscritta presso il Registro delle Associazioni, l'Autorità rese

delle leggi antitrust israeliane, in particolar modo le leggi antitrust degli Stati Uniti e dell'UE . Quasi tutte le decisioni del Tribunale Antitrust e Direttore Generale fanno infatti riferimento a casi di diritto comparato.

La legge antitrust non contiene un divieto generale alla concorrenza sleale, un divieto generale di concorrenza sleale non è esplicitamente riconosciuto come motivo di azione nella legislazione israeliana. Tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto che la concorrenza sleale può giustificare l'adozione dei rimedi previsti dalla legge sull'ingiusto arricchimento del 1979. Su questi temi Si veda ampiamente E. EPSTEIN, T. DOLEV-GREEN, *Competition Law in Israel*, Wolters Kluwer, 2015, p. 43 e ss.

una dichiarazione favorevole alle regole deontologiche statutarie in quanto compatibili alla normativa Antitrust, e così implicitamente autorizzandone l'implementazione.

Nel decidere per l'archiviazione (560) del procedimento, l'Autorità dichiarò in ogni caso che simili divieti alla concorrenza dei dipendenti tra società concorrenti costituivano una violazione della normativa Antitrust e avrebbero potuto giustificare l'irrogazione di provvedimenti sanzionatori, sia nell'ambito di una condotta concordata tra i membri di una stessa associazione di imprese sia nell'ambito del rapporto tra concorrenti.

Un caso più risalente affrontato dall'Autorità riguarda invece la violazione di un patto di non concorrenza sottoscritto tra l'agenzia Reshef Property Specialist for Commercial Real Estate Ltd. ed uno dei suoi agenti immobiliari.

Reshef aveva stipulato accordi di non concorrenza con diciassette dei suoi agenti immobiliari rispetto ai quali aveva ottenuto l'esenzione dall'obbligo di approvazione dell'accordo da parte del Tribunale per l'Antitrust, rilasciata dal Direttore Generale dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, secondo l'art. 14 della legge sulla concorrenza n. 5748-1988 (561).

(560) Posizione del Commissario Antitrust, stata assunta nell'ambito della chiusura del contenzioso riguardante l'Associazione delle Agenzie di Viaggio, Diezenhaus e Amsalem del 25.07.2018, reperibile alla pagina web:<https://www.gov.it/he/Departments/news/associationtravelagents>

(561) Secondo cui "14. (a) The Director-General, upon the application of a party to a restrictive arrangement and after consultation with the Committee for Exemptions and Mergers under Section 23 (hereinafter – the Committee), may by reasoned decision exempt parties to a restrictive arrangement from the obligation to obtain the Tribunal's approval of the arrangement, if he is convinced that all the following apply:)1(The restrictions in the restrictive arrangement do not limit competition in a substantial part of the market affected by the arrangement, or may limit competition in a substantial part of that market but will not significantly harm competition in that market;)2(The main objective of the restrictive arrangement is not the reduction or prevention of competition, and it does not contain restrictions which are not indispensable to the attainment of its objective; (b) The Director-General, after consultation with the Committee, may stipulate conditions for the exemption, alter it or revoke it. (c) Notice of the exemption and its conditions, of alteration of its conditions and of revocation of the exemption shall be given to the parties to the arrangement and to the President of the Tribunal and shall be published in the Official Gazette (d) If an application for an exemption has been submitted for an arrangement on a matter which falls under the jurisdiction of one of the government ministries, the Director-General shall inform the director general of that ministry of the application and shall not decide on the application before fourteen days have elapsed from the date on which the notice was sent. (e) Filing an application for an exemption from obtaining the Tribunal's approval for an arrangement under this section is conditional upon payment of a fee as determined by the Minister and the Minister of Finance. The Ministers may prescribe the manner of updating the fee in regulations under this subsection. 14A. The Director-General shall give his decision within 30 days from the date on which the application under Section 14 reached him, unless he has found

Il tribunale ha anzitutto riconosciuto che si trattava di patti comunemente utilizzati e integranti quindi un modello economico-aziendale accettabile e diffuso, ed ha osservato poi che sino a quel momento simili pattuizioni negoziali non erano mai state discusse in una prospettiva concorrenziale.

Di fatto la prima volta in cui la giurisprudenza israeliana si era posta il quesito della compatibilità delle clausole limitative della concorrenza alla normativa antitrust era stato il caso HHP (Nech) 854/ 4 Hanani Tabor v. Amiad Ya'ol Products, 1972 PM 5755, in cui la corte distrettuale aveva dichiarato che lo scopo della normativa antitrust era quello di vigilare sugli accordi restrittivi della concorrenza e sui monopoli, senza interferire nel rapporto tra datore di lavoro e dipendente.

Sul tema il tribunale citò una pronuncia della Corte Suprema (562) che aveva allo stesso modo ritenuta valida la clausola limitativa della concorrenza alla stregua della sezione 2 (a) della legge antitrust (563), che definisce restrittivo l'accordo stipulato tra persone giuridiche esercenti l'attività di impresa, in base al quale almeno una delle parti si limita in un modo idoneo a impedire o ridurre la concorrenza commerciale con le altre parti dell'accordo, o alcune di esse, ovvero con un soggetto terzo all'accordo.

Secondo il parere del commissario l'esclusione della clausola dall'ambito di applicazione dell'art. 2, lett. (a) della legge si fondava sia sulla dottrina del collateral tying sia sulla dottrina della quota di mercato.

La clausola può essere esclusa dall'ambito di applicazione della citata norma, e quindi non integrare un accordo restrittivo della concorrenza, quando prevede un'obbligazione solo collaterale per le parti e tre condizioni sono cumulativamente soddisfatte: (i) l'impresa che ne beneficia non può essere profittevolmente condotta senza la clausola in

that examination of the exemption application justifies extension of the period by periods of time which cumulatively shall not exceed 120 further days. The Director-General shall give the parties reasoned written notice of such extension". Consultabile presso: chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/competiti onlaw/en/englishite_Economic%20Competition%20Law.pdf.

(562) Tivoul (CA 6222/97 Tivoul 1993 Ltd. contro Shef Hayam (1994) Ltd. et al. Takdin - Alyon 97, (2) 16).

(563) L'art. 2 (a) della Legge antitrust israeliana prevede che: "2. (a) A restrictive arrangement is an arrangement made between persons conducting business, under which at least one of the parties restricts itself in a manner which may prevent or reduce business competition between it and the other parties to the arrangement, or some of them, or between it and a person who is not a party to the arrangement".

esame; (ii) lo scopo della clausola è promuovere legittimamente l'attività d'impresa e il pregiudizio alla concorrenza è solo incidentale, trascurabile e in ogni caso non eccede quanto strettamente necessario all'esercizio di detta attività; (iii) la quota di mercato interessata dall'accordo non è sufficiente a danneggiare l'interesse pubblico.

Secondo la dottrina della restrizione collaterale, l'obbligazione inclusa nell'accordo restrittivo non dovrebbe essere approvata a meno che si tratti di un vincolo essenziale o comunque necessario all'esecuzione dell'accordo e in ogni caso in misura non eccedente quanto richiesto per la sua esecuzione, ovvero quando l'accordo non può essere eseguito arrecando all'interesse pubblico un minor danno.

Secondo il tribunale questa condizione non era soddisfatta nell'accordo di specie che imponeva all'agente immobiliare di astenersi dalla concorrenza con il precedente datore di lavoro per un periodo di tempo limitato, ma entro un'area geografica solo genericamente determinata (i.e. il centro del Paese).

La condizione quindi non solo superava abbondantemente la soglia di quanto necessario a raggiungere gli obiettivi dell'accordo, ma non era neanche necessaria alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante quale il segreto commerciale.

Il tribunale non ha ritenuto soddisfatta né la condizione di necessità della clausola al raggiungimento del risultato avuto di mira né la condizione di ragionevolezza dell'accordo rispetto al raggiungimento di un fine legittimo.

Né la soglia più rigorosa della funzionalità della clausola alla tutela dei segreti commerciali dell'impresa poteva dirsi soddisfatta.

Con riferimento alla natura soggettiva dell'agente immobiliare ai fini dell'applicazione della normativa concorrenziale, il tribunale ha ritenuto che l'agente non potesse essere qualificato quale dipendente né quale titolare di impresa.

Sulla base di tale solo presupposto si sarebbe potuta escludere l'applicabilità del criterio dell'unica entità economica, secondo cui non sono assoggettati ai divieti della legge antitrust gli accordi tra soggetti che non gestiscono attività tra loro indipendenti.

Il commissario aveva applicato il test della quota di mercato per vagliare la validità degli accordi in esame, secondo cui la rilevanza ai fini della normativa antitrust è esclusa ove le parti detengano una quota di mercato non significativa; ma il tribunale non aveva ritenuto soddisfatto l'onere probatorio.

La lettera del testo della sezione 2(a), che definisce restrittivo (anche) un accordo che limiti la concorrenza tra le parti, rende complessa l'applicazione della regola della quota non significativa del mercato perché tale regola ha lo scopo di verificare l'effetto dell'accordo sulla concorrenza nel mercato e non solo rispetto alla concorrenza tra le parti dell'accordo.

Alla luce di quanto precede, non è possibile escludere un accordo dall'ambito di applicazione della legge considerata sulla base della teoria del *de minimis*, poiché questo test è ancorato alla logica dell'assenza di danno per la concorrenza, una logica che non è rilevante per gli accordi elencati nella sezione considerata.

Secondo il tribunale la corretta interpretazione della sezione 2 (b) (3) doveva escludere dalla sua applicazione gli accordi di non concorrenza della specie in esame, considerato che lo scopo della normativa è facoltizzare gli accordi l'esecuzione dei quali costituisce una pratica commerciale redditizia, accettabile e spesso anche auspicabile. Non era per contro possibile statuire, in via generale, che ogni patto di non concorrenza tra un dipendente e il relativo datore di lavoro integrasse un accordo vietato dalla normativa antitrust.

Il tribunale non ha ritenuto che la clausola di non concorrenza di specie rientrasse nell'ambito di applicazione della ripartizione del mercato definita dall'articolo 2 (b) (3) della legge antitrust e che quindi l'accordo potesse integrare un accordo restrittivo come previsto dall'art. 2 (a) della stessa normativa.

Per quanto riguarda l'equilibrio tra l'interesse a tutelare la proprietà del datore di lavoro e la libertà di occupazione del lavoratore e del nuovo datore di lavoro, per quanto importante, il tribunale ha osservato che questi temi non hanno alcuna rilevanza diretta rispetto al tema della concorrenza e non hanno alcun effetto sul grado di pregiudizio per la concorrenza contemplato da questi termini e condizioni.

2.

Software, Brevetti e Copyright.

La sezione 3 della legge israeliana sui brevetti protegge "un'invenzione, sia essa un prodotto o un processo in qualsiasi campo tecnologico, che sia nuova, utile, applicabile

per uso industriale e non ovvia, meritevole di protezione brevettuale”, con esclusione dei fenomeni naturali e delle idee astratte, nonché i processi mentali privi di applicazione concreta (564).

Quando sono in discussione invenzioni implementate al computer, sorgono diverse criticità rispetto all'ammissibilità dell'oggetto dell'invenzione.

Così nella causa *Rozenthal* (565), la corte distrettuale ha confermato il rigetto da parte dell'Ufficio del Brevetto di un'invenzione relativa ai metodi di calcolo poiché l'invenzione rappresentava passaggi meramente mentali di metodi di calcolo e pertanto non era brevettabile.

Successivamente, nella causa *United Technologies* (566), la corte distrettuale ha riformato il rifiuto dell'Ufficio del Brevetto di una domanda di brevetto relativa a un sistema di controllo del motore di un elicottero che consentiva un consumo minimo di carburante durante la modalità di crociera (567), ritenendo che l'invenzione si riferisse ad un apparecchio brevettabile (568).

In questo caso, la corte ha fatto espressa applicazione dei principi espressi nella sentenza resa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella questione *Diehr* (569) ed ha ritenuto che gli elementi fisici dell'invenzione la rendessero brevettabile e che, in particolare, i

(564) Vedi, ad esempio, la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 185 (1981); In Israele, vedi *Miscellaneous Appeals (Tel Aviv) 501/80 Rozenthal Shunia v. The Patent Registrar*.

(565) *Miscellaneous Appeals (Tel Aviv) 501/80 Rozenthal Shunia v. The Patent Registrar*.

(566) M.A. (Gerusalemme) 23/94 *United Technologies Corporation* contro il Registrar dei brevetti.

(567) Il sistema era composto da sensori fisici che misuravano vari fattori e controllavano il consumo di carburante da un sistema computerizzato ad essi collegato.

(568) Il tribunale ha respinto l'argomento dell'Ufficio del Brevetto secondo cui la natura innovativa dell'invenzione risiedeva nel sistema computerizzato ed ha ritenuto che l'intero sistema e l'interazione tra i suoi componenti rendessero l'invenzione brevettabile.

(569) Nella causa *Diehr*, *Diamond v. Diehr*, 450 Stati Uniti 175 (1981), la Corte Suprema ha confermato, per la prima volta, la validità di un'invenzione implementata da un computer. L'invenzione riguardava un processo di indurimento della gomma sintetica durante l'utilizzo di un software. La corte ha ritenuto che la presenza di un software quale parte dell'invenzione non dovrebbe impedirne la brevettazione e ha affermato che l'invenzione dovrebbe essere esaminata nel suo insieme. Il tribunale ha ritenuto l'invenzione proteggibile in quanto comportava “la trasformazione o la riduzione di un oggetto in altro stato o cosa”.

cambiamenti nel consumo di carburante potessero qualificare l'invenzione come un "processo" ammissibile (570).

Nella vicenda Elbit (571), il sostituto cancelliere ha ritenuto che anche se l'uso di un computer comporta un cambiamento tecnologico di una componente non informatizzata dell'invenzione, questo è di per sé sufficiente a rendere brevettabile l'oggetto dell'invenzione e, facendo applicazione del test di ammissibilità dell'oggetto, è possibile

(570) LISS-ADIN, *Intellectual Property Law and Practice in Israel*, Oxford University Press, 2012, p. 527. Nella questione Melinak, invece, (Mozione per la cancellazione del brevetto israeliano n. 142049 Oded Melinak contro Girafa.com, Inc. et al.) la domanda di brevetto riguardava un metodo di presentazione delle immagini in miniatura nelle home page di un sito Web nei risultati dei motori di ricerca. Il vice cancelliere ha annullato il brevetto per vari motivi. Valutando l'ammissibilità dell'oggetto, ha citato la questione United Technologies ed ha affermato che quello era un caso semplice da decidere, poiché l'invenzione copriva solo un'idea di presentazione di contenuti e, per conseguenza, ha dichiarato che il brevetto era nullo.

Nel caso Eli Tamir (Decisione del Registrar Brevetti in materia di Domanda di Brevetto Israeliana n. 131.733 Eli Tamir), la domanda di brevetto riguardava un mero metodo commerciale. Il Registrar ha ritenuto che i metodi commerciali non appartenessero ad alcuna categoria di un settore tecnologico. Inoltre, poiché il titolare del brevetto aveva tentato di modificare la domanda di brevetto originale (che riguardava strettamente un metodo commerciale) e di trasformarla in un'invenzione relativa all'informatica consistente in un metodo commerciale, il Registrar ha esaminato anche la brevettabilità delle invenzioni relative all'informatica. Il Registrar ha ritenuto che, in questo caso, dove la novità e il cuore dell'invenzione risiedevano nella parte metodologica dell'invenzione e non nella parte tecnologica (che serve il solo scopo di trasformare l'invenzione in una realizzazione concreta), l'invenzione non era brevettabile.

Confrontando questa sentenza con la giurisprudenza statunitense, il cancelliere ha di fatto adottato il paradigma *Diamond v. Dickr*, che richiede la presenza di un elemento materiale dominante nell'invenzione relativa al computer. Il cancelliere ha esplicitamente rifiutato la più ampia dottrina di *State Street*, che fornisce un'ampia protezione a qualsiasi invenzione relativa ai computer che produca un risultato utile. Il Registrar ha inoltre affermato esplicitamente che, in Israele, i metodi commerciali di e-commerce che consistono esclusivamente di codice software, non sono conformi ai requisiti di brevettabilità espressi dall'Israeli Patent Act.

È interessante notare che il Registrar ha dichiarato esplicitamente che, in alcuni casi, le invenzioni "ibride" (ovvero, le invenzioni che consistono in un metodo commerciale/software come parte di un prodotto o processo tecnologico) possono godere di protezione brevettuale quando il cuore dell'invenzione è la sua parte tecnologica. Quando il software è parte integrante di un sistema materiale complessivo (come nel caso della United Technologies), l'oggetto dell'invenzione può beneficiare della protezione brevettuale.

Nella vicenda Comperles (Mozione per l'annullamento della registrazione del brevetto israeliano n. 118898 Comperles Ltd. v. Mobidom Ltd.), il cancelliere ha ribadito i principi sanciti nella vicenda Eli Tamir, e ha ritenuto che un metodo di controllo dei parcheggi (costituito da mezzi di telecomunicazione e da una banca dati informatica nell'ambito dell'invenzione) costituisce un puro "metodo commerciale" non proteggibile mediante brevetto.

(571) Decisione del vice cancelliere brevetti in opposizione alle domande di brevetto israeliane n. 126864 e 125755 Biosense Inc. contro Elbit.

ignorare l'aspetto informatico dell'invenzione ed esaminare se il metodo, eseguito in modo manuale (vale a dire, non informatizzato), sia brevettabile (572).

Per requisito di “natura tecnologica tangibile” si intende l'espressione di proprietà materiali di esecuzione dell'invenzione o nella natura dell'operazione che il prodotto o processo eseguono. L'idea stessa di compiere un'azione (controllo, creazione, misurazione, ecc.) utilizzando un computer non può essere considerata un'invenzione di per sé. L'invenzione dovrebbe disporre anche di un carattere tecnologico tangibile. Si deve cioè verificare se il prodotto dell'operazione eseguita o il metodo rientrino nell'ambito di un'invenzione, anche senza la componente informatica (573).

Nella questione Teicher (domanda di registrazione di brevetto n. 171773 Teicher 26 (10.12.2012) l'Autorità per i Brevetti ha spiegato che il cambiamento, o il potenziale di cambiamento prodotto dalla tecnologia dell'invenzione, è il risultato dell'esecuzione di tutti i componenti dell'invenzione.

Quando si esamina la tecnologia e il suo potenziale nel determinare il cambiamento della conoscenza, il riferimento a un componente o a una parte dei componenti tende a risultati fuori contesto. Pertanto, per verificare se un prodotto o un processo costituiscono un'invenzione in ambito tecnologico, è necessario esaminare l'invenzione nel suo insieme senza separare i suoi componenti e senza concentrarsi su uno solo o un gruppo di questi. L'innovazione introdotta dall'invenzione si riferisce allo stato delle conoscenze nel settore professionale in cui è stata sviluppata l'invenzione, che il richiedente del brevetto

(572) Secondo LISS-ADIN, op. cit., p. 529 , il test proposto in questa sentenza è fortemente critico per le invenzioni implementate tramite computer e sembra riflettere un approccio eccessivamente restrittivo. Sembra inoltre essere in esplicita contraddizione con la sentenza degli Stati Uniti nella causa Diehr, che ha respinto l'idea che la componente software debba essere ignorata nella determinazione dell'ammissibilità dell'oggetto. Inoltre, l'approccio del tribunale nella questione United Technologies è stato esplicitamente adottato dal Cancelliere nella sua precedente decisione Eli Tamir, in cui distingueva tra invenzioni implementate al computer, che meritano protezione brevettuale, e quelle che non meritano tale protezione. Pertanto, la decisione nella questione Elbit è incoerente rispetto alla stessa giurisprudenza del PTO, ed estende ulteriormente l'area di non chiarezza nell'area. È interessante notare che le parti nel caso Elbit non hanno sollevato la questione dell'ammissibilità dell'oggetto, e l'intera discussione su questo punto è stata scritta dal vice cancelliere come un puro obiter, ed ha proseguito il sostituto cancelliere esaminando la novità e la non ovvietà dell'invenzione

(573) Vedi ad esempio: la decisione dell'Autorità dei brevetti relativa a Biosense, Inc., Miami, Fla., U.S.A. contro Elbit Systems Ltd., Haifa Israel, opposizione alle richieste di brevetto 126864, 125755, pp. 12-13, 15.

è tenuto a precisare (come indicato nell'articolo 20(a)(1) del Regolamento sui brevetti (Procedure dell'Autorità, Procedure, documenti e tariffe), 1968-1968).

Pertanto, l'innovazione può essere identificata come un contributo dell'invenzione nel suo insieme rispetto alla conoscenza preesistente, soggettivamente identificata dal richiedente il brevetto. Ciò è in contrasto con la ricerca delle conoscenze pregresse ai fini del progresso innovativo secondo un test oggettivo (574).

Il test così formulato è stato ritenuto poco chiaro (575), di difficile applicazione e in contrasto con la citata sentenza Diehr (576) con cui la Corte Suprema statunitense aveva esplicitamente respinto l'idea che la componente software debba essere ignorata nella determinazione dell'ammissibilità dell'oggetto, e ignora la combinazione tra il software e gli elementi concreti del supporto materiali che, in alcuni casi, riflette una sorta di sinergia meritevole di protezione brevettuale.

Alla luce di queste incertezze, nel 2009 l'Ufficio Brevetti israeliano ha chiesto agli operatori del settore di fornire le proprie osservazioni sul tema delle invenzioni implementate al computer. Dopo aver esaminato le varie istanze depositate da un'ampia varietà di parti interessate del settore e dell'accademia, nel dicembre 2010, l'Ufficio Brevetti israeliano ha emesso le seguenti linee guida:

1. L'invenzione, così come descritta nelle rivendicazioni, deve rientrare nel settore della tecnologia. Questo requisito deriva dalla sezione 3 della legge sui brevetti.
2. L'invenzione viene esaminata nel suo insieme, senza distinzione tra le componenti software e le componenti hardware e considerando il software dal punto di vista del suo contributo alla tecnica nota. Il contributo deve essere riflesso nelle rivendicazioni.
3. L'invenzione nel suo insieme deve apportare un contributo che abbia un'autentica espressione concreta in un settore della tecnologia.
4. Il contributo dell'invenzione così come rivendicato dovrebbe essere nuovo e innovativo, come richiesto nella sezione 3 della legge. In alternativa, il processo (nella

(574) Vedi ad esempio: CA 345/87 Hughes Aircraft Company c. Stato di Israele; in proposito anche: AA 4867/92 Sanitovsky c. Ta'ams Ltd., P.D. No(2) 509 (1996).

(575) V. LISS-ADIN, op. cit., p. 529.

(576) Vedi nota (578).

loro interezza) attraverso il quale l'invenzione realizza tale contributo dovrebbe essere nuovo e innovativo.

5. Se il processo rivendicato nella domanda non è altro che la descrizione delle procedure svolte dal software, l'invenzione non può beneficiare della protezione del brevetto. Il software in sé e per sé non rappresenta un'espressione tecnologica, ed è protetto dalle leggi sul diritto d'autore.

Successivamente all'adozione delle linee guida (577), nel caso Digital Layers (578) l'Autorità per i Brevetti ha chiarito che un'invenzione soddisfa il requisito di "carattere tecnologico tangibile" se può essere considerata come la causa di un effetto tecnico nel momento in cui viene eseguita su un computer, al di là della normale interazione tra hardware e software.

C.

Un Tentativo di Rilevazione Empirica delle Pratiche Restrittive della Concorrenza dei Dipendenti nel Settore dei Software di Sicurezza.

Premessa e Formulazione di un'Ipotesi Intermedia.

A questo punto si ritiene l'analisi economico-culturale e giuridica del settore del software di sicurezza del distretto innovativo israeliano sufficientemente matura per sostenere la formulazione di una risposta intermedia alla domanda: il sistema giuridico israeliano promuove un ampio sfruttamento della conoscenza a beneficio dell'intero distretto, come ritenuto in dottrina (579)?

La risposta non può che essere cauta per la semplice ragione che in Israele, come detto, manca una disciplina espressa relativa alla validità dei patti di non concorrenza.

(577) Su cui l'Ufficio Brevetti avrebbe dovuto formulare un chiarimento.

(578) Domanda di brevetto n. 190125 Digital Layers Inc., alle pp. 2, 9 e 10.

(579) Ci si riferisce in particolare ad HYDE-MENEGATTI con rinvio al Capitolo II, § A, 1.7.

Oltre a ciò l'ultima pronuncia della corte suprema israeliana sul tema è assai risalente e non si sono reperite pronunce, rese nei confronti di startup operanti nel settore qui analizzato, posteriori ad essa (580).

Ora, nonostante la corte suprema abbia escluso la validità delle clausole restrittive della concorrenza in sé e ne abbia subordinata la validità alla prova dell'esigenza concreta di tutela di un interesse proprietario o quasi-proprietario ed al successivo test di ragionevolezza e proporzionalità della clausola, la corte non ha mai negato la validità a tali clausole e sembra aver piuttosto fornito una sorta di tutela rafforzata al segreto commerciale; una tutela determinata dalla possibilità non solo di inibire l'utilizzo delle informazioni segrete, ma di limitare anche la concorrenza del dipendente e, con essa, lo sfruttamento della conoscenza tecnologica acquisita presso i concorrenti.

Vi sono inoltre casi in cui la giurisprudenza ha ritenuta proporzionata e ragionevole la clausola che impediva al dipendente la sola concorrenza limitata ai fornitori dell'ex datore di lavoro per un anno, anche in mancanza della previsione di uno speciale corrispettivo o di una speciale formazione in favore dell'ex dipendente (581).

(580) I principi enunciati dalla Corte Suprema israeliana nel caso *Aes v. Sa'ar* trovano uniforme applicazione nella giurisprudenza di merito. In tema di nullità della clausola per la mancata prova dell'esigenza di tutela del segreto commerciale si vedano i seguenti casi: Tribunale distrettuale di Tel Aviv Yafo, *Meno Shroti Ahmim Ltd. V. La Service Ltd*, AA(TA) 2932/00, National Labour Court, *Shachal Telemedicine Ltd. contro Roni Toval EA* (86/08); National Labour Court, *Anthony Corey contro Iroka International Ltd E bis*, 1055/01; Tribunale regionale del lavoro Tel Aviv Yafo, (TA) 3560/07 *LTD International Dynamics Licensing LDI v. Amos Hachmon*; Tribunale distrettuale di Beer Sheva *Gili Bachar v. Arabica P.S. Ltd Ufficio* (BS) 4070-09, National Labour Court *Gideon Raisman v. GG Yarom Getter Ltd* 09/66.

(581) National Labour Court, *Girit Ltd. V. Aviva*, 189/03, secondo cui una limitazione dell'occupazione che impedisca ai dipendenti di stipulare contratti con i fornitori del datore di lavoro per un periodo di soli 12 mesi, non arreca alcun limite alla libertà di occupazione o alla possibilità di sfruttare le capacità professionali dei dipendenti con altri fornitori e clienti, diversi da quelli dell'ex datore di lavoro.

Vedi anche il Tribunale del Lavoro *8CHECKM Ltd. contro Moshe Vakinin*, AB (TA) 3706/07, che sulla base dell'avvenuta copia dei documenti di caratterizzazione del software del datore di lavoro e del tentativo di registrare un brevetto sulle informazioni in essi contenute, che determinavano il ragionevole e reale timore che il dipendente utilizzasse anche il codice sorgente del software, e ritenuto che il campo della pubblicità e della gestione dell'inventario su Internet (ovvero il settore di impiego di specie) fosse abbastanza ampio e che il semplice impiego del lavoratore come amministratore delegato del precedente datore di lavoro non avesse, di per sé, limitato il suo coinvolgimento nella nuova impresa, il giudice ha ritenuto opportuno concedere i rimedi richiesti in merito alla restrizione dell'occupazione per la durata di un anno.

Peraltro, anche l'esame delle considerations, sulle quali la giurisprudenza fonda il test di ragionevolezza e proporzionalità della clausola, ha prodotto esiti divisivi: i tribunali spesso nel dichiarare la validità della clausola ne limitano in giudizio la durata, se ritenuta sproporzionata (582), e la considerazione dell'erogazione di un corrispettivo viene talvolta ritenuta soddisfatta dal corrispettivo percepito dal lavoratore per la propria mansione, ancorché non specificamente previsto per la rinuncia alla concorrenza ma adeguato alle circostanze.

È vero per contro che la sezione 7 della Legge sui Commercial Torts israeliana stabilisce che “nessuno è responsabile per il furto di un segreto commerciale, se si è verificata una delle seguenti condizioni: La conoscenza incorporata nel segreto commerciale gli è pervenuta durante il suo lavoro per il proprietario del segreto; il segreto commerciale e questa conoscenza entrarono a far parte delle sue competenze professionali generali”, ma questa norma riguarda le competenze generali (quali ad esempio il metodo di lavoro che il dipendente aveva appreso durante il suo periodo di lavoro presso il datore di lavoro) entrate a far parte della conoscenza e dell'esperienza del lavoratore e che si sono aggiunte alle sue capacità professionali, come naturalmente accade nel corso di un rapporto di impiego.

Ancora, si veda il Tribunale distrettuale di Tel Aviv-Yafo, Bekto Seal Ltd. contro Eran Win, (TA) 1058-07 che ha ritenuta la restrizione della concorrenza commessa dalla convenuta giustificata e ragionevole nella misura in cui riguardava la coltivazione e la commercializzazione di varietà vegetali riferibili alla conoscenza riservata del datore di lavoro per cinque anni, atteso che non si trattava di un divieto di esercitare la professione per un certo periodo di tempo, ma di una restrizione specifica e mirata della professione ad un campo ristretto e il lavoratore era stato compensato ancorché non specificamente per la rinuncia alla concorrenza.

(582) I tribunali di primo grado vi hanno fatto ricorso di sovente per non dichiarare la nullità dell'intera clausola, vedi ad esempio il Tribunale regionale di Tel Aviv, New-Pharm Drugstores Ltd. Vs. Yossi Goldhamer-Super-Pharm, BA 200704/99 (n. 911924/99), che ha ridotto da 22 a 12 mesi il divieto di non concorrenza; così anche il Tribunale Regionale di Tel Aviv Girit Ltd. V. Aviva, del 4588/02 che ha considerato e bilanciato il principio della libertà di occupazione da un lato, e il dovere di buona fede e di fedeltà dall'altro, ha tenuto conto delle circostanze e degli interessi di entrambe le parti e degli obblighi dei dipendenti convenuti e ha limitato l'occupazione dei lavoratori per un periodo di sei mesi a partire dal giorno del loro licenziamento, senza neanche imporre all'ex datore di lavoro il pagamento di una somma per la limitazione dell'occupazione, in quanto non espressamente richiesto dai lavoratori all'atto della costituzione in giudizio.

Altra cosa è per esempio l'elenco dei clienti ovvero altro elemento dotato di autonoma rilevanza e che non può essere incluso nelle "competenze professionali" del dipendente (583).

Sembra quindi che il sistema così ricostruito, nonostante realizzi una debole (ma non assente, come ipotizzato nel capitolo II) applicazione delle pratiche limitative della concorrenza del dipendente, persegua una ratio egualmente protezionistica degli interessi proprietari.

1.

Delimitazione dell'Oggetto dell'indagine: il Patto di Non Concorrenza.

Ci si è quindi chiesti se e in quale misura, all'interno di un sistema giuridico quale quello israeliano in cui la giurisprudenza (584) ha posto una soglia particolarmente elevata alla prova della validità di un patto limitativo della concorrenza del dipendente in giudizio, le pratiche restrittive della concorrenza dei dipendenti siano impiegate nelle prassi imprenditoriali dei sistemi informatici di sicurezza, e quale percezione di esse abbiano i

(583) In questo senso per esempio vedi il Tribunale del lavoro regionale di Tel Aviv – Yafo, *Amsalem Tourism and Vacation Ltd vs. Maria Sharifov*, 40619-04-15, (ebraico). Il caso riguardava l'uso illecito del database dei clienti dell'azienda da parte dell'ex dipendente e, in collaborazione con un ex collega, la fornitura di servizi identici a quelli forniti dal datore di lavoro attraverso una società concorrente e l'appropriazione indebita del segreto commerciale consistito nel database dei clienti, il database dei fornitori dell'azienda, i listini prezzi, le procedure di lavoro e i protocolli con le varie istituzioni mediche, e metodi di lavoro. Il tribunale ha ritenuto che i metodi di lavoro del datore di lavoro non costituissero un segreto commerciale perché privi di unicità e, in ogni caso, secondo il tribunale anche volendo considerare il metodo di lavoro del datore di lavoro o parte di esso come un segreto commerciale, il suo utilizzo non poteva essere considerato furto di un segreto commerciale, alla luce dell'art. 7. (a) della Legge sui danni commerciali. La conoscenza dei metodi di tariffazione, dei metodi di gestione delle negoziazioni diventa una componente dell'esperienza professionale di una persona, che non può più essere rimossa o il cui uso non può essere vietato, ed è quindi parte delle sue competenze professionali. La dipendente non aveva ricevuto uno speciale compenso per la limitazione della sua occupazione e la retribuzione che le veniva corrisposta non era una retribuzione particolarmente elevata, non era compensativa e non giustificava una limitazione dell'occupazione. Né il datore di lavoro aveva investito risorse speciali per la sua formazione. La dipendente non aveva partecipato a un corso professionale a spese del datore di lavoro, non aveva frequentato un corso esterno all'azienda e non era stata fornita alcuna prova che la sua formazione come dipendente in grado di lavorare in modo autonomo fosse stata eccezionalmente lunga o costosa. Il tribunale ha però ritenuta una violazione del dovere di fedeltà e lealtà del dipendente l'uso della lista dei clienti fatta dall'ex dipendente in costanza di impiego.

(584) Si rinvia al § B. 1, del presente Capitolo.

dipendenti che le hanno accettate e gli imprenditori che le applicano, in termini di limitazione della libertà di occupazione e della concorrenza.

Occorre considerare che oggi il distretto tecnologico israeliano, secondo le parole della stessa Autorità israeliana per l'Innovazione (585), affronta talune criticità: si osserva un certo rallentamento nella crescita e, in particolare, una recente decrescita nella produzione di innovazione tecnologica (586), certamente determinata da una pluralità di fattori di cui si è (587) tentato di rendere conto nei paragrafi precedenti. Si tratta di criticità che stimolano ulteriormente l'indagine sul collegamento eventualmente esistente tra la produzione di innovazione e il sistema giuridico (588).

L'analisi di Gilson sul ruolo della nullità del patto di non concorrenza nella costruzione del cluster della Silicon Valley ha potuto poggiare sulla previa analisi socio-culturale di Saxenian; analisi purtroppo mancante nel distretto israeliano.

Questo studio vuole quindi offrire un contributo nell'analisi del paradigma innovativo israeliano attraverso un confronto concreto tra i principi giuridici affermati dalla giurisprudenza israeliana in tema di pratiche restrittive della concorrenza dei lavoratori (in un'ottica incentivante la libertà di assunzione imprenditoriale a favore dello sviluppo del settore innovativo tecnologico) e le prassi esistenti nell'attuale settore delle startup israeliane del software di sicurezza.

Lo scopo è tentare di individuare quel formante del diritto vivente che è la "coscienza sociale" della norma (in questo caso del precedente giurisprudenziale) quale elemento che concorre alla realizzazione di un diritto effettivo, distinto da quello scritto, cui è affidata la tutela dei diritti soggettivi (589).

(585) Vedi § A. 3, del presente Capitolo.

(586) IBIDEM.

(587) Tra le perplessità sollevate dall'Autorità israeliana vi erano anche le preoccupazioni manifestate dagli investitori esteri dovute all'instabilità politica e alla proposta riforma costituzionale, precedenti all'inizio della guerra del 7 ottobre 2023 (ancora in corso) e le cui conseguenze sull'economia israeliana non sono state tenute in considerazione nella redazione della presente dissertazione.

(588) V. J. BENDELAC, *Nation Start-up, la fin d'une ère?*, Confluences Méditerranée, n. 119/2021, pp. 55-64.

(589) Secondo la prevalente dottrina, «la verbalizzazione del formante giurisprudenziale nella dottrina del diritto vivente» nel nostro Paese è conseguita proprio «alla riflessione condotta dalla Corte costituzionale che con la propria giurisprudenza ha riconosciuto espressamente il suo valore», M. CAVINO, *Diritto vivente*, voce in *Digesto pubbl.*, 2010. L'origine ed i molteplici significati di tale locuzione, indagati

da una copiosa e sterminata elaborazione dottrinale, Tra i moltissimi contributi sul tema, cfr. G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, 47; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138), in *Giur. cost.*, 1998, 1082; ID, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, *ivi*, 1984, I, 300; T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352; ID, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, *ivi*, 1958, 14; AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; G. BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in *Jus*, 1997, 139; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005; F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata* (ovvero della comodità del giudicare), in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41; M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 396; C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. NOCILLA, Milano, 1992; ID, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605; S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82; F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 195; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale* (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354), in *Foro it.*, 1998, I, 14; T. LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 568; S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente»* (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino), in *Giur. cost.*, 1989, II, 22; L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990; C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1979, 149; D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 619; C. MESSNER, *«Diritto vivente» - Performativo, non discorsivo*, in *Politica del diritto*, 2011, 413; M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, Torino, 2011; M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI, Torino, 2002, 64; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994; ID, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, 366; ID, *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici* (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410), *ivi*, 1995, I, 474; ID, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 3672; ID, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, *ivi*, 1991, I, 641; ID, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università Ferrara*, V, III, 1989, 100; E. RESTA, *Diritto vivente*, Bari, 2008; R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impr.*, 2013, 577; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148. Per riferimenti nella letteratura straniera, ex plurimis, T. BOMBOIS, N. DUPONT, *Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du «droit vivant»? Jurisdiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi*, in *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, a cura di M. CAVINO, Milano, 2009, 113; J. BORÉ-L. Boré, *La Cassation en matière civile*, Parigi, 2003; G. ROUHETTE, *Une fonction consultative pour la Cour de cassation*, in *Mélanges A. BRETON e F. DERRIDA*, Parigi, 1991; E. EHRlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. it., Milano, 1976; R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *Amer. Law Rev.*, 44, 1910, 12.

Le diverse tesi ricorrenti sul tema del ruolo svolto dalle pratiche restrittive della concorrenza dei lavoratori nella limitazione della circolazione dell'innovazione (590), l'assenza di contenzioso recente in queste materie tra le startup del software di sicurezza, e il recente rallentamento dell'eco-distretto hanno incoraggiato una ricerca empirica delle prassi esistenti tra gli operatori economici del segmento produttivo considerato, di cui si intende esporre i risultati (591).

La ricerca mirava a verificare la possibilità di una rilevazione empirica (592) delle prassi imprenditoriali e dei dipendenti del settore della cyber security.

Inoltre, l'indagine voleva operare una ricostruzione delle prassi e delle opinioni degli imprenditori e dei dipendenti del settore del software di sicurezza da utilizzare come premessa per un raffronto con alcune tesi avanzate in dottrina (593) e in giurisprudenza (594) in merito ai patti di non concorrenza del lavoratore. Più in particolare: ci si è proposti di rilevare se ed in quale misura le prassi relative ai patti di non concorrenza, i trade secrets e lo storno dei dipendenti varino in funzione di determinati fattori economici e socioculturali e quali essi siano, e di conoscere le opinioni degli imprenditori e dei

(590) Vedi Capitolo I.

(591) Anzitutto esprimo un ringraziamento al Professor Andrea Ottolia dell'Università di Genova per lo stimolo a intraprendere la ricerca empirica nel distretto di Tel Aviv-Yafā con l'adozione del metodo qualitativo dell'intervista e per i proficui dialoghi sui risultati dell'indagine.

Devo inoltre sinceri ringraziamenti al Professor Michal Birnak, Tel Aviv University, per i dialoghi sulla ricerca e per l'ampia diffusione della presentazione dell'indagine qualitativa (il sito è ancora consultabile all'indirizzo: <https://sites.google.com/view/spillovers-is-it/home>).

Ringrazio poi il Major Gen. (Res) Prof. Maj. Gen. Isaac Ben-Israel, direttore della Tel Aviv University del Security Studies Program, del Blavatnik Interdisciplinary Cyber Studies Centre e del Head of the Yuval Ne'eman Workshop for Science, Technology and Security, per i fecondi colloqui durante i quali ha generosamente condiviso il proprio punto di vista sulla nascita e lo sviluppo del distretto innovativo israeliano e per l'invito alla Cyber Week 2023, organizzata presso l'Università di Tel Aviv, durante la quale ho potuto incontrare personalmente alcune startup operanti nel distretto innovativo della cyber security (alcune delle quali hanno partecipato alla ricerca mediante intervista).

(592) Un precedente autorevole sull'uso della rilevazione empirica sperimentale nella ricerca giuridica si deve al rilevante contributo di L.C. UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, Rivista di Diritto Industriale, Giuffrè, II/1975, il quale, mediante il metodo statistico del questionario compilato da due associazioni imprenditoriali di categoria, ha operato una ricostruzione delle prassi degli imprenditori, da utilizzare come premessa per un raffronto con alcune tesi avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in sede di interpretazione dell'art. 2598 n. 3 c.c. in merito alla correttezza dei vari atti di concorrenza.

(593) Ci si riferisce qui a GILSON, op. cit., e si rinvia al Capitolo I, § B.

(594) Ci si riferisce alla giurisprudenza israeliana analizzata nel Capitolo III § B.

lavoratori in ordine alla esistenza, all'origine ed alla natura di eventuali regole non scritte di concorrenza.

La ricerca non poteva rilevare le valutazioni degli imprenditori rispetto a tutte le pratiche di trattenimento del dipendente e di limitazione concreta della sua libertà di circolazione all'interno e fuori il distretto innovativo e pertanto si è scelto di concentrare le interviste su alcune aree di approfondimento.

(a) Ci si è anzitutto proposti di verificare le caratteristiche dell'industria delle startup israeliane del settore del software di sicurezza e il grado di concorrenzialità di quel segmento del mercato del lavoro (595);

(b) in un'ottica di confronto con le considerations utilizzate dalla giurisprudenza israeliana ai fini dello scrutinio di legittimità dell'interesse del datore di lavoro e nel test di ragionevolezza e proporzionalità della clausola, ci si è proposti di ricostruire le valutazioni degli imprenditori rispetto a: la concorrenza dei dipendenti e alla circolazione dell'innovazione all'interno del distretto per il tramite dei dipendenti; la percezione dei dipendenti dell'incidenza dei patti limitativi della concorrenza sulla propria libertà di occupazione e sullo sfruttamento del know-how acquisito nei precedenti impieghi, e il grado di deterrenza esercitato da tali pattuizioni rispetto allo sviluppo di un'autonoma iniziativa imprenditoriale ovvero all'impiego presso un concorrente; (596);

(c) ci si è poi proposti di verificare le opinioni degli imprenditori e dei lavoratori circa l'esistenza o inesistenza di regole di concorrenza non scritte relative ai rapporti tra gli ex dipendenti e i datori di lavoro, la natura di tali eventuali regole non scritte e i soggetti da cui queste sono eventualmente espresse.

(595) Oltre all'eventuale collegamento del distretto con gli istituti universitari di ricerca ovvero con il comparto militare della difesa e l'effettivo beneficio degli spillover da questo provenienti, le dimensioni economiche delle startup e l'accesso a investimenti pubblici o privati.

(596) Seguito in caso di positivo esito dal test di ragionevolezza e proporzionalità della clausola negoziale.

2.

Delimitazione del Campione: gli Imprenditori e i Dipendenti del Settore del Software di Sicurezza del Distretto di Tel Aviv-Yāfā.

Così circoscritto l'ambito oggettivo della rilevazione, si è delimitata anche la categoria dei soggetti ai quali l'indagine è stata estesa.

Rilevato lo sviluppo prevalente del software all'interno del distretto israeliano (597), si è deciso di rilevare le prassi di un gruppo omogeneo di imprenditori e di lavoratori operanti nel settore merceologico del software di sicurezza; un settore industriale di cui Israele è tra i maggior produttori ed esportatori a livello internazionale (598).

Questa scelta è stata motivata anzitutto dalle descritte caratteristiche del mercato dei software di sicurezza e delle peculiarità regionali, che hanno originato e sorretto il distretto nel corso della sua affermazione nei relativi mercati. Si intendeva verificare se le valutazioni imprenditoriali e dei dipendenti variano in funzione al diverso settore merceologico in cui entrambe le categorie operano.

Inoltre, i precedenti giurisprudenziali delle corti israeliane in materia di patti di non concorrenza sono stati resi nei confronti di imprese operanti in questo settore.

L'individuazione del gruppo di imprenditori e di lavoratori nell'ambito del quale effettuare la rilevazione empirica è stata determinata anche da ragioni pratiche: l'avvicinamento con gli operatori del distretto è stato infatti agevolato dalla partecipazione alla conferenza internazionale in tema di cyber security (Cyber Week), organizzata annualmente presso l'Università di Tel Aviv e, in particolare, alla sezione

(597) Vedi il § A. 3 del presente Capitolo.

(598) L'industria israeliana della sicurezza informatica ha continuato il suo trend di crescita nel 2021. I dati raccolti ed elaborati dall'Israel National Cyber Directorate (INCD) mostrano che, rispetto al 2020, il numero di fondi raccolti dall'industria israeliana della sicurezza informatica è triplicato e ha raggiunto la cifra record di circa 8,8 miliardi di dollari. Ulteriori record sono stati stabiliti nelle esportazioni informatiche complessive e nel numero di aziende israeliane che sono entrate tra le aziende stimate oltre il miliardo di dollari (Unicorn). Secondo i dati, nel 2021 l'industria informatica israeliana ha raccolto 8,8 miliardi di dollari in oltre 100 accordi diversi, il triplo rispetto all'anno precedente. Secondo i dati, un'azienda c.d. unicorn nel settore della sicurezza informatica su tre è un'azienda israeliana. Secondo i dati dell'Israeli Export Institute, le esportazioni informatiche complessive sono state pari a 11 miliardi di dollari nel 2021. Dati reperibili all'indirizzo https://www.gov.il/en/departments/news/2021cyber_industry.

dedicata alla presentazione delle startup innovative (Startup Exhibition), durante la quale si è raccolta l'adesione all'indagine dei fondatori e dei lavoratori presenti (599).

Inoltre la scelta è stata motivata dalla considerazione del tipo di imprese che possono essere maggiormente interessate dal fenomeno della concorrenza dei dipendenti: normalmente il contenzioso relativo alla violazione di un patto di non concorrenza riguarda i lavoratori qualificati e le startup operanti nel settore del software di sicurezza normalmente dispongono di un numero contenuto di dipendenti (600), la più parte dei quali sono altamente specializzati perché dedicati al settore della ricerca del software ovvero sono in ogni caso a conoscenza di rilevanti trade secret aziendali relativi alla commercializzazione del prodotto.

Si ritiene quindi che, per questo settore, il fenomeno della concorrenza dell'ex dipendente possa assumere un significativo rilievo economico per entrambe le categorie (datore di lavoro e dipendente) e la dimensione economica delle imprese partecipanti all'indagine (601) è stata ritenuta una condizione rilevante ai fini del consolidamento di una prassi imprenditoriale e del dipendente in proposito da analizzare.

La dimensione economica delle startup, il cui capitale è destinato alla ricerca e allo sviluppo del software, ne fa quindi un gruppo particolarmente interessato alla protezione degli interessi proprietari e poco propenso al rischio della loro diffusione a beneficio dei concorrenti per il tramite dei propri dipendenti.

(599) Vedi il programma e la descrizione del convegno sul portale <https://cyberweektau.com/>.

(600) Il campione ha coinvolto startup con un numero di dipendenti variabile tra 1-50, 51-200 e 201-500. Tutti i dati relativi alle startup con sede in Israele sono consultabili al portale <https://finder.startupnationcentral.org/startups/search>.

(601) Sul tema si veda L.C. UBERTAZZI, op. cit., p. 163; in questo caso il valore del capitale raccolto dalle startup le divide in quattro sezioni, ovvero: (i) le startup di valore oscillante tra i 40 e i 50 milioni, (ii) una seconda sezione con capitale compreso tra i 4,5 e i 6 milioni e (iii) un campione che comprende una sola azienda ancora in fase stealth e che pertanto, al momento dell'intervista e della redazione della presente dissertazione, non ha ancora pubblicato i dati relativi ai finanziamenti ricevuti e (iv) una sola startup che ha raggiunto il valore di 100 milioni di investimenti. Tutti i dati relativi alle startup con sede in Israele sono consultabili al portale <https://finder.startupnationcentral.org/startups/search>.

3.

Il Metodo di Rilevazione: le Interviste Individuali.

L'analisi empirica ha adottato la tecnica di raccolta di dati qualitativi mediante interviste individuali approfondite, in quanto ritenuto (602) uno dei metodi più efficaci per generare tali dati grazie alla flessibilità che tale strumento riconosce al ricercatore per approfondire nuove aree e possibili aspetti prima poco o affatto discussi in letteratura (603).

Nel caso di specie, l'intervista con datori di lavoro e lavoratori del settore dei software di sicurezza ha consentito di delineare alcune peculiarità del distretto, di approfondire il grado di conoscenza del distretto israeliano (in base all'esperienza dell'interlocutore intervistato e in considerazione del grado di comprensione degli istituti giuridici considerati) e il grado di deterrenza ovvero di promozione alla circolazione dei lavoratori esercitato dalle norme giuridiche considerate.

Il metodo delle interviste ha consentito di garantire l'anonimato agli intervistati nel rispetto degli obblighi di riservatezza assunti nei rispettivi contratti di lavoro (604).

Circa 20 imprenditori e lavoratori, operanti nel settore del software di sicurezza nel distretto di Tel Aviv-Yāfā (605), sono stati intervistati di persona, oppure tramite la piattaforma Zoom, in lingua inglese e per una media di 60 minuti ciascuno.

Si è proceduto secondo il principio della saturazione dei dati, la cui soglia è raggiunta quando le informazioni raccolte paiono sufficienti per la replica dello studio (606).

(602) G. MCCracken, *The Long Interview*, SAGE Publications, 1988, disponibile al sito <https://doi.org/10.4135/9781412986229>.

(603) Inoltre tale metodo ha consentito l'adeguata esposizione della natura, del fine e del metodo della ricerca agli intervistati ed ha fornito un ampio spazio di approfondimento individuale, calibrato alle caratteristiche e all'esperienza individuale del soggetto intervistato. Alcuni dei lavoratori intervistati hanno condiviso i propri contratti di lavoro consentendo l'analisi delle clausole negoziali disciplinanti la concorrenza del dipendente.

La scelta del metodo qualitativo è stata dettata anche da ragioni pratiche: i tentativi di raccolta dei dati mediante formulari non hanno sortito esiti positivi.

(604) Ciò vale soprattutto per i dipendenti e sebbene i CEO e i fondatori abbiano generalmente rinunciato all'anonimato, è stato adottato come regola generale di elaborazione dei dati.

(605) Le interviste hanno avuto luogo nel corso del periodo di studio presso l'Università di Tel Aviv S. Horowitz IP Institute, nell'arco del primo semestre del 2023.

(606) La ricerca quantitativa non è sempre opportuna per rispondere ad alcune domande relative alla natura dell'imprenditorialità, W. B. GARTNER E S. BIRLEY, *Introduction to the special issue on qualitative methods in entrepreneurship research*, Journal of Business Venturing, 2002, 17(5), pp. 387–

Le interviste sono state registrate e trascritte, rispettando la richiesta di anonimato dell'intervistato.

4.

Elaborazione dell'itinerario di ricerca.

Le domande (607) rivolte agli imprenditori e ai lavoratori intervistati sono state anzitutto formulate sulla base delle caratteristiche del mercato del lavoro e del prodotto del software di sicurezza e dei principi espressi dalla giurisprudenza israeliana in tema di validità del patto di non concorrenza del dipendente (608); sono state poi in parte riformulate a seguito dei colloqui e degli incontri informali intrattenuti con alcuni degli operatori del distretto innovativo di Tel Aviv-Yāfā, e a seguito dei colloqui con il

395 [https://doi.org/10.1016/S0883-9026\(01\)00077-5](https://doi.org/10.1016/S0883-9026(01)00077-5) e KARATAS-OZKAN, M., ANDERSON, A. R., FAYOLLE, J. HOWELLS, R. CONDOR, *Understanding Entrepreneurship: Challenging Dominant Perspectives and Theorizing Entrepreneurship through New Postpositivist Epistemologies*, *Journal of Small Business Management*, 2014, 52(4), pp. 589–593, disponibile al sito <https://doi.org/10.1111/jsbm.12124> hanno sottolineato che alcune rilevanti questioni legate all'imprenditorialità possono essere affrontate solo con un lavoro qualitativo.

Questo studio è concepito come uno studio esplorativo basato sulla raccolta di dati qualitativi tecniche. La ricerca si basa su interviste individuali approfondite come tecnica di raccolta dei dati qualitativi che, secondo G. MCCracken, *The Long Interview*, 1988 SAGE Publications, disponibile al sito <https://doi.org/10.4135/9781412986229>, è uno dei più efficaci metodi per generare dati qualitativi, grazie alla grande flessibilità che consente al ricercatore di entrare in nuove aree e ispezionare possibili aspetti che non sono discussi in letteratura o descritti nelle domande dell'intervista, S. Q. QU E J. DUMAY, *The qualitative research interview. Qualitative Research in Accounting & Management*, 2011, 8(3), 238–264. <https://doi.org/10.1108/11766091111162070>. Può portare a una comprensione più profonda e approfondita degli atteggiamenti e delle percezioni degli imprenditori, quando possono esprimere illimitatamente le loro esperienze. Tuttavia, questa tecnica di raccolta di dati ha richiesto tempo per essere condotta e analizzata, J. SMITH, R. HARR E L. V. LANGENHOVE, *Rethinking Methods in Psychology* SAGE Publications, 1995, P. FUSCH E L. NESS, *Are We There Yet? Data Saturation in Qualitative Research*, *The Qualitative Report*. Advance online publication 2015, disponibile al sito <https://doi.org/10.46743/2160-3715/2015.2281>, U. KUCKARTZ, *Qualitative Text Analysis: A Guide to Methods, Practice & Using Software*, SAGE Publicatio 2014, disponibile al sito <https://doi.org/10.4135/9781446288719>, M. HLADY-RISPAL ED E. JOUISON-LAFFITTE, *Qualitative Research Methods and Epistemological Frameworks: A Review of Publication Trends in Entrepreneurship*, *Journal of Small Business Management* 2014, 52(4), 594–614, disponibile al sito <https://doi.org/10.1111/jsbm.12123>.

(607) Si rinvia allo schema di domande rivolte ai soggetti intervistati nell'appendice della dissertazione, con la precisazione che il grado di approfondimento delle domande è stato poi adattato all'esperienza del soggetto intervistato, in accordo al metodo qualitativo adottato.

(608) Vedi il § B. 1 del presente Capitolo.

Professore Amir Khoury, direttore del S. Horowitz Institute for Intellectual Property, il Professore Michal Birnak, il Professore David Gilo, il Professor Guy Mundlak, la Professoressa Niva Elkin Koren, il Professore Kobi Kastiel, il Dr. Ayal Shenhav della Facoltà di Legge dell'Università di Tel Aviv, la Professoressa Jackie Goren direttrice del programma Sofaer Global MBA Collier School of Management dell'Università di Tel Aviv, il Professor Isaac Ben-Israel direttore del Security Studies Program, del Blavatnik Interdisciplinary Cyber Studies Centre e del Yuval Ne'eman Workshop for Science, Technology and Security all'Università di Tel Aviv, la Dr. Liron Zusman-Azulay, general counsel del centro Ramot dell'Università di Tel Aviv (609), la Professoressa Orly Lobel dell'Università di San Diego, e la Professoressa Michal Gal dell'Università di Haifa (610).

Il materiale raccolto attraverso il dialogo con un numero certamente contenuto di imprenditori e lavoratori (611) non rappresenta la realtà di tutti gli imprenditori e dipendenti operanti nel settore del software di sicurezza del distretto di Tel Aviv -Yāfā (Israele), ma si ritiene rilevante per tentare di ricostruire le prassi e le opinioni degli operatori di quel settore del distretto, con un certo grado di approssimazione determinato dal campione coinvolto.

L'esame delle risposte ha consentito di apprezzare una certa omogeneità interna al settore (612).

(609) E grazie ad ogni altra occasione di incontro con gli operatori del distretto innovativo di Tel Aviv.

(610) Ai quali desidero esprimere congiuntamente il mio ringraziamento per il prezioso contributo nella ricerca delle fonti e della giurisprudenza israeliana, anche in lingua ebraica. Sono inoltre in particolare grata al fondamentale supporto nel reperimento della giurisprudenza in lingua ebraica ad Hana Liashkevich, Head of Reference & Patron services, Interlibrary loan & Information literacy instruction Dept., presso la David J. Light Law Library dell'Università di Tel Aviv.

(611) Il numero delle startup operanti nel settore della cybersecurity con sede nel distretto di Tel-Aviv-Yafo (Israele) secondo la banca dati nazionale Startup Nation Finder è pari a 203, vedi <https://finder.startupnationcentral.org/startups/search?§orclassification=agxzfmlsbGlzdHNpdGVyJAsSF0Jhc2VDbGFzc2lmaWNhdGlvbklvZGVsGICA4LvcjtcIDA&location=agxzfmlsbGlzdHNpdGVyIgsSB0dlb0NpdHkiFVRlbC1Bdml2LVlhZm9fX0lzcmlbAw&status=Active> (ultimo accesso il 20 giugno 2024).

(612) Evidenziata dal rilievo di un'unica esperienza imprenditoriale dissonante rispetto al campione omogeneo intervistato.

5.

Risultati dell'Indagine Empirica.

L'analisi sintetica del campione di soggetti intervistati ha consentito di ricostruire alcune prassi seguite dagli imprenditori del settore del software di sicurezza del distretto di Tel Aviv-Yāfā e le opinioni espresse dai dipendenti di quello stesso distretto in merito alle pratiche limitative della concorrenza impiegate dal lato datoriale, qui elencate insieme alle variabili culturali ed economiche proprie di ciascuna esperienza individuale. L'indagine consentirebbe di evidenziare che:

(i) il contesto economico di provenienza dei fondatori-imprenditori e dei lavoratori delle startup non è percepito dal campione intervistato quale fattore promotore o disincentivante lo sviluppo dell'iniziativa economica o la propria formazione professionale;

(ii) il contesto di provenienza demografico dei fondatori-imprenditori e dei lavoratori delle startup appare sufficientemente omogeneo, in particolare: i soggetti intervistati sono per ascendenza di confessione ebraica e di cittadinanza israeliana (tre dei dipendenti intervistati, impiegati nel settore commerciale dell'impresa, sono di provenienza britannica e hanno poi conseguito la cittadinanza israeliana sulla base della Law No. 5710-1950, The Law of Return), appartengono al genere maschile (eccetto una dipendente), non sono di confessione religiosa ebraica-ultra-ortodossa (solo uno dei dipendenti intervistati si è definito come religioso praticante);

(iii) gli imprenditori e i dipendenti intervistati impiegati nel settore della ricerca e dello sviluppo del software hanno svolto il servizio militare obbligatorio nell'Unità 8200 dell'esercito (eccetto un imprenditore e un dipendente occupato nell'area commerciale);

(iv) il percorso di formazione è stato valutato quale fattore determinante per l'accesso alla carriera del software di sicurezza (613): gli imprenditori e i dipendenti

(613) Esclusi, quindi, i dipendenti del settore commerciale delle startup ed eccetto un fondatore, laureato in giurisprudenza e non assegnato al dipartimento dell'intelligence durante il periodo militare obbligatorio, titolare della startup più matura tra quelle parte del campione, in termini di numero di dipendenti, round di investimenti finanziari e stato di sviluppo del prodotto.

intervistati impiegati nel settore della ricerca e dello sviluppo del software hanno svolto il servizio militare obbligatorio nell'Unità 8200 dell'esercito (614) dove hanno avuto accesso ad un'elevata formazione scientifica nel settore degli studi di sicurezza, ritenuta di grado equivalente/superiore al percorso accademico (615);

(v) la provenienza dalla stessa unità dell'esercito è valutata positivamente all'unanimità (616) dei soggetti intervistati per il processo di reclutamento ed è percepita come un fattore che riduce i costi derivanti dal rischio di una infruttuosa assunzione e di transazione, garantendo il reclutatore sulle capacità non solamente tecniche acquisite dal candidato, ma anche sulle c.d. soft skill e sulla sua affidabilità personale-professionale (617);

(vi) gli imprenditori intervistati reclutano personale già formato e con un'esperienza lavorativa non inferiore ai cinque anni di anzianità, preferibilmente maturata nell'esercito (618) e non forniscono alcuna formazione specializzante o di aggiornamento professionale durante il periodo di lavoro;

(vii) tutti i dipendenti intervistati cambiano o prevedono di cambiare impiego entro un periodo di tempo stimato in 3-5 anni e così integrano, ad ogni nuova esperienza lavorativa, la propria retribuzione sino alla metà di quanto percepivano dal precedente datore di lavoro;

(viii) tutti gli imprenditori prevedono una remunerazione percentuale in stock-option in favore dei dipendenti; la valutazione di questa forma di pagamento da parte dei dipendenti è mutevole: un dipendente-ingegnere ha scarsa conoscenza del funzionamento dell'opzione e prevede di non esercitarla; un altro dipendente-ingegnere ha esercitato

(614) Eccetto uno degli imprenditori intervistati.

(615) Uno degli intervistati, ad esempio, si è formato come programmatore nell'Unità 8200 dell'esercito israeliano ed è oggi impiegato con la qualifica di ingegnere del software, sebbene non abbia mai conseguito il relativo titolo. L'intervistato ha interrotto il percorso universitario ritenendo sufficientemente matura, per il mercato del lavoro del settore, la formazione previamente acquisita nell'esercito ("I don't need this [la formazione universitaria], I know this stuff").

(616) Eccetto uno degli imprenditori intervistati, il quale recluta il personale più qualificato anche dai centri di ricerca universitari.

(617) La comunità militare fornisce al reclutatore le necessarie informazioni personali e professionali del candidato. Sovente, il fondatore ha conosciuto il dipendente direttamente nell'Unità militare in cui ha prestato servizio e l'assunzione è stata diretta.

(618) Eccetto uno degli imprenditori intervistati.

l'opzione e conseguentemente percepisce il proprio impegno professionale in azienda come collegato al profitto realizzabile quale socio dell'azienda, non violerebbe il patto di non concorrenza per non pregiudicare l'azienda di cui detiene una partecipazione e svalutare la propria quota; altro dipendente-responsabile del settore commerciale stima di possedere una buona conoscenza della valutazione economica sui mercati dell'azienda, intende esercitare l'opzione in un'ottica speculativa e giudica inoltre positivamente il pagamento in stock-option, che preferisce rispetto al pagamento in provvigione; l'opzione è anche percepita come uno strumento con cui l'azienda esprime cura verso il dipendente;

(ix) tutti gli intervistati riconoscono il rilievo primario che assume in generale per il processo creativo distrettuale il cd. spillover di conoscenze non protette proveniente dall'IDF (Israeli Defence Force) e in particolare per l'ideazione del software (619), ma nessuno di loro riconosce di averne beneficiato direttamente nell'ambito del processo creativo che ha innescato l'invenzione; ciò perché il tipo di programmazione appresa nel contesto dell'esercito è giudicata come tecnicamente orientata ai sistemi di offesa ed è quindi priva di applicabilità industriale; all'esercito viene attribuito il ruolo di aggregatore sociale che agevola l'incontro tra futuri fondatori di startup o in cui reclutare i propri dipendenti;

(x) non c'è alcun collegamento tra le imprese operanti nel settore considerato e i centri di ricerca universitari del distretto per mancanza di fondi da investire; gli intervistati hanno riferito che solo le imprese multinazionali, quali per esempio Intel e Ibm, investono direttamente negli istituti di ricerca pubblici o privati (620);

(619) Soprattutto considerato che un software originariamente progettato con scopi di offesa può essere agevolmente convertito ad obiettivi di difesa, vedi il caso di Check Point al § A. 2. del presente Capitolo.

(620) Uno dei soggetti intervistati ha riconosciuto che l'unico collegamento con il mondo accademico dell'azienda in cui è impiegato è stata la Start-up Exhibition ospitata dall'Università pubblica di Tel Aviv e che aveva quale scopo l'agevolazione dell'incontro tra le startup del distretto e i finanziatori privati; altro soggetto imprenditore intervistato, fondatore e amministratore di una startup che nell'arco di cinque anni ha raccolto una somma pari a 100 milioni di dollari da investitori privati, ha dichiarato di reclutare alcuni degli impiegati con minor esperienza della propria azienda da un centro di ricerca anti-terrorismo dell'Università di Tel Aviv, in cui non investe capitale proprio; tutti gli intervistati reclutano il personale dall'esercito considerato come un efficace sistema di riduzione del rischio e di riduzione dei costi di transazione, tranne uno dei fondatori intervistati secondo il quale la preparazione fornita dall'esercito è inadeguata alle mansioni lavorative.

(xi) tutti i soggetti intervistati hanno dichiarato di nutrire scarsa fiducia nella tutela giuridica delle privative e di farvi scarso ricorso (621);

(xii) tutti gli imprenditori intervistati applicano, nei contratti di impiego, clausole che vietano la concorrenza diretta e indiretta del dipendente (dal vice presidente all'impiegato del settore commerciale) di durata media compresa tra i nove e i dodici mesi, ma non le hanno mai poste in esecuzione, né conoscono precedenti analoghi; la ragione della mancata esecuzione del patto di non concorrenza è che non si è mai presentata la necessità, ovvero che ponendola in esecuzione il datore di lavoro si auto-escluderebbe dal ridotto mercato del lavoro israeliano;

(xiii) tutti i dipendenti intervistati hanno sottoscritto e non negoziato un patto di non concorrenza inserito nel contratto di lavoro di durata oscillante tra i nove e i dodici mesi, in alcuni casi con estensione geografica pari al mercato di riferimento e quindi non limitata all'area geografica di impiego; nessuno dei dipendenti intervistati è mai stato convenuto in giudizio per l'esecuzione del patto, né ha mai considerato di violarne le condizioni con riferimento ai concorrenti diretti (normalmente conosciuti) del precedente datore di lavoro, sia perché questa pratica è giudicata moralmente non corretta sia per il timore di auto-escludersi dal mercato del lavoro del settore, giudicato di ridotte dimensioni e in cui gli operatori si conoscono agevolmente a vicenda;

(xiv) tutti gli intervistati ritengono probabile l'invalidità giuridica del patto alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema israeliana, ma considerano più deterrente il giudizio di inaffidabilità reputazionale della loro condotta professionale, che verrebbe emesso nel caso di violazione del patto dai componenti del compatto mercato dei software di sicurezza, e ne osservano la cogenza rispetto ai concorrenti diretti del datore di lavoro alla stregua di una norma morale di condotta;

(xv) tutti i dipendenti intervistati ritengono che il patto di non concorrenza non pregiudicherà la propria fruttuosa collocazione nel mercato del lavoro nell'ambito regionale del software di sicurezza trattandosi, secondo l'opinione espressa, di un mercato

(621) Emblematica la frase di uno dei fondatori e CEO secondo il quale le privative proteggono solo i prodotti "deboli". Allo stesso modo non c'è timore per il furto di un segreto commerciale perché, secondo l'opinione di uno dei fondatori e CEO di una startup "I think we're all like people from military intelligence. We, by definition, are people who have very high moral standards, and we can keep a secret, right? We don't go and like..you're trained for that".

di dimensioni ridotte ma altamente competitivo, dove pertanto non sembra ardua la ricollocazione dell'impiegato nella medesima area di specializzazione, senza la necessità di infrangere la regola non scritta di non concorrere direttamente con il precedente datore di lavoro; nessuno dei dipendenti intervistati ritiene limitata dal patto di non concorrenza la possibilità di sfruttare le competenze professionali acquisite nel corso della corrente esperienza lavorativa all'interno di successive esperienze professionali (autonome o subordinate), in particolare secondo gli ingegneri del software sarebbe sufficiente non replicare il codice del software, mentre secondo i dipendenti del settore commerciale la regola non scritta è quella di non utilizzare la lista dei clienti;

(xvi) la regola non scritta della non concorrenza diretta con il precedente datore di lavoro è percepita alla stregua di una norma morale di condotta (622);

(xvii) nessuno degli imprenditori intervistati fornisce un pagamento accessorio per la rinuncia alla concorrenza prevista dal patto sottoscritto dai lavoratori, né fornisce loro corsi di aggiornamento professionale o attività di formazione di sorta che giustifichi la rinuncia alla concorrenza;

(xviii) nessuno degli intervistati è mai stato coinvolto in pratiche di storno di dipendenti ovvero dei clienti ovvero dei fornitori da parte di un concorrente né ha posto in essere tali pratiche ai danni di un concorrente (623);

(xix) nessuno (624) degli intervistati intrattiene relazioni professionali o personali con i propri concorrenti, pur essendo al corrente del loro ambito di ricerca (salvo il responsabile commerciale di un'azienda che ha incidentalmente appreso da un

(622) In particolare, secondo uno degli imprenditori "if you just go and work at a competitor...I don't think most people do that because it's immoral"; e secondo uno dei dipendenti intervistati "I think I would say, it's my internal compass that would not allow me to, let's say, work in a company, learn all its secrets and then go to its competitor and work there with all the secrets. I would just feel wrong to do that".

(623) Si riporta la risposta di uno degli imprenditori intervistati, secondo il quale "I think if someone who is my direct competitor goes and tries to poach a friend of mine who works my company, it's not okay. But I will never sue him. The worst thing I would do is I would maybe badmouth him", ma anche uno dei dipendenti "I found it to be dishonest on my part to work in such a manner. So I declined that offer just because I felt it would be dishonest to, let's say, undercut the company I worked for so long in such a way. Not just because I signed the contract, but because I felt it would be dishonest".

(624) Eccetto uno degli imprenditori intervistati: quando uno dei suoi dipendenti più qualificati è stato reclutato dal concorrente, l'imprenditore non ha intrapreso alcuna azione giudiziale contro l'avversario, ammettendo di aver talvolta tentato di sottrarre i dipendenti qualificati dai concorrenti.

concorrente l'ambito di sviluppo del prodotto avversario ed ha sfruttato l'informazione a beneficio della propria azienda);

(xx) nessuno degli intervistati ha mai intrapreso un'azione legale a difesa di una privativa nei confronti di un concorrente, diretto o indiretto, né è mai stato convenuto in giudizio da un concorrente (secondo uno degli imprenditori l'azione legale nei confronti di un concorrente è un indice di debolezza aziendale);

(xxi) tutti gli intervistati collocano i propri concorrenti diretti in Israele e più in generale nelle aree geografiche in cui sono collocati i mercati dei prodotti sviluppati, ovvero nel nord America e nell'Unione Europea; ritengono di non avere alcun concorrente, diretto o indiretto, all'interno della regione del Medio Oriente; il numero dei concorrenti diretti non è mai superiore a tre;

(xxii) tutti gli intervistati considerano il mercato del software di sicurezza altamente competitivo e saturo di operatori economici; gli imprenditori non temono la concorrenza eventuale del dipendente;

(xxiii) tutti gli intervistati giudicano innovativo il software sviluppato dalla propria azienda o dall'azienda per cui prestano il proprio impiego; alcune delle startup coinvolte dall'indagine sono ora impegnate nella ricerca per lo sviluppo della seconda generazione del software già sviluppato e commercializzato nel relativo mercato;

(xxiv) tutti gli imprenditori intervistati hanno ottenuto investimenti esclusivamente privati (prevalentemente fondi di investimento di origine nord americana, investitori privati israeliani c.d. angel investors, talvolta da investitori professionalmente qualificati) per finanziare la propria attività e nessuno di loro ha richiesto fondi pubblici quali per esempio quelli previsti dall'Autorità Israeliana per l'Innovazione; l'incontro con gli investitori privati è generalmente agevolato da pratiche informali, dalle conoscenze maturate durante il percorso militare obbligatorio e da conoscenze personali dirette o indirette del finanziatore (625);

(xxv) nessuno degli intervistati ha investito patrimonio personale o familiare nel finanziamento della prima startup fondata; coloro i quali hanno profittevolmente

(625) Uno degli imprenditori intervistati ha raccolto il primo round di finanziamento della precedente startup tramite Facebook e risiede nello stesso quartiere del maggior finanziatore della sua azienda.

ceduto una precedente azienda innovativa (uno degli intervistati ha ottenuto cinquanta milioni di dollari dalla vendita della precedente azienda ed ha parzialmente reinvestito tali proventi nell'attuale startup) hanno poi reinvestito in altra e successiva iniziativa imprenditoriale parte dei proventi, ma sempre unitamente a ulteriori fondi privati;

(xxvi) il rapporto dipendente-datore di lavoro in un mercato fortemente disciplinato da norme informali di condotta, ritenute di rango superiore rispetto alle norme giuridiche di settore, è percepito come strutturalmente squilibrato a favore del datore di lavoro.

Ora, sintetizzando i risultati delle opinioni espresse dagli imprenditori intervistati rispetto agli obiettivi dell'indagine, è emersa l'osservanza di una pratica anti-concorrenziale all'interno del settore del software di sicurezza del distretto di Tel Aviv-Yāfā da parte di entrambe le categorie in conflitto, in particolare:

(a) sia gli imprenditori (626) che i dipendenti intervistati hanno riferito all'unanimità di ritenere la clausola limitativa della concorrenza del dipendente una regola morale di condotta che disciplina il rapporto datore di lavoro-dipendente; i dipendenti, in particolare, si ritengono vincolati dalla clausola limitativa della concorrenza nei limiti dei soli concorrenti diretti del datore di lavoro, nella consapevolezza che la violazione della clausola comporterebbe l'esclusione dal mercato del lavoro del settore del software di sicurezza, nonostante dispongano di una buona consapevolezza della scarsa eseguibilità del patto alla luce della giurisprudenza israeliana:

(b) i patti di non concorrenza accettati dai dipendenti non prevedono alcuna remunerazione per la rinuncia alla concorrenza né sono previsti investimenti nella formazione specifica dei dipendenti;

(c) l'area geografica inclusa nel divieto di concorrenza coincide talvolta con l'estensione dell'intero mercato, internazionale, del software.

Tali regole informali di condotta esprimono la loro cogenza all'interno del settore merceologico descritto dai soggetti intervistati, secondo le esperienze maturate e la conoscenza diretta o indiretta dei suoi istituti economici-socio-culturali, come: demograficamente omogeneo; finanziato privatamente, ma promosso pubblicamente

(626) Eccetto uno degli imprenditori intervistati.

attraverso un flusso di conoscenze costante (il cui collegamento con la produzione di innovazione tecnologica nel distretto è però indimostrato) proveniente dall'ente militare; professionalmente modellato dall'ente militare che svolge inoltre la funzione di (i) aggregatore sociale, (ii) di ente supplente l'asimmetria informativa tra le parti e che riduce i costi della procedura di reclutamento del personale del distretto e (iii) agevolatore dell'incontro tra le startup e gli investitori (oltre a investire direttamente nelle startup); e, dal punto di vista concorrenziale, descritto come un mercato di dimensioni assai ridotte (627), altamente competitivo e al contempo saturo di concorrenti, la cui effettiva capacità innovativa (628) non si è approfondita e resta quindi qui indimostrata.

(627) Tutti i soggetti intervistati hanno escluso l'esistenza di concorrenti diretti o indiretti nell'area regionale del Medio Oriente, collocati fuori dai confini dello stato di Israele.

(628) La capacità di innovazione di un'impresa, vedi T. H. AAS E K. J. BREUNIG, *Conceptualizing Innovation Capabilities: A Contingency Perspective*, Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation (JEMI), Volume 13, Issue 1, 2017, p. 12, può essere intesa come il potenziale di innovazione, o più specificatamente la capacità di continuamente trasformare conoscenze e idee in nuovi prodotti, processi e sistemi a beneficio dell'impresa e dei suoi stakeholder. È stato suggerito che le capacità di innovazione siano le cosiddette capacità di ordine superiore o "la capacità di modellare e gestire molteplici capacità", v. B. LAWSON E D. SAMSON, *Developing innovation capability in organisations: A dynamic capabilities approach*, International Journal of Innovation Management, 2001, 5(3), pp. 377-400.). Le aziende che possiedono tali le capacità hanno "la capacità di integrare le proprie capacità e risorse chiave impresa per stimolare con successo l'innovazione" (LAWSON E SAMSON, op. cit., p. 380).

Inoltre, la nozione di capacità di innovazione si collega sia al rinnovamento e alle performance di un'azienda nel tempo, in particolare ai cambiamenti dei mercati, sia alla flessibilità e alla adattabilità dei servizi e dei prodotti offerti. Inoltre, la capacità di innovazione include una combinazione e un'organizzazione delle risorse funzionale a preservare l'azienda dai cambiamenti esterni.

La definizione sembra sovrapporsi alla nozione di innovazione dinamica tuttavia, la capacità di innovazione si concentra più direttamente sulla capacità dell'impresa di cambiare la propria offerta, mentre la capacità dinamica enfatizza l'aspetto ambientale come indicatore della prestazione, C. E. HELFAT, S. FINKELSTEIN, W. MITCHELL, M. A. PETERAF, H. SINGH, D. TEECE E S.G. WINTER, *Dynamic Capabilities: Understanding Strategic Change in Organizations*. Malden, Blackwell Publishing, 2007.

Un recente studio bibliometrico presentato da NARCIZO, A. G. CANEN E I. TAMMELA, *A conceptual framework to represent the theoretical domain of "innovation capability" in organizations*, Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation, 2017, ha rivelato a un totale di 19 diverse definizioni di "capacità di innovazione", e ha concluso che l'eterogeneità dei termini impiegati allontana l'adozione di una definizione unitaria.

LAWSON E SAMSON, op. cit., sostengono che le capacità di innovazione sono costituite da sette elementi (visione, competenza base, intelligenza organizzativa, creatività, gestione delle idee, organizzazione delle strutture, cultura e clima, gestione della tecnologia). TERZIOVSKI, *Building Innovation Capability in Organizations: An International Cross-case Perspective*, London: Imperial College Press 2007, ha individuato solo due categorie: collaborazione e trasferimento di conoscenza.

6.

La Regola Informale di Condotta (Anticoncorrenziale) Emersa dall'Indagine a Confronto con i Principi Espresi dalla Giurisprudenza Israeliana.

I risultati del rilevamento dei dati qualitativi, entro i limiti del campione analizzato e con le incertezze segnalate, posti a confronto con le condizioni di validità del patto di non concorrenza formulate dalla giurisprudenza israeliana, ricostruiscono una prassi alternativa, anticoncorrenziale e uniformemente osservata sia dal lato datoriale che impiegatizio della comunità del software di sicurezza intervistata, secondo cui: è contraria alle regole generali-morali di condotta di quel settore merceologico la concorrenza diretta del dipendente dopo la cessazione del rapporto di lavoro nella misura di volta in volta determinata dalla relativa clausola contrattuale (compresa tra i 9 e 12 mesi).

La regola informale è generalmente condivisa per la coesistenza di altri fattori: (i) l'elevata concorrenzialità (629) del mercato del lavoro del settore merceologico considerato, che consente ai lavoratori di reperire altra occupazione entro il proprio ambito di specializzazione e di conseguire significativi incrementi di corrispettivi (di molto superiori agli altri settori del mercato del lavoro israeliano), senza violare la pattuizione anti-concorrenziale; (ii) le ridotte dimensioni demografiche del mercato israeliano del lavoro del software di sicurezza, che attribuiscono una significativa efficacia deterrente alla sanzione reputazionale e alla potenziale esclusione dal relativo mercato a carico del trasgressore.

E sembra trovare ulteriore conferma della sua osservanza nell'assenza di contenzioso in tema di violazione del patto di non concorrenza, storno dei dipendenti o furto di trade secrets ad opera del dipendente, entro la comunità intervistata.

Ci si è quindi chiesti se tale prassi possa essere ritenuta conforme ai principi formulati dalla giurisprudenza di settore nel caso Checkpoint (630), confermati dalla Corte suprema nella pronuncia *Aes v. Sa'ar* (631).

(629) In totale, sono 505 le startup operanti nel settore della tecnologia di sicurezza in Israele <https://finder.startupnationcentral.org> (ultimo accesso il 20 giugno 2024).

(630) Vedi § B. 1.2. del presente Capitolo.

(631) Vedi § B. 1.3. del presente Capitolo.

Anzitutto ripercorriamo brevemente i principi espressi dalla Corte Suprema nel caso *Aes v. Sa'ar*: (i) una clausola che limita la libertà di occupazione del dipendente dopo la conclusione del suo rapporto di lavoro in assenza di alcun “legittimo interesse” del datore di lavoro è nulla in quanto contraria alla public policy; (ii) un “interesse legittimo” del datore di lavoro – idoneo ad assegnare validità a una clausola restrittiva della libertà di occupazione del dipendente - è un interesse proprietario o quasi-proprietario del datore di lavoro alla tutela dei segreti commerciali e degli elenchi dei clienti (nella misura in cui sono riservati); (iii) la protezione riconosciuta agli interessi legittimi del datore di lavoro non è assoluta e la sua estensione è determinata dal test di ragionevolezza e di proporzionalità, che tiene in considerazione la cornice temporale, la portata e il tipo di limitazione e l’eventuale attribuzione al dipendente di un corrispettivo; (iv) un datore di lavoro non è titolare di un “interesse legittimo”, generale e astratto, a limitare la concorrenza del suo dipendente dopo la conclusione del suo rapporto di lavoro. Perciò, una clausola limitativa della libertà di occupazione del lavoratore che realizzi il solo interesse del datore di lavoro a impedire la concorrenza del dipendente (i.e. non concorrenza fine a sé stessa) è contraria all’interesse pubblico. La nullità di questa limitazione della concorrenza deriva dal difetto di un legittimo interesse e tale circostanza esclude la necessità di sottoporre al vaglio del test di ragionevolezza o di proporzionalità la disposizione contrattuale.

Facendo applicazione di tali principi, sembra potersi preliminarmente escludere la legittimità dell’interesse anticoncorrenziale fine a sé stesso (632), espresso dalla regola informale, in quanto ritenuto dalla giurisprudenza israeliana contrario alla nozione di public policy (633).

(632) Sebbene i soggetti intervistati abbiano talvolta moralmente connotato la regola informale di condotta, così che la pattuizione potrebbe eventualmente superare lo scrutinio di ”moralità” previsto dalla sezione 30 della legge sui contratti israeliana (parte generale) 5733-1973 (secondo cui "Un contratto la cui conclusione, contenuto o oggetto sono illegali, immorali o contrari alla public policy è nullo"), la clausola rimarrebbe in ogni caso esposta al giudizio di bilanciamento dei diversi interessi in gioco eseguito dalle corti nella valutazione di compatibilità alla public policy, su cui si rinvia al presente paragrafo del testo.

(633) Vedi paragrafo § B. 1.3. del presente Capitolo.

Si è detto che la decisione Check Point è la prima in cui il valore della concorrenza entra nel percorso argomentativo seguito dalla corte, anche se a livello di premessa generale (634).

La considerazione dell'interesse del datore di lavoro alla temporanea protezione dalla concorrenza (635) del dipendente è stata soprattutto controbilanciata dalla corte con l'interesse pubblico alla libera concorrenza del mercato, sia dei capitali sia dei lavoratori, allo scopo di garantire un'allocazione efficiente delle risorse e una maggiore efficienza del mercato (636). Questo include, secondo l'opinione espressa dalla corte in Check Point (637), anche la creazione di nuove imprese da parte dei dipendenti ovvero la libertà dei lavoratori di offrire le proprie competenze a diversi datori di lavoro i quali, a loro volta, competono tra loro per attrarre la manodopera qualificata offrendo migliori condizioni di lavoro.

Attraverso tale prospettiva della libertà di concorrenza, la corte intendeva espressamente promuovere la rapida crescita del distretto innovativo, non ostacolata dalla validità delle pattuizioni in esame e realizzata mediante la concorrenza del più ampio numero di imprese.

Ci si è chiesti a quali risultati perverrebbe il percorso argomentativo sostenuto dalla giurisprudenza israeliana nel contesto attuale del locale mercato del software di sicurezza, ormai non più in una fase emergente di sviluppo, come all'epoca dei precedenti giurisprudenziali commentati, ma maturo, altamente concorrenziale e caratterizzato da un'elevata mobilità dei dipendenti qualificati.

E più in generale nel contesto della produzione del software di sicurezza, quale mercato caratterizzato dalla presenza anomala di un elevato numero di sviluppatori di altrettanti prodotti non qualitativamente differenziati (638) che, in quanto tali, allentano anche la concorrenza (639).

(634) Si veda amplius il § B. 1.2. del presente Capitolo.

(635) Il caso Check Point è effettivamente il primo in cui il valore della concorrenza entra nel ragionamento di una corte specializzata nel settore del lavoro.

(636) Vedi paragrafo 11 della sentenza *Aes v. Sa'ar*.

(637) Vedi paragrafo 14 della sentenza Check Point.

(638) Vedi § A. 2.3. del presente Capitolo.

(639) Vedi § A. 2.3. del presente Capitolo.

La considerazione, nello scrutinio di validità dei patti di non concorrenza, delle dimensioni economiche dell'azienda e della quota del mercato detenuta potrebbe realizzare obiettivi incentivanti la crescita di aziende di ridotte dimensioni, quali le startup innovative in fase di ricerca e sviluppo che, attraverso questo tipo di patti, potrebbero tutelare la propria permanenza nel mercato dalla concorrenza delle grandi imprese consolidate (640), capaci di attrarre i lavoratori qualificati promettendo corrispettivi elevati, e raggiungere una fase di consolidamento aziendale.

Allo stesso tempo, la predetta considerazione non sembrerebbe impedire la libertà di occupazione del dipendente che, nel contesto iper-concorrenziale del mercato del software di sicurezza, potrebbe reperire altra occupazione nel proprio ambito di specializzazione (641).

E potrebbe giustificare, a queste condizioni, il preliminare scrutinio di legittimità dell'interesse proprietario alla limitazione della concorrenza, quale autonomo e rilevante interesse del datore di lavoro meritevole di tutela.

Così ragionando la regola informale, in quanto limitata ai soli concorrenti diretti del datore di lavoro (e quantificati in numero da 1 a 3 dai soggetti intervistati) sembra compatibile anche con il test di ragionevolezza e proporzionalità della restrizione in termini di ambito applicativo (642), e la sua durata potrebbe comunque essere ridotta dal giudice (643).

(640) Ma questo richiederebbe anche un'un'analisi economica del segmento del mercato considerato, purtroppo mancante nelle corti specializzate nel settore del lavoro. In questo senso GILO, op. cit., p. 76, ID., *The (Lack of) Economic Analysis by Courts in Israeli Antitrust Cases Concerning Restraints of Trade*, Israel Law Review, vol. 39(3), 2006, pp. 98-122.

(641) Così D. GILO, *Toward a New Legal Policy Toward Covenants not to Compete*, Tel Aviv University Law Review, vol. 23, 2000, p. 63, (ebraico).

(642) Vedi il precedente della National Labour Court, *Girit Ltd. V. Aviva*, 189/03, secondo la quale una limitazione dell'occupazione, che impediva nello specifico di stipulare contratti con i fornitori del datore di lavoro per un periodo di soli 12 mesi, non danneggiava la libertà di occupazione o le capacità professionali del dipendente nelle relazioni con altri fornitori e clienti, diversi da quelli dell'ex datore di lavoro. Nelle circostanze di specie e nel complessivo bilanciamento degli interessi, la corte ha ritenuto prevalente il legittimo interesse patrimoniale del datore di lavoro rispetto all'interesse alla libera concorrenza dei convenuti.

(643) Si veda il paragrafo 29 di *Aes vs. Sa'ar*: "But what if the general rules of construction are not sufficient to save the clause from being voided? In such a case the court may bring the limitation on freedom of occupation within the boundaries of the proportional or reasonable, and this by way of "severance"

In ogni caso, e cioè pur non considerando il puro interesse datoriale alla non concorrenza dell'ex dipendente come meritevole di tutela, il ragionamento della corte, calato nel contesto attuale del mercato del software di sicurezza israeliano, potrebbe condurre a risultati parzialmente diversi rispetto a quelli all'epoca realizzati.

In particolare, la prova della ricorrenza dell'esigenza di tutela di un legittimo interesse proprietario riferibile al datore di lavoro potrebbe beneficiare delle mutate circostanze del settore del software di sicurezza, che concorrerebbero a formare le considerations utilizzate nello scrutinio dell'interesse proprietario da parte della corte, in via presuntiva. Documentata l'esistenza del segreto (con descrizione analitica del software) e fornita la prova (644) del possesso da parte del dipendente di un segreto commerciale il cui uso

between the void portion and the valid portion (section 19 and section 31 of the Contracts (General Part) Law), but even in the absence of the option of severance -- and as a condition of enforcement (section 3(4) and section 4 of the Contracts (Remedies for Breach of Contract) Law 5731-1971) -- the court may limit the scope of the limitation to its proper proportion (see CA 1371/90 [23] supra at 856). "If a person has undertaken an obligation as to the protection of a trade secret of another and it is too broad an obligation, there is no bar to limiting it and adjusting it to the proportionality of the secret within the information" (Justice Strasberg-Cohen in CA 2600/90).

(644) Più nel dettaglio, quando il datore di lavoro invoca la violazione del segreto commerciale per giustificare la limitazione della concorrenza, la corte non concede un'ingiunzione restrittiva della libertà di occupazione del dipendente a meno che il precedente datore di lavoro non provi che l'uso del segreto commerciale possa arrecare un danno alla sua attività.

Secondo la Corte, la rivendicazione datoriale della violazione del segreto deve essere compiutamente provata documentando l'esistenza del segreto, descrivendo nel dettaglio il software, la formula, l'elenco di clienti di cui si assume la rivelazione.

L'onere probatorio a carico del datore di lavoro riguarda anche il periodo di tempo in cui l'informazione dovrebbe restare segreta e l'adozione di misure idonee a garantirne la conservazione, quali la divulgazione ai soli dipendenti che lo utilizzino per espletare la propria mansione con il divieto espresso di divulgazione a terzi.

Nondimeno, nel corso della durata del giudizio l'autorità giudiziaria può disporre il divieto di pubblicazione imponendo la riservatezza sulle informazioni protette sino alla conclusione del procedimento. Anche se l'onere della prova necessario a questo fine si arresta a livello di mera presunzione, le corti israeliane concedono una sospensione temporanea solo in presenza di prove circostanziate ed esplicite.

La tutela del segreto del datore di lavoro, inoltre, deve essere tenuta distinta dall'insieme di conoscenze ed esperienze acquisite dal dipendente nel corso del lavoro che entrano a far parte delle capacità del lavoratore, libero di disporne a proprio piacimento. Sul tema la giurisprudenza ha ritenuto che al termine del rapporto di lavoro, un dipendente possa utilizzare le competenze e le conoscenze personali acquisite in relazione al proprio lavoro per trarre un vantaggio personale e competere con il proprio datore di lavoro, a condizione che non utilizzi informazioni riservate del precedente datore di lavoro per violare il dovere di fedeltà o il dovere di agire in buona fede .

potrebbe danneggiare l'attività datoriale, si tratterebbe di stabilire se la conoscenza delle informazioni segrete possano impedirgli di lavorare per un concorrente.

Secondo la corte nazionale del lavoro nel caso Check Point la risposta varia a seconda delle circostanze concrete e va calibrata al tempo intercorso tra lo scioglimento del precedente rapporto di impiego e l'inizio del nuovo impiego presso il concorrente, tenuta in considerazione:

(i) l'esiguità del numero di imprese operanti nel settore: ritenuta, nella decisione Check Point, idonea ad escludere che la semplice natura di concorrente diretto nel mercato della sicurezza del nuovo datore di lavoro potesse impedire all'ex dipendente di prestarvi occupazione. Lo stesso argomento, sulla base dell'attuale concorrenzialità del distretto, potrebbe giustificare al contrario una dichiarazione di legittimità dell'interesse datoriale a impedire all'ex dipendente di prestare impiego presso il concorrente, potendo l'ex dipendente reperire altro impiego nello stesso settore di competenza;

(ii) l'applicazione della dottrina anglosassone dell'inevitable disclosure (645): esclusa dalla corte nel caso Check Point in considerazione del rischio della mancata ricollocazione dell'impiegato nel proprio campo di specializzazione, cui l'applicazione di tale dottrina potrebbe dare luogo. L'argomento perde di efficacia in assenza di questo rischio concreto nelle mutate condizioni del mercato del lavoro del software di sicurezza; per contro il rischio della rivelazione del segreto potrebbe ridursi per quei dipendenti che abbiano esercitato l'opzione di acquisto di quote del capitale societario e abbiano quindi un interesse concreto a non danneggiare l'azienda di cui detengono una partecipazione profittevole;

Il principio è peraltro espressamente previsto dalla Section 7 (a) della Commercial Torts Law che esclude la responsabilità per l'appropriazione di un segreto commerciale se l'utilizzatore ne è venuto a conoscenza nel corso dello svolgimento di un'attività lavorativa per il proprietario del segreto e questa conoscenza è diventata parte delle sue competenze professionali generali.

Riguardo alle fasi di sviluppo del software quando uno sviluppatore di software concorrente non copia la forma dell'espressione (il risultato della fase di codifica), ma piuttosto copia le fasi della logica e la definizione dei requisiti, che si trovano principalmente nella fase di sviluppo o di implementazione delle idee, o li utilizza o si basa su di essi, è in discussione la stessa applicabilità della legge sul diritto d'autore, poiché tale normativa non tutela le idee, ma solo le forme in cui sono espresse .

Il datore di lavoro è autorizzato solo a impedire a un ex dipendente di divulgare e utilizzare quelle informazioni riservate che sono state sviluppate a seguito dell'iniziativa e dell'investimento del datore di lavoro stesso e che il dipendente ha appreso in conseguenza del rapporto di lavoro.

(645) Vedi Capitolo I, § B. 1.

(iii) la dimensione aziendale della concorrente (646): argomento ritenuto dalla corte idoneo a escludere la finalità di storno del dipendente da parte del concorrente (indiretto in quel caso) per l'irrilevanza delle informazioni in possesso del lavoratore sui piani di sviluppo di un'azienda concorrente, ma di inferiori dimensioni economiche. Questo argomento potrebbe produrre esiti variabili alla luce delle altrettanto diversificate dimensioni delle le startup in considerazione dello stato dei finanziamenti raccolti e della fase di sviluppo del prodotto. Per cui, secondo questo ragionamento, nel caso di impresa in fase iniziale di ricerca la finalità di storno dei dipendenti della concorrente di maggiori dimensioni economiche sarebbe presunta.

Ritenuta, in quanto provata, l'esistenza di un legittimo interesse proprietario si tratterebbe di stabilire se la restrizione alla libertà di occupazione del dipendente è ragionevole in termini di interessi delle parti e public policy, secondo il test diretto a garantire che la protezione degli interessi legittimi del datore di lavoro non vada oltre quanto strettamente necessario alla loro tutela.

In questo contesto la portata della prescrizione deve essere esaminata in termini di tempo, luogo e di tipo di attività inibita.

La domanda è se la durata, i limiti e il tipo di limitazione non vadano oltre quanto ragionevole e necessario a tutelare il legittimo interesse del datore di lavoro e in questo contesto devono essere adeguatamente ponderati anche gli interessi legittimi del dipendente.

Quanto alla durata della clausola si è visto che i tribunali di sovente intervengono riducendo a dodici mesi la durata eccedente della clausola (647).

Una limitazione che neghi al dipendente la capacità di lavorare nell'intero settore di competenza non dovrebbe essere riconosciuta come valida e una clausola limitativa della

(646) Anche nel caso National Labour Court, New-Pharm Drugstores Ltd. Vs. Yossi Goldhamer-Super-Pharm, 292-99 (ebraico), nell'esame dell'uso del segreto consistito nel "libro franchising" da parte del dipendente la corte ha attribuito rilevanza allo scarso valore delle informazioni segrete per il concorrente di pari dimensioni commerciali, che era presente nel mercato anteriormente all'ex datore di lavoro e munito di proprie modalità di gestione aziendale.

(647) Vedi la Premessa del presente Capitolo; sebbene il campione intervistato applichi clausole di durata raramente ultra-annuale.

concorrenza che neghi al lavoratore la capacità di guadagnarsi da vivere non sarebbe giustificabile.

Per contro, una clausola limitativa della concorrenza circostanziata, se calata all'interno di un mercato del lavoro altamente competitivo quale quello del software di sicurezza, potrebbe astrattamente rispettare il canone di ragionevolezza e di proporzionalità nella misura in cui consente al dipendente la ricollocazione nel proprio settore di competenza del mercato del lavoro (648).

Anche il rilievo attribuito all'eventuale previsione di uno specifico corrispettivo per la rinuncia alla concorrenza è stato in taluni casi ritenuto soddisfatto in termini di adeguatezza della retribuzione percepita dal lavoratore. Nel caso dei lavoratori del settore high-tech si è visto come le retribuzioni siano pacificamente superiori alla media israeliana e, pertanto, il loro ammontare potrebbe superare il giudizio di adeguatezza delle corti (649).

Certo, il datore di lavoro dovrebbe comunque documentare l'esistenza del segreto, descrivendo nel dettaglio il software, ma attraverso l'esecuzione del patto potrebbe realizzare il risultato di impedire l'assunzione del dipendente da parte del concorrente e lo sfruttamento gratuito delle competenze nel frattempo acquisite dall'ex-dipendente.

Nonostante l'analisi concreta del mercato del settore merceologico risulti assente nelle pronunce della giurisprudenza di settore (650), le mutate condizioni del distretto sembrano in ogni caso destinate ad assumere rilevanza quali considerations sulle quali fondare lo scrutinio di validità dei patti di non concorrenza.

(648) Vedi il precedente della National Labour Court, *Girit Ltd. V. Aviva*, 189/03, secondo la quale una limitazione dell'occupazione (che impediva, nello specifico, di stipulare contratti con i fornitori di del datore di lavoro per un periodo di soli 12 mesi), non danneggia la libertà di occupazione o le capacità professionali del dipendente a negoziare con altri fornitori e clienti, diversi da quelli dell'ex datore di lavoro. Sulla base delle circostanze concrete e nel complessivo bilanciamento degli interessi, la corte ha ritenuto prevalente il legittimo interesse patrimoniale del datore di lavoro rispetto all'interesse alla concorrenza dei dipendenti.

(649) Il Tribunale distrettuale di Tel Aviv-Yafo, *Bekto Seal Ltd. contro Eran Win*, (TA) 1058-07 ha ritenuto lo stipendio corrisposto dall'ex datore di lavoro al dipendente sufficiente ad integrare anche il requisito del pagamento di uno speciale corrispettivo per la rinuncia alla concorrenza.

(650) Vedi amplius GILO, op. cit.

7.

Alcune Considerazioni Critiche della Corrispondenza del Modello Israeliano a quello Californiano.

I risultati dell'indagine consentono di riprendere il discorso sulla capacità dei sistemi giuridici che prevedono la nullità delle clausole negoziali limitative della concorrenza del dipendente, ovvero che adottano restrittivi orientamenti giurisprudenziali sul tema (come nel caso israeliano), di promuovere uno sfruttamento diffuso dell'innovazione a beneficio dell'intero distretto innovativo.

In particolare, l'indagine del distretto israeliano mirava a rilevare l'ipotizzata corrispondenza, giuridica e concreta, del sistema israeliano al modello californiano di sfruttamento della conoscenza esteso al distretto industriale.

La teorizzazione del collegamento tra la disciplina giuridica del patto di non concorrenza e il successo dei distretti innovativi si deve al rilevante contributo di Ronald Gilson (651) e da allora l'attenzione sulla materia è cresciuta esponenzialmente (652).

Hyde e Menegatti, poi, hanno incluso all'interno dei modelli di sistemi giuridici che non riconoscono validità ai patti di non concorrenza del dipendente in un'ottica incentivante la circolazione ampia dell'innovazione anche lo stato di Israele (653).

(651) GILSON, op. cit., passim.

(652) Si rinvia al contributo di O. LOBEL, *Noncompetes, Human Capital Policy & Regional Competition*, The Journal of Corporation Law, vol. 45-4, 2020, pp. 932-933 la quale riferisce che negli ultimi anni, diversi stati USA hanno riformato le proprie politiche di non concorrenza, approvando nuove leggi che ne limitano l'uso. Nuovi progetti di legge che limiterebbero allo stesso modo l'applicazione delle norme di non concorrenza sono attualmente all'esame del Congresso. Sia l'uso dei patti di non concorrenza, sia i contenziosi sulla loro applicazione, sono in aumento a livello statale, e diversi procuratori generali statali hanno affrontato la questione avviando indagini sui datori di lavoro che richiedono ai propri dipendenti di firmare patti di non concorrenza inapplicabili.

Nell'ottobre 2016, la Casa Bianca ha lanciato un appello all'azione sollecitando gli Stati a limitare l'uso delle restrizioni post-impiego e sempre nel 2016, il Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti ha pubblicato un rapporto sulle regole di non concorrenza avvertendo che quando vengono applicate le regole di non concorrenza, l'innovazione si diffonde più lentamente, inibendo lo sviluppo di cluster industriali come la Silicon Valley.

(653) Vedi HYDE-MENEGATTI in M.W. FINKIN, G. MUNDLAK (a cura di), *Comparative Labour Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 196.

Ora, sebbene in Israele manchi una norma, come quella californiana, che espressamente vieti i patti di non concorrenza del dipendente (654), la giurisprudenza formatasi sul tema si è apertamente riferita a quella nord-americana ed ha applicato, o disapplicato, gli stessi principi giuridici (tra cui la dottrina della inevitable disclosure (655)) all'esame di tali pattuizioni.

La giurisprudenza israeliana ha escluso la validità delle restrizioni che abbiano il solo scopo di proteggere il datore di lavoro dalla concorrenza dell'ex-dipendente, ma in presenza di un interesse proprietario o quasi proprietario del datore di lavoro ha limitato la libertà di occupazione del lavoratore.

In California, la Corte Suprema ha fornito un'interpretazione assai ampia della Section 16600 secondo cui tutte le clausole limitative della concorrenza sono inapplicabili all'interno dello stato della California (656) e le corti inferiori hanno dato continuità al superiore precedente.

Il dipendente è ritenuto responsabile solo se viola in modo illecito l'obbligo di preservare i segreti commerciali (657) e in ogni caso le corti californiane riconoscono tutela ai soli accordi che riguardano segreti commerciali e come tali protetti dalla relativa normativa, disapplicando ogni diverso e ulteriore contenuto (658).

Il paragrafo 16600 del Cal. Bus. & Prof. Code non quindi è integrato dall'analisi della *rule of reason* di common law (659), ciò perché i tribunali della California ritengono che

(654) Una disposizione (i.e. statute) del 1872, ora codificata all'interno del California Business and Professional Code Section 16600, prevede che: "Ad eccezione di quanto previsto in questo capitolo, ogni contratto con il quale qualcuno è trattenuto dall'impegnarsi in una professione, commercio o attività legale di qualsiasi tipo è in tale misura nullo".

(655) Vedi Capitolo I, § B. 1.

(656) *Edwards v. Arthur Andersen LLP*, 189 P3d 285 (Cal 2008).

(657) *The Retirement Group v. Galante*, 98 Cal Rptr 3d 585 (Ct. App 2009).

(658) *State Farm Mut Auto Ins. Co. v. Dempster*, 344 P2d 821 (Cal App 1959).

(659) V. RICHEY, P. JEROME, BRIAN M. MALSBERGER, *Covenants Not to Compete: a State-by-State Survey*, Washington, D.C: Bureau of National Affairs, Inc., 1991, p. 51; e in giurisprudenza *Scott v. Snelling & Snelling*, 732 F.Supp. 1034, 1042 (NDCal. 1990).

la section 16600 esprima una forte visione politica statale che non dovrebbe essere attenuata dall'intervento della giurisprudenza (660) (661).

Tuttavia la giurisprudenza americana in alcune circostanze ha riconosciuto la possibilità di applicare la rule of reason alle restrizioni parziali della concorrenza (662).

Si è visto infatti che, oltre alle eccezioni previste dalla norma (663), la giurisprudenza californiana ha ammesso l'eccezione di narrow restraint e l'eccezione di tutela dei trade secrets, e che solo la prima è stata espressamente esclusa dal recente intervento legislativo (664).

I due sistemi giuridici, sotto il profilo delle soluzioni giurisprudenziali applicative del patto di non concorrenza, sembrano allora convergere nella parte in cui ritengono nulla la clausola restrittiva della concorrenza del dipendente non giustificata dalla necessità di tutela di altri interessi proprietari del datore di lavoro.

Ad esito dell'esame dei risultati del rilievo qualitativo dei dati comportamentali degli imprenditori e dei lavoratori del settore del software di sicurezza, di cui si è dato conto,

(660) Muggill [u. Reuben H. Donnelley Corp.], 62 Cal.2d 239, 242, 42 Cal.Rptr. 107, 398 P.2d 147 (1965); Bosley Medical Group contro Abramson, 161 Cal.App. 3d 284, 288, 207 Cal.Rptr. 477 (1984).

(661) Roughton v. Socony Mobil Oil Co., 231 Cal.App.2d 188, 192. 41 Cal.Rptr. 714 (1964); si veda anche Campbell v. Board of Trustees of Stanford Univ., 817 F.2d 499 (9th Cir. 1987).

(662) In precedenza, una corte d'appello statale aveva osservato: [L]a cosiddetta regola di ragionevolezza fu respinta da questo stato nel 1872. Quell'anno furono emanate le sezioni dal 1673 al 1675 del codice civile, le sezioni precedenti del codice degli affari e delle professioni, dal 16600 al 16602.

In Bosley Medical Group v. Abramson, supra, at 207, Cal. Rptr. La corte ha ritenuto nulle e inapplicabili le operazioni fittizie dirette ad eludere la rigida norma statutaria contro le limitazioni all'esercizio di un'impresa o di una professione. La corte d'appello statale ha annullato un accordo di riacquisto di azioni tra un medico e la clinica che lo aveva assunto. Il datore di lavoro aveva richiesto al medico di acquistare una partecipazione non di controllo nella società, in cui era impiegato, come condizione per l'assunzione e gli aveva imposto di rivendere la sua partecipazione una volta terminato il rapporto di lavoro. L'accordo conteneva il divieto di esercitare per tre anni la pratica all'interno di alcune contee. Secondo il tribunale, l'accordo costituiva un tentativo fittizio di portare il patto di non concorrenza entro la section 16601, secondo cui chiunque ceda una società debba astenersi dal portare avanti un'attività simile. La frase "qualsiasi persona che vende l'attività" contenuta nella section 16601 intendeva indicare e includere solo una persona che possiede e vende l'attività e non può essere interpretata come un ex dipendente; così anche Golden State Linen Serv. v. Vidalin, 69 Cal.App.3d 1, 137 Cal. Rptr. 807 (1977). E anche se le parti hanno deferito ad arbitri la validità del patto di non concorrenza, la contrarietà del patto al paragrafo 16600 invaliderebbe il contrario lodo arbitrale. Suth Bay Radiology Medical Assocs. V. W. M. Asher, MD, Inc., 268 Cal. Rptr. 15 (Cal.App. 4° Dist. 1990).

(663) RICHEY-JEROME-BRIAN-MALSBERGER, op. cit., p. 53.

(664) Vedi amplius il Capitolo II § A. 1.5. e si rinvia, ancora una volta, alle considerazioni svolte nella nota (196).

si potrebbe ora concludere che i due distretti di fatto divergono quanto alle prassi formatesi attorno alla concorrenza del dipendente.

Per contro, la realtà è di molto cambiata rispetto alla ricostruzione di Saxenian (665) nel distretto californiano dove l'integrazione verticale e il dominio sul mercato di aziende come Google, Amazon e Uber sono ancora un modello (666) e la normativa di non applicazione delle regole di non concorrenza è sotto applicata con conseguente limitazione alla mobilità.

I datori di lavoro californiani inseriscono patti di non concorrenza nei loro contratti di lavoro con un'incidenza simile a quella dei datori di lavoro non californiani (667) e i patti di non concorrenza invalidi continuano a rallentare la circolazione dei dipendenti.

E anche se nella maggior parte dei casi le clausole di non concorrenza non sono esaminate in tribunale, nondimeno esercitano un effetto deterrente sui dipendenti (668).

Secondo Gilson i datori di lavoro in Silicon Valley non cercavano di eludere contrattualmente il divieto posto dalla section 16600 perché avevano valutato positivamente gli effetti di rete dell'alta velocità della mobilità dei dipendenti.

Questa valutazione sembra oggi influenzata dallo stato di maturazione del distretto regionale in cui, una volta che alcune aziende raggiungono una posizione dominante nel

(665) SAXENIAN, op. cit., passim.

(666) LOBEL, op. cit., p. 949.

(667) E. STARR et al., *Noncompetes in the U.S. Labor Force* 14 (U MICH. L. & ECON., Research Paper No. 18-013, 2019); N. BISHARA ET AL., *An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants*, 68 Vand. L. Rev. 1, 30, 2015.

(668) LOBEL, op. cit., p. 949; vedi anche lo studio di STARR ET AL., op. cit., che rileva come la sottoscrizione di un divieto di concorrenza determina una minore mobilità e reindirizza la mobilità dai concorrenti ai non concorrenti, indipendentemente dal fatto che il divieto di concorrenza sia stato sottoscritto in uno stato che impone o meno il divieto di concorrenza.

Ancora si veda il contributo di S. SANGA, *Incomplete Contracts: An Empirical Approach*, 34 J.L. ECON. & ORG. 650, 2018, che esamina i contratti dirigenziali e rileva che in California, dove i patti di non concorrenza sono nulli, le aziende pagano le indennità di fine rapporto in rate discrezionali per indurre i loro dirigenti a rispettare gli invalidi accordi di non concorrenza sottoscritti, mentre al di fuori della California, le stesse aziende pagano in anticipo le indennità di licenziamento perché i patti di non concorrenza sono applicabili.

Inoltre, l'applicazione di tali restrizioni, inclusa la minaccia dell'applicazione di restrizioni inapplicabili, varierà sistematicamente a seconda dei diversi tipi di società. Ad esempio, le aziende più grandi con risorse finanziarie sufficienti possono essere più aggressive nell'eliminare la concorrenza anche quando le loro pretese poggiano su basi deboli ed utilizzano il contenzioso come strategia reputazionale per scoraggiare la concorrenza dei dipendenti, secondo P. BOLTON e D. S. SCHARFSTEIN, *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*, 80 Am. Econ. Rev. 93, 1990.

loro settore, i compromessi tra i diversi effetti della mobilità lavorativa sembrano soppesati a favore della non mobilità, e i guadagni derivanti da salari bassi sembrano superare i guadagni marginali derivanti dall'agglomerazione, dai flussi di conoscenza e dall'innovazione (669).

Tuttavia il settore del software di sicurezza israeliano sembra discostarsi dal modello californiano: la mobilità rimane elevata nonostante l'inserimento di clausole restrittive della concorrenza potenzialmente nulle e l'ecosistema innovativo è ancora composto prevalentemente da startup, non da aziende verticalmente integrate.

E in questo compatto settore merceologico la regola informale che limita la sola concorrenza diretta dell'ex dipendente è condivisa sia dal lato imprenditoriale che da quello dei dipendenti, i quali non percepiscono come ridotta la libertà di sfruttamento delle conoscenze acquisite.

(669) Alcune delle più grandi aziende high-tech della Valley hanno violato la normativa sulla mobilità della California, così come la legge antitrust federale, stipulando accordi di non assunzione dei reciproci dipendenti. Nel 2010, dopo l'emersione di questo tipo di accordi informali, la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti ha presentato una denuncia contro queste società, tra cui Apple, Google, Intel, eBay e Pixar, ritenendo tali accordi di non assunzione restrizioni al commercio e alla concorrenza, *Complaint, United States v. Adobe Systems*, (D.D.C. Sept. 24, 2011) (No. 1:10-CV-01629) 2010 WL 11417874.

Il Dipartimento di Giustizia ha concluso che tali accordi costituivano di per sé violazioni della legge antitrust americana, Bill Baer, Assistant Att'y Gen., Remarks at the Conference Call Regarding the Justice Dep't's Settlement with eBay Inc. to End Anticompetitive "No Poach" Hiring Agreements (May 1, 2014), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-bill-baer-speaks-conference-call-regarding-justice-department> [<https://perma.cc/4J2Q-FZBD>]. In seguito all'accordo con il Dipartimento di Giustizia, nel 2013 il Nono Circuito ha dichiarato che questi accordi deprimevano i salari, vedi *High-Tech Employee Antitrust Litigation*, 856 F.Supp.2d 1103 (N.D.Cal.2012); *United States v. eBay, Inc.*, 968 F.Supp.2d 1030 (N.D.Cal.2013); *Animation Workers Antitrust Litigation*, 123 F.Supp.3d 1175 (N.D. CA, 2015). V. LOBEL, op. cit. p. 949, secondo la quale quando i contratti prevedono clausole unilaterali e il contenzioso per violazione del contratto è spesso inadeguato.

Capitolo IV

Confronto tra Sistemi Proprietari di Sfruttamento della Tecnologia e Sistemi di Sfruttamento Ampio della Conoscenza: una Distanza solo Apparente?

Sommario: 1. Regole, Precedenti e Orientamenti Giurisprudenziali a Confronto: Analisi del Diverso Grado di Protezionismo dei Modelli. - 1.1. Il Sistema Israeliano. - 1.2. Il Sistema Californiano. - 1.3. Il Sistema Italiano. - 2. Differenze Riscontrate tra i Modelli. - 3. Analogie Riscontrate tra i Modelli. - 4. Lacune Riscontrate nei Modelli. - 5. Prassi e Mercati a Confronto: un Incerto Collegamento. - Conclusioni.

1.

Regole, Precedenti e Orientamenti Giurisprudenziali a Confronto: Analisi del Diverso Grado di Protezionismo dei Modelli.

L'elaborazione dei tre modelli descritti in funzione della diversa disciplina normativa del patto di non concorrenza, degli orientamenti giurisprudenziali e delle prassi commerciali ha posto soprattutto in evidenza le differenze tra le rispettive regole generali: California ed Israele sono stati assunti a modello dei sistemi che non applicano il patto di non concorrenza in prospettiva pro-concorrenziale, mentre il sistema italiano è stato collocato tra i sistemi che riconoscono validità al patto in un'ottica maggiormente protezionistica dei primi due.

Quelle differenze tra i diversi sistemi sembrano però generare falsi contrasti concettuali se indagati alla luce del significato delle diverse regole operative (670) ed è su questa

(670) V. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 2, 1991, disponibile al sito <https://doi.org/10.2307/840784>, p. 384, secondo il quale "Singole regole operative uniformi nei diversi sistemi (es. tutela del secondo acquirente di buona fede che ne ha ricevuto il possesso) si spiegano con formule dottrinali molto diverse. Queste diverse spiegazioni non sono state prodotte dalle necessità della scienza giuridica. Fanno solo danno nascondendo l'uniformità delle soluzioni e distorcendo i termini di paragone. Le formule generali tendono verso soluzioni estreme, unitarie e moniste: ad esempio, "la proprietà viene trasferita al momento del consenso" o "la proprietà viene trasferita al momento della consegna". Le regole particolari, che ciascun sistema effettivamente applica, trovano soluzioni intermedie tra gli estremi. Distinguendo le forme giuridiche del sistema, lo studioso di diritto comparato può trovare uno schema prevedibile, se non encomiabile. Le formule dottrinali che riflettono la conoscenza che il giurista ha del proprio sistema sono generali, astratte, estremiste e, in un certo senso della parola, razionali. Le regole operative sono incoerenti, empiriche e reattive a oscure idee sottostanti inconse e, in questo senso, dotate di una propria razionalità. Anche le formule astratte tendono a moltiplicarsi inutilmente. Il fenomeno che osserviamo quando i beni vengono consegnati in forza di un contratto invalido si nasconde

base che nei seguenti paragrafi si valuteranno le differenze, le analogie e le lacune presenti tra i vari sistemi giuridici.

La realtà applicativa, giuridica ed empirica, presenta infatti ampi margini di convergenza cosicché una rigida suddivisione fondata sul grado di tutela del patto di non concorrenza rischia di supportare una conclusione che meccanicamente riconosce l'esistenza di un collegamento tra il modello e lo sviluppo del distretto industriale, ma che non pone la giusta enfasi sulle convergenze invece presenti.

Ripartiamo quindi dai sistemi giuridici partitamente approfonditi (e cioè quello israeliano, californiano e italiano) per verificare se a ciascuno di essi corrisponda un diverso approccio protezionistico e se sia riscontrabile una correlazione tra l'opzione legislativa o giurisprudenziale esercitata e il livello di innovazione del distretto o la struttura del mercato.

1.1.

Il Sistema Israeliano.

Si è detto che, diversamente da quanto sostenuto da Hyde e Menegatti (671), non si ritiene il sistema giuridico israeliano un modello che non tutela il patto di non concorrenza.

In assenza di una norma che disciplini il patto di non concorrenza, la validità di queste pattuizioni è valutata dalle corti di merito entro i principi giuridici affermati dalla corte suprema israeliana.

La giurisprudenza ha escluso la validità delle sole clausole il cui unico scopo è tutelare l'interesse datoriale a non subire la concorrenza dell'ex-dipendente ed ha attribuito alla libertà di concorrenza lo scopo di promuovere il locale distretto high-tech attraverso lo stabilimento di un elevato numero di imprese operanti nel settore, in un'epoca in cui l'ecosistema innovativo si trovava ancora in una fase iniziale di crescita.

dietro cinque diverse formulazioni teoriche riguardanti la consegna di doni, le obbligazioni naturali, la conferma di accordi nulli, l'indisponibilità di azione di rivalsa su un pagamento una volta effettuato, l'astrattezza di un atto esecutivo. È compito della vera scienza giuridica eliminare i falsi contrasti concettuali, indagare il significato delle diverse regole operative e, su questa base, valutare le differenze che esistono tra i vari sistemi giuridici”.

(671) Vedi Capitolo II, § A., 1.7.

Funzionale alla realizzazione di questa prospettiva, di massimizzazione della libertà dell'iniziativa economica e della libertà di assunzione dei dipendenti maggiormente qualificati per le imprese operanti nel distretto, era la tutela da parte delle corti di merito del diritto di occupazione dei dipendenti nella misura in cui poteva contribuire alla circolazione dell'innovazione.

In questo senso la ratio sottesa all'orientamento adottato dalla corte suprema israeliana in materia era dichiaratamente a favore degli interessi proprietari imprenditoriali, la cui tutela giustifica infatti la restrizione della concorrenza e, secondariamente, della libertà di occupazione del dipendente.

La validità delle clausole di non concorrenza è sottoposta alla prova dell'esigenza concreta di tutela di un interesse proprietario o quasi-proprietario ed al successivo test di ragionevolezza e proporzionalità della clausola in termini di bilanciamento dei diversi interessi in conflitto (e considerate durata, ambito-spazio di applicazione ed eventuale corrispettivo speciale fornito al dipendente per la rinuncia alla competizione). La tutela riconosciuta dalla giurisprudenza israeliana agli interessi proprietari sembra dunque fornire una sorta di tutela rafforzata al segreto commerciale, determinata dalla possibilità non solo di inibirne l'utilizzo ma di limitare la concorrenza del dipendente e, con essa, la circolazione della conoscenza tecnologica presso i concorrenti.

Quanto al contenuto della clausola, vi sono casi in cui la giurisprudenza ha ritenuta proporzionata e ragionevole la clausola che impediva al dipendente la sola concorrenza limitata ai fornitori dell'ex datore di lavoro per un anno, anche in mancanza della previsione di uno speciale corrispettivo o di una speciale formazione in favore dell'ex dipendente (672).

(672) Ancora una volta il riferimento è alla National Labour Court, Girit Ltd. V. Aviva, 189/03, secondo cui una limitazione dell'occupazione limitata ai fornitori del datore di lavoro per un periodo di soli 12 mesi non danneggiava la libertà di occupazione o la portata delle capacità professionali dei dipendenti con altri fornitori e clienti, diversi da quelli dell'ex datore di lavoro.

Si veda anche il Tribunale del Lavoro 8CHECKM Ltd. v. Moshe Vakinin, AB (TA) 3706/07, che sulla base dell'avvenuta copia dei documenti di caratterizzazione del software del datore di lavoro così come del tentativo di registrare un brevetto sulle informazioni in essi contenute che determinavano il ragionevole e reale timore che il dipendente utilizzasse anche il codice sorgente del software, e ritenuto che il campo della pubblicità e della gestione dell'inventario su Internet (ovvero il settore di impiego di specie) fosse abbastanza ampio e che il semplice impiego del lavoratore come amministratore delegato del

L'esame delle considerations valutate dalle corti nel test di ragionevolezza e proporzionalità della clausola ha prodotto esiti mutevoli: i tribunali spesso nel dichiarare la validità della clausola ne limitano in giudizio la durata quando sproporzionata (673) e la considerazione dell'erogazione di un corrispettivo viene talvolta ritenuta soddisfatta quando la retribuzione prevista dal contratto di impiego è già adeguata, pur in assenza di uno speciale corrispettivo per la rinuncia alla concorrenza.

È vero per contro che la sezione 7 della Commercial Torts Law israeliana prevede che “nessuno è responsabile per il furto di un segreto commerciale, se si è verificata una delle seguenti condizioni: la conoscenza incorporata nel segreto commerciale gli è pervenuta durante il suo lavoro per il proprietario del segreto; il segreto commerciale e questa conoscenza entrarono a far parte delle sue competenze professionali generali”, ma questa norma riguarda le competenze generali (quali ad esempio il metodo di lavoro che il dipendente aveva appreso durante il suo periodo di lavoro presso il datore di lavoro) entrate a far parte della conoscenza e dell'esperienza del lavoratore e che si sono aggiunte alle sue capacità professionali.

precedente datore di lavoro non avesse, di per sé, determinato la limitazione del suo coinvolgimento nella nuova impresa, il giudice ha ritenuto opportuno concedere i rimedi richiesti in merito alla restrizione di occupazione per la durata di un anno.

Ancora, si veda il Tribunale distrettuale di Tel Aviv-Yafo, *Bekto Seal Ltd. v. Eran Win*, (TA) 1058-07 che ha ritenuta la restrizione della concorrenza giustificata e ragionevole nella misura in cui riguardava la coltivazione e la commercializzazione di varietà vegetali riferibili alla conoscenza riservata del datore di lavoro per cinque anni, in quanto restrizione specifica e mirata ad un campo ristretto e il lavoratore era stato compensato ancorché non in una misura “speciale”.

(673) I tribunali di primo grado vi hanno fatto ricorso di sovente per non dichiarare la nullità dell'intera clausola, vedi ad esempio il Tribunale regionale di Tel Aviv, *New-Pharm Drugstores Ltd. Vs. Yossi Goldhamer-Super-Pharm*, BA 200704/99 (n. 911924/99), che ha ridotto da 22 a 12 mesi il divieto di non concorrenza; il Tribunale Regionale di Tel Aviv *Girit Ltd. V. Aviva*, del 4588/02 che ha considerato e bilanciato il principio della libertà di occupazione da un lato, e il dovere di buona fede e di fedeltà imposto ai convenuti dall'altro, ha tenuto conto delle “circostanze e degli interessi di entrambe le parti e degli obblighi dei imputati” e ha limitato l'occupazione dei lavoratori per un periodo di sei mesi a partire dal giorno del loro licenziamento, senza neanche imporre all'ex datore di lavoro il pagamento di alcuna somma per la limitazione dell'occupazione, in quanto non espressamente richiesto dai lavoratori all'atto della costituzione in giudizio.

Altra cosa è, per esempio, l'elenco dei clienti ovvero un elemento dotato di autonoma rilevanza e che non può essere incluso nelle "competenze professionali" del dipendente (674).

Occorre inoltre considerare che, nel contesto attuale del mercato, il ragionamento della giurisprudenza israeliana potrebbe condurre a risultati parzialmente diversi rispetto a quelli realizzati nell'epoca cui risale l'ultima pronuncia della corte suprema e potrebbe giustificare applicazioni di quegli stessi principi giuridici in un'ottica ulteriormente protezionistica dell'interesse datoriale (675).

Si è visto, infatti, che l'esame della validità della limitazione della libertà di occupazione del dipendente in possesso di un segreto commerciale, la cui rivelazione potrebbe danneggiare il precedente datore di lavoro, va calibrata al tempo intercorso tra lo scioglimento del precedente rapporto di impiego e l'inizio della successiva collocazione presso il concorrente; e che tale bilanciamento varia in funzione di circostanze concrete quali:

(a) l'esiguità del numero di imprese operanti nel settore: argomento ritenuto nella decisione Check Point idoneo ad escludere che la semplice natura di concorrente diretto del nuovo datore di lavoro potesse impedire all'ex dipendente di prestarvi occupazione e

(674) In questo senso per esempio vedi il Tribunale del lavoro regionale di Tel Aviv – Yafo, *Amsalem Tourism and Vacation Ltd vs. Maria Sharifov*, 40619-04-15, (ebraico). Il caso riguardava l'uso illegale del database dei clienti dell'azienda da parte dell'ex dipendente e, in collaborazione con un ex collega, la fornitura di servizi identici a quelli forniti dal datore di lavoro attraverso una società concorrente e l'appropriazione indebita di un segreto commerciale consistito nel database dei clienti, nel database dei fornitori dell'azienda, il listino prezzi, le procedure di lavoro e i protocolli con le varie istituzioni mediche, e i metodi di lavoro aziendale. Il tribunale ha ritenuto che i metodi di lavoro del datore non costituissero un segreto commerciale in quanto privi di unicità e in ogni caso, secondo il tribunale, anche a voler considerare il metodo di lavoro quale segreto commerciale, il suo utilizzo non potrebbe essere considerato furto di un segreto commerciale, alla luce dell'art. 7 (a) della Commercial Torts Law.

La conoscenza dei metodi di tariffazione e dei metodi di gestione delle negoziazioni era divenuta una componente dell'esperienza professionale dell'ex dipendente, di cui non può essere privato e il cui uso non può essere vietato, ed è quindi inclusa nelle competenze professionali. La dipendente non aveva ricevuto un compenso speciale per la limitazione della sua occupazione e la retribuzione che le veniva corrisposta non era particolarmente elevata, non era compensativa e non giustificava una limitazione dell'occupazione. Né il datore di lavoro ha investito risorse speciali per la sua formazione. La dipendente non aveva partecipato a un corso professionale a spese del datore di lavoro ed esterno all'azienda, né era stata fornita alcuna prova che la sua formazione fosse stata eccezionalmente lunga o dispendiosa per l'azienda. Il tribunale ha però ritenuta integrata la violazione del dovere di fedeltà e di lealtà del dipendente nell'uso della lista dei clienti in costanza di impiego.

(675) Vedi il Capitolo III, § C. 6.

che oggi, sulla base dell'elevata concorrenzialità del distretto, potrebbe al contrario fondare un giudizio di legittimità dell'interesse del datore di lavoro a impedire all'ex dipendente di prestare il proprio impiego nei confronti di un diretto concorrente, potendo il lavoratore reperire altro impiego nello stesso settore di competenza;

(b) l'applicazione della dottrina anglosassone dell'inevitable disclosure (676): esclusa nel caso Check Point in ragione del rischio della mancata ricollocazione dell'impiegato nel proprio campo di specializzazione cui l'applicazione della dottrina potrebbe dare luogo; argomento destinato a perdere di efficacia per mancanza del rischio di disoccupazione del dipendente nelle mutate condizioni del mercato del lavoro del software di sicurezza. Peraltro, il rischio della rivelazione del segreto potrebbe escludersi per quei dipendenti che abbiano esercitato l'opzione di acquisto di quote del capitale societario e siano titolari di un interesse concreto a non danneggiare l'azienda di cui detengono una partecipazione profittevole;

(c) la dimensione aziendale della concorrente (677): circostanza ritenuta dalla corte idonea a escludere sia la presunzione della finalità di storno del dipendente da parte del concorrente (per l'assenza della necessità di utilizzare le informazioni relative ai piani di sviluppo della concorrente di inferiori dimensioni economiche), sia la presunzione della rivelazione inevitabile delle informazioni segrete. Questo argomento potrebbe produrre esiti sfavorevoli per le startup, il cui capitale è esposto alle fluttuazioni derivanti dai finanziamenti raccolti e dalla fase di ricerca o di sviluppo del prodotto. Secondo questo ragionamento, infatti, la startup che si trovasse ancora nella fase di ricerca potrebbe incorrere nella presunzione della finalità stornante o appropriativa delle informazioni riservate del concorrente incumbent, fondata sulla mera disparità economica delle aziende coinvolte.

Nonostante l'analisi del mercato del lavoro e del settore merceologico risulti assente nelle pronunce della giurisprudenza di settore, le mutate condizioni del distretto sembrano in

(676) Vedi il Capitolo I, § B. 1.

(677) Anche nel caso National Labour Court, New-Pharm Drugstores Ltd. Vs. Yossi Goldhamer-Super-Pharm, 292-99 (ebraico), nell'esame dell'uso del segreto consistito nel "libro franchising" da parte del dipendente la corte attribuisce rilevanza allo scarso valore delle informazioni segrete per il concorrente di pari dimensioni commerciali, presente nel mercato anteriormente all'ex datore di lavoro e munito di proprie modalità di gestione aziendale.

ogni caso destinate ad assumere rilevanza quali considerations su cui fondare lo scrutinio di validità dei patti di non concorrenza e potrebbero contribuire a fondare un approccio ulteriormente protezionistico degli interessi proprietari.

Sembra quindi che il sistema israeliano, nella misura in cui consente le limitazioni della libertà di concorrenza necessarie alla soddisfazione degli interessi proprietari del datore di lavoro, realizzi una prospettiva sistematicamente protezionistica.

1.2.

Il Sistema Californiano.

Il sistema californiano rappresenta, in astratto, il sistema maggiormente incentivante la circolazione dell'innovazione per il tramite dei dipendenti: la section §16600 prevede una generale nullità dei patti di non concorrenza e l'interpretazione della norma da parte della Corte Suprema della California è assai ampia.

In linea generale, quindi, tutte le clausole limitative della concorrenza sono inapplicabili all'interno dello stato della California (678), inclusi gli accordi con cui il dipendente uscente assume l'obbligazione di non sollecitare i clienti dell'ex datore di lavoro.

Ciò nondimeno negli anni successivi alla sua promulgazione, le corti di merito californiane, pur ritenendo che la section §16600 esprimesse una nozione di public policy favorevole ad un'ampia libertà della concorrenza e mobilità dei dipendenti (679), hanno elaborato alcune eccezioni, e cioè: (i) la dottrina di narrow restraint e (ii) l'eccezione di tutela dei trade secrets.

L'eccezione di narrow restraint (i.e. restrizione limitata) alla section §16600 è stata discussa nel caso Campbell (680) in cui la corte suprema, pur avendo escluso l'applicabilità della rule of reason di diritto comune ai patti restrittivi della capacità di esercitare una professione, ha concluso che la section §16600 “only makes illegal those

(678) Edwards v. Arthur Andersen LLP, 189 P3d 285 (Cal 2008).

(679) Vedi D'sa v. Playhut, Inc. (2000) 85 Cal.App.4th 927, 933; la legge garantisce “that every citizen shall retain the right to pursue any lawful employment and enterprise of their choice.” (Metro Traffic Control, Inc. v. Shadow Traffic Network (1994) 22 Cal.App.4th 853, 859.) e protegge “the important legal right of persons to engage in businesses and occupations of their choosing.” (Morlife, Inc. v. Perry (1997) 56 Cal.App.4th 1514, 1520).

(680) Campbell v. Trustees of Leland Stanford Jr. Univ. (9° Cir. 1987) 817 F.2d 499 (Campbell).

restraints which preclude one from engaging in a lawful profession, trade, or business” (681).

Il precedente è stato superato dalla corte suprema nel 2008 con il caso Edwards (682) in cui la corte suprema ha stabilito che una clausola di non concorrenza, ancorché circostanziata, non è applicabile in California e ha respinto la dottrina della restrizione limitata sulla base del criterio di interpretazione letterale della norma in base al suo significato (plain meaning), che non supporta una simile eccezione, e alla luce della espressa codificazione di talune eccezioni, tassative, alla norma.

In secondo luogo, la Corte ha osservato che l'eccezione di narrow restraint consentirebbe ai datori di lavoro di estendere i limiti del requisito di ristrettezza e porrebbe a carico dei dipendenti l'onere di valutare se la clausola di non concorrenza sottoscritta rientri o meno nell'eccezione della restrizione limitata. I dipendenti potrebbero quindi erroneamente ritenere valide tali disposizioni e sarebbero così dissuasi dal contestarle in giudizio o dal disattenderle in concreto.

La Corte nel decidere il caso Edwards ha anche ricordato in un obiter dictum che, secondo un risalente orientamento giurisprudenziale, alcune disposizioni contrattuali avrebbero potuto produrre un effetto pro-concorrenziale, se dirette a proteggere i segreti commerciali del datore di lavoro. Tuttavia, poiché quel caso non riguardava la tutela di un segreto commerciale, la corte non si è pronunciata sull'eventuale compatibilità alla section §16600 dell'eccezione di tutela del segreto commerciale di origine giurisprudenziale.

Pertanto, dopo la decisione Edwards, le aziende hanno continuato a includere divieti di storno della clientela negli accordi di lavoro e altre simili pattuizioni, che impedivano al dipendente di utilizzare i segreti commerciali dell'ex datore .

L'eccezione alla section §16600 per la tutela dei trade secrets risale invece al caso Muggill in cui la corte suprema californiana aveva sostenuto che la section §16600 invalida le disposizioni contenute nei contratti di lavoro e nei piani pensionistici che vietano al dipendente l'impiego presso il concorrente o che impongono una sanzione in caso

(681) Campbell, supra, 817 F.2d at p. 502.

(682) Edwards v. Arthur Andersen, LLP, 44 Cal. 4° 937 (2008).

contrario, salvo che non siano necessarie a proteggere i segreti commerciali del datore di lavoro (683). L'eccezione è stata confermata nel caso *Hollingsworth* (684).

Nel 2009 una corte d'appello della California (685) ha dichiarato che l'unica normativa applicabile in ipotesi di appropriazione indebita del segreto commerciale dell'ex datore di lavoro da parte del dipendente è quella prevista dall'Uniform Trade Secrets Act, ma non è possibile in ogni caso impedire all'ex dipendente l'impiego presso il concorrente.

In forza di tale pronuncia è stato confermato che anche il divieto negoziale dello sviamento della clientela (686), ancorché giustificato dall'esigenza di tutela del segreto commerciale, non è compatibile con la §16600.

Di recente il legislatore californiano ha ulteriormente ampliato la portata applicativa della section §16600, integrandola con le section §16600.5 e §16600.1.

La prima rende inapplicabile in California qualsiasi contratto limitativo del commercio indipendentemente dal luogo di sottoscrizione del patto, inclusi i rapporti di impiego esterni alla California

La section §16600.1 stabilisce che il datore di lavoro : (i) non può includere una clausola di non concorrenza in un contratto di lavoro; (ii) non può richiedere a un dipendente di stipulare un accordo di non concorrenza a meno che non soddisfi una delle eccezioni previste dal capitolo sulle restrizioni al commercio; (iii) ottemperi all'onere di notificare

(683) *Muggill v. Reuben H. Donnelley Corp.* (1965) 62 Cal.2d, p. 242 (Muggill); vedi anche *Chamberlain v. Agostine* (1916) 172 Cal. 285, 289. La corte suprema californiana ha annullato un accordo altrimenti strettamente circostanziato come restrizione impropria ai sensi della sezione 16600 perché imponeva a un ex dipendente la perdita del diritto alla pensione se avesse iniziato a lavorare per un concorrente (entrambe le decisioni hanno annullato una restrizione parziale alla concorrenza).

(684) *Hollingsworth Solderless Terminal Co. v. Turley*, 622 F.2d 1324, 1338 (9th Cir. 1980).

(685) *Retirement Group v. Galante*, 176 Cal. App. 4° 1226 (2009).

(686) La valutazione dell'elenco dei clienti di un datore di lavoro quale segreto commerciale è stata affrontata dalla giurisprudenza californiana distinguendo tra elenchi di clienti che contengono informazioni sviluppate dal datore di lavoro nel corso degli anni, investendo tempo e altre risorse aziendali (informazioni generalmente non disponibili ai concorrenti del datore di lavoro), v. *Hilb, Rogal and Hamilton Ins. Servs. Of Orange Ctny. v. Robb*, 33 Cal App. 4th 1812 (1995) ed elenchi di clienti generici e disponibili ai concorrenti del datore di lavoro, v. *American Paper & Packaging Prods., Inc. v. Kirgan*, 183 Cal. App. 3d 1318 (1986).

agli attuali ed ex dipendenti soggetti a una clausola di non concorrenza invalida una comunicazione informativa della nullità di tali patti (687).

Le nuove norme, inoltre, escludono la compatibilità dell'eccezione di narrow restraint alla section § 16600, mediante l'esplicito richiamo del precedente Edwards.

Rimangono, invece, i dubbi di compatibilità dell'eccezione di tutela del segreto commerciale con la nuova formulazione della section §16600, quantomeno sino alla pronuncia della corte suprema sul tema.

Nonostante l'ampia formulazione della section § 16600, si è visto che la tutela degli interessi proprietari è stata talvolta valutata dalle corti quale eccezione alla regola della nullità dei patti di non concorrenza e che la formulazione circostanziata della clausola è stata ritenuta sino al 2008 compatibile alla norma.

Anche in questo caso quindi, e pur in presenza di una norma positiva che esclude la validità di tali pattuizioni, le prassi applicative giurisprudenziali hanno elaborato talune eccezioni alla regola generale, cosicché nemmeno il sistema giuridico californiano può qualificarsi quale modello affatto protezionistico degli interessi proprietari.

1.3.

Il Sistema Italiano.

Nel sistema italiano la giurisprudenza ritiene che le clausole di non concorrenza siano finalizzate a salvaguardare l'imprenditore da qualsiasi "esportazione presso imprese concorrenti" del patrimonio immateriale dell'azienda, nei suoi elementi interni ed esterni. Il valore della resistenza sul mercato e del successo aziendale rispetto ai concorrenti è bilanciato dall'art. 2125 c.c. con la finalità di non comprimere eccessivamente la libertà di occupazione del dipendente (688).

(687) Tali notifiche dovevano essere scritte, individuali e recapitate all'ultimo indirizzo anagrafico e all'indirizzo e-mail conosciuto del dipendente entro il 14 febbraio 2024.

La mancata osservanza dell'onere di notificazione della nullità della clausola costituisce un atto di concorrenza sleale in conformità della section § 17200 del California Business & Professions Code § 17200, sanzionato sino a \$ 2.500 per ogni violazione.

(688) Cass. 14 novembre 2018, n. 29383; Cass. 19 novembre 2014, n. 24662.

Il datore di lavoro quindi non è tenuto a dimostrare l'esigenza concreta di tutela di un interesse proprietario perché il patto sia dichiarato valido (689).

Pertanto, la ratio della disciplina in commento, tra quelle analizzate, è la più protettiva degli interessi non solo proprietari, ma anche anticoncorrenziali del datore di lavoro.

Le principali limitazioni alla libera determinazione delle parti della forma e del contenuto del patto sono elencate dall'art. 2125 c.c., secondo cui la clausola deve rispettare: a) la forma scritta; b) vincoli di durata massima del patto (cinque anni per i dirigenti ed in tre anni per le restanti categorie di lavoratori) (690), al suo oggetto (691) ed, infine, all'ambito

(689) L'accertamento della sussistenza di un reale interesse del datore di lavoro alla stipulazione del patto di non concorrenza rileva se consente di escludere con sicurezza la simulazione di tale patto, ma non è tuttavia sufficiente, di per sé solo, a far altresì escludere che lo stesso patto, in quanto contemplante un corrispettivo volto in realtà a compensare non l'astensione dalla futura concorrenza ma le prestazioni già rese dal lavoratore, costituisca un mezzo per eludere norme imperative attinenti alla tutela del rapporto di lavoro in tutta la sua ampiezza e integri, pertanto, la fattispecie fraudolenta che è sanzionata da nullità ai sensi dell'art. 1344 c. c. e riguardo alla quale elementi di convincimento possono trarsi anche da presunzioni gravi, precise e concordanti (Cass. 26 ottobre 1982, n. 5617, in Mass. Giur. It., 1982).

(690) Il limite temporale, a fronte di un eventuale silenzio delle parti in ordine alla durata del patto, non determina la nullità del patto, ma viene integrato direttamente con il termine di durata stabilito dalla legge imperativa. Allo stesso modo, se nel patto è previsto un termine maggiore rispetto a quello legale, lo stesso si riduce ex lege. In questo senso già Cass. 22 luglio 1978, n. 3687, in Rep. Giust. civ., 1978, voce Lavoro (rapporto di), n. 184.

Per la tesi secondo cui la mancata previsione di un limite temporale produce la nullità dell'intera pattuizione V. E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, op. cit., pag. 397; F. BIANCHI D'URSO, voce *Concorrenza, Patto di non concorrenza*, op. cit., p. 3; M. CARTELLA, *Patto di non concorrenza, rivelazione di segreti e rapporto di lavoro* (rassegna di giurisprudenza), in *Riv. Dir. Ind.*, 1987, pag. 403; A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, op. cit., p. 247. A. BOSCATI, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina)*, in *ADL* 4-5/2015 p. 1083.

L'automatica riduzione al limite massimo di legge del termine superiore previsto dalle parti ha posto una questione circa la necessità di ridurre o meno il corrispettivo concordato. La questione, in assenza (almeno a quanto consta) di specifici interventi giurisprudenziali, è stata variamente risolta in dottrina. Alla tesi di chi ha ritenuto che il corrispettivo pattuito debba essere proporzionalmente ridotto (V. GIAN. GUGLIELMINETTI, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro*, in *Dir. Ec.*, 1959, p. 693.), si è contrapposto chi, sul presupposto della inderogabilità in peius, ma della derogabilità in melius dell'art. 2125 Cod. Civ., ha argomentato per il mantenimento del maggiore trattamento quale condizione di miglior favore, pur non escludendo la possibilità per il datore di lavoro di chiedere l'annullamento del contratto lamentando un vizio del consenso, segnatamente un errore essenziale di diritto, rappresentando una certa durata la ragione unica o principale della sottoscrizione del patto, A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, cit., p. 245.

(691) Il patto di non concorrenza può essere legittimamente esteso, nel silenzio della legge, sino a riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro - che sia, cioè, tale da giustificare l'assunzione del vincolo - e non deve quindi limitarsi alle sole mansioni espletate dal

lavoratore nel corso del terminando rapporto, ex multis, Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in Notiz. giur. lav., 2002, 243; Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, in Riv. it. dir. lav., 1995, II, 582, con nota di BARTESAGHI; in Dir. lav., 1995, II, 40, con nota di MIANI CARNEVARI; già Cass. 24 marzo 1980, n. 1968, in Giust. civ., 1981, I, 1113, con nota di G. Ponzanelli; nel merito, Pret. Milano 22 febbraio 1999, in Orient. giur. lav., 1999, I, 156. In precedenza la Suprema Corte aveva invece ravvisato la nullità del patto di non concorrenza «con cui si vieta al dipendente, per il tempo successivo al rapporto d'impiego, non solo lo svolgimento della stessa attività esercitata dall'imprenditore ma anche lo svolgimento di attività analoghe od affini, in proprio o alle dipendenze di altri» (Cass. 14 febbraio 1975, n. 571, in Arch. civ., 1975, 854). In dottrina, sul limite in commento, si confrontano tra gli altri i contributi di M. D'APONTE, *Patto di non concorrenza e validità del divieto eccedente le mansioni specifiche svolte dall'ex dipendente*, in Riv. dir. impr., 1995, 549 e A. ALIBRANDI, *Fondamento, contenuto e limiti del patto di non concorrenza ex art. 2125 Codice civile*, in Arch. civ., 1991, 1269.

Non deve comunque essere talmente ampio da impedire al lavoratore di esplicitare la propria professionalità al punto da comprometterne ogni potenzialità reddituale o la possibilità di assicurarsi un guadagno idoneo alle sue esigenze di vita personali e familiari. In questo senso, Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in Notiz. giur. lav., 2002, 243; Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, cit.; Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72, con nota di G. CONTE; Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, ivi, 1995, II, 582; Cass. 24 agosto 1990, n. 8641, in Notiz. giur. lav., 1990, 708; nel merito, Trib. Torino 27 luglio 2001, in Giur. piem., 2001, 478, che ha ritenuto valido il patto che limitava l'attività professionale futura del lavoratore con riferimento ad uno specifico settore merceologico in quanto si era efficacemente dimostrato che tale professionalità era fungibile e quindi sfruttabile anche in altri settori; Trib. Torino 23 settembre 1997, in Lav. giur., 1998, 697; Pret. Milano 22 febbraio 1999, in Or. giur. lav., 1999, I, 156. In dottrina, G. NICOLINI, *Diritto del lavoro*, Milano, 1992, 396; G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia, a cura di F. GALGANO, IV, Padova, 1981, 41.

Il patto, in sostanza, deve essere formulato in modo da lasciare al lavoratore un congruo spazio di attività nel proprio campo professionale. In particolare, secondo i giudici del merito, «non è configurabile la nullità del patto per assenza dei limiti di oggetto (...) ogni volta che la capacità professionale del lavoratore è più ampia dell'attività temporaneamente vietata e tale residuo abbia la ragionevole possibilità di utilizzazione nel mercato del lavoro», Pret. Milano 10 febbraio 1981, in Or. giur. lav., 1981, 442.

territoriale (692) di applicazione; c) la previsione di un congruo corrispettivo (693) a favore del lavoratore a fronte dell'assunzione dell'obbligazione di non fare.

(692) La valutazione della validità o meno del patto emerge da un'analisi congiunta dell'elemento spaziale e di quello relativo all'oggetto. Diretta conseguenza di tale valutazione congiunta è la possibilità di estendere l'efficacia del patto fino a comprendere l'intero territorio dello Stato o di più Stati, a seconda delle dimensioni ed importanza dell'impresa in cui opera il lavoratore, sempre che «si lasci al contraente un margine di attività lavorativa in altri settori». In questo senso, Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72; Trib. Roma 24 ottobre 2001, in Or. giur. lav., 2002, I, 110, con nota di POMARES; Pret. Milano 10 febbraio 1981, *ivi*, 1981, 442. Si segnala, in senso contrario, Cass. 4 febbraio 1987, n. 1098, in Notiz. giur. lav., 1987, 384.

Allo stesso modo è «giustificata, e non viola il limite di estensione territoriale, l'estensione a tutta l'Italia del patto di non concorrenza, se il lavoratore in funzione della propria professionalità riesce a svolgere un'attività lecita anche in un ambito spaziale molto ampio», Trib. Milano 16 dicembre 1994, in Orient. giur. lav., 1994, 856.

Ciò che rileva, in ogni caso, è che l'ampiezza territoriale (più o meno accentuata) di operatività del vincolo di non concorrenza in concreto pattuita deve risultare sempre ben proporzionata rispetto ad un quanto meno apprezzabile interesse del datore di lavoro in tale senso Trib. Milano 10 aprile 1972, in Giur. ann. dir. ind., 1972, 726, in assenza del quale un'eccessiva limitazione del diritto al lavoro costituzionalmente garantito resterebbe senz'altro priva di giustificazione a fronte del pesante sacrificio imposto al lavoratore.

Sempre con riferimento al limite territoriale, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente precisato che l'indicazione di uno o più Stati contenuta nel patto di non concorrenza deve necessariamente essere intesa «come divieto dello svolgimento di una determinata attività lavorativa nel territorio dei suddetti stati e non come esclusione della prestazione dell'attività per società aventi la propria sede nell'indicato ambito territoriale ovunque il lavoratore si fosse trovato, pena la nullità del patto stesso». Così, Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, *cit.*

(693) Al riguardo «l'obbligo di previsione di un corrispettivo in favore del dipendente medesimo, a pena di nullità del patto (art. 2125 Codice civile), comporta la necessità di fissare un compenso determinato o determinabile», Cass. 10 aprile 1978, n. 1686, in Foro it., 1978, I, 1939.

Più precisamente «per la validità di un patto di non concorrenza ex art. 2125 Codice civile, è essenziale che il corrispettivo pattuito, prima ancora di essere determinato e determinabile, sia certo ed effettivo, non sottoposto né sottoponibile ad alea, né a condizioni contrastanti con la legge imperativa» Pret. Bologna 25 settembre 1984, in Giur. ann. dir. ind., 1985, 761.

La giurisprudenza di merito ha ritenuto congrui i corrispettivi determinati in una percentuale minima compresa tra il 10% ed il 15% della retribuzione del lavoratore, a seconda dell'estensione del patto, ovvero della sua durata, in virtù della già citata valutazione unitaria dei requisiti di validità dello stesso. Per una panoramica sulle determinazioni ritenute congrue dalla giurisprudenza, si confrontino, ad es., Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72, con nota di G. CONTE; Trib. Torino 27 luglio 2001, in Giur. piem., 2001, 478, secondo il quale è congruo un corrispettivo pari al 10% del compenso mensile normalmente erogato; Trib. Milano 11 giugno 2001, in D&L - Riv. crit. dir. lav., 2001, 967, che ha ritenuto valido un patto stipulato a fronte del pagamento di un compenso mensile equivalente alla media dello stipendio netto percepito dal lavoratore nei due anni precedenti la risoluzione del rapporto; Trib. Milano 19 gennaio 2001, in D&L - Riv. crit. dir. lav., 2001, 448, secondo il quale è congruo un corrispettivo corrisposto in corso di rapporto pari al 18% della retribuzione; Trib. Milano 16 giugno 1999, in Riv. it. dir. lav., 2000, II, 728, con nota di A. PILATI; Pret. L'Aquila 22 marzo 1989, in Giust. civ., 1989, I, 1466, che

La validità della clausola è condizionata al giudizio di equivalenza tra i rispettivi vantaggi, entro cui assumono rilevanza anche i limiti spaziali, temporali e contenutistici del patto che, pur non potendo vanificare del tutto la libertà e la capacità di lavoro, contribuiscono a delineare l'adeguatezza o meno del compenso stabilito (694).

Anche la determinazione dell'oggetto del patto è rimessa all'autonomia negoziale e al vaglio della giurisprudenza, atteso che la norma non ne definisce la nozione ma consente ai contraenti di adattarne il contenuto al tipo di attività e al ruolo del lavoratore.

L'obbligazione negativa posta a carico del lavoratore deve essere determinata in funzione della tutela della capacità concorrenziale del datore di lavoro e non deve, comunque, impedire l'esplicazione della concreta professionalità del prestatore di lavoro al quale deve essere consentito di potersi assicurare un guadagno idoneo alle proprie esigenze di vita (695).

Corollario ulteriore della mancata definizione normativa della nozione di oggetto del patto è l'individuazione giurisprudenziale delle mansioni che possono essere precluse al dipendente. L'orientamento maggioritario ritiene che tale preclusione possa riguardare anche mansioni diverse da quelle svolte nel corso del rapporto di lavoro potendosi estendere a qualunque tipo di attività professionale o subordinata in concorrenza con quella dell'azienda datrice di lavoro (696).

L'attività concorrenziale cui si riferisce la norma è quella che in assenza del patto sarebbe lecita e non si sovrappone alle condotte già vietate da altre norme di legge (concorrenza

ha ritenuto congruo un corrispettivo pari al 15% del salario spettante al lavoratore; infine, anche se risalente, Trib. Milano 25 ottobre 1975, in Rep. Giust. civ., 1975, voce Lavoro (rapporto di), n. 116, ha valutato sufficiente un corrispettivo commisurato alla quarta parte dell'ultimo stipendio mensile moltiplicato per la durata del patto (un anno).

(694) BOSCATI, op. cit., p. 1092.

(695) ID., p. 1094. Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, cit.; cfr. pure Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in Not. Giur. Lav., 2002, p. 245; Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, in Dir. Prat. Lav., 2000, p. 2635.

(696) BOSCATI, op. cit., p. 1097, Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, cit.; Cass. 24 marzo 1980, n. 1968, cit.; Cass. 2001, n. 15253, cit.; Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, in Mass. Giur. Lav., 2004, p. 94; per la giurisprudenza di merito App. Torino 12 giugno 2009, cit.; App. Milano 17 marzo 2006, in Lav. Giur., 2006, p. 1138; Pret. Milano 22 febbraio 1999, cit.; Trib. Ravenna, 24 marzo 2005, in Lav. Giur., 2006, pag. 169; Trib. Torino 16 gennaio 2006, cit.; in dottrina O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 737 ss.; E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, op. cit., p. 645; isolatamente in dottrina per la necessaria corrispondenza tra l'attività vietata dal patto e l'oggetto della prestazione di lavoro v. P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, op. cit., p. 102.

sleale ex art. 2598 c.c.; abusiva divulgazione o applicazione di segreti industriali e commerciali ex artt. 621-623 c.p., ecc.) (697).

Il sistema giuridico italiano è, in astratto, il più protezionistico degli interessi proprietari tra quelli analizzati e la sua collocazione tra i paesi che solo sporadicamente riconoscono validità ai patti di non concorrenza non sembra condivisibile, infatti : (i) la durata massima di validità prevista dalla norma è infatti la più elevata tra i sistemi analizzati; (ii) l'interesse proprietario a non subire la concorrenza da parte dell'ex dipendente è protetto dalla norma e il datore di lavoro non deve dimostrare la sussistenza di un interesse concreto alla tutela di altro interesse proprietario; (ii) l'ambito oggettivo del patto è analizzato dalle corti con ottica di favor dell'imprenditore e il difetto di indagine della struttura del settore del mercato del lavoro coperto dal patto induce la corte ad adottare prospettive ampiamente limitanti la libertà di occupazione del dipendente.

Tuttavia, diversamente dagli altri due sistemi analizzati, il modello italiano richiede a pena di nullità della clausola negoziale la corresponsione di un corrispettivo in favore del lavoratore; questa circostanza fa del sistema italiano il modello più garantista del diritto alla percezione di un compenso del lavoratore.

2.

Differenze Ricontrate tra i Modelli.

Sulla base della ricostruzione del significato delle diverse regole e delle relative soluzioni interpretative adottate dai tre sistemi analizzati si possono ora descrivere le differenze osservate.

Le discrasie emerse suggeriscono un metodo alternativo di ripartizione dei sistemi in: modelli che esprimono un principio generale di invalidità del patto di non concorrenza, salve eccezioni, e modelli che articolano particolari ipotesi di validità del patto (698).

(697) Trib. Torino 13 marzo 2009.

(698) V. R. SACCO, op. cit., pp. 369 e 380, secondo il quale le dottrine accademiche e le formule generali siano spesso troppo "astratte" (cioè troppo inclini a fare generalizzazioni non autorizzate) e troppo "lontane dalla vita" (cioè troppo incline a dimenticare il significato di alcuni elementi del caso concreto).

Secondo SACCO la dottrina ha perso l'occasione di individuare categorie concettuali capaci di oltrepassare i confini tra un ordinamento e l'altro. In realtà è avvenuto esattamente il contrario. Ha costruito frontiere all'interno di un unico ordinamento giuridico, frontiere che non hanno conseguenze sulle regole

Su questa base i sistemi divergono per

(a) la regola che disciplina il patto di non concorrenza e che, nei tre sistemi giuridici, corrisponde a un diverso percorso legislativo o interpretativo culminato, a seconda dei casi, nella formulazione di un principio generale di nullità (derogato dalle eccezioni elaborate dalla giurisprudenza) ovvero nella previsione di requisiti di validità.

Il sistema italiano rinuncia ad un approccio definitorio dell'istituto (genericamente inquadrato come il patto con cui si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto) per concentrarsi sui requisiti-limiti della sua validità.

Il sistema californiano assume invece un'elencazione più esaustiva del contenuto delle attività incluse dal patto (ogni contratto in forza del quale una parte è impedito impegnarsi in una professione, un'attività commerciale o un'altra lecita attività di qualsiasi tipo) e si concentra sull'enunciazione di una regola generale di nullità del patto.

Il sistema israeliano definisce la nozione del patto in funzione della limitazione della libertà di occupazione del dipendente ed elabora un bilanciamento dei diritti in conflitto sulla base di considerations da valutarsi caso per caso, esclusa solamente la restrizione della concorrenza del dipendente non giustificata dalla protezione di un interesse proprietario o quasi proprietario.

(b) I termini di durata ai fini della validità del patto, nel sistema italiano (3 anni per i dipendenti, 5 anni per i dirigenti) superiori persino alle prassi giurisprudenziali e commerciali degli altri due sistemi (dove invece la durata massima è di 12 mesi).

(c) Il requisito di un corrispettivo segna una rilevante discrasia tra i modelli di tutela del patto di non concorrenza e attribuisce al modello maggiormente protezionistico (i.e. quello italiano) una prospettiva invece più garantista dell'interesse del lavoratore a conseguire una retribuzione specifica per la rinuncia alla concorrenza.

Nel sistema giuridico israeliano la previsione del corrispettivo può assumere rilievo nell'ambito delle circostanze che possono assegnare validità al patto, ma non è stata

operative. Si può tuttavia individuare una tendenza generale degli studiosi: essa privilegia formule generali, regole di grande latitudine. Lo studio del diritto comparato può fornire un correttivo. Per fare ciò occorre partire dalla regola operativa concepita nel modo più ristretto. Poi dovrà ascendere gradualmente verso formule generali e regole generali.

ritenuta dalle corti una condizione necessaria ai fini della validità del patto (699). Si è visto inoltre come in talune occasioni le corti di merito hanno ritenuto sufficiente la retribuzione riconosciuta per l'attività lavorativa del dipendente anche se non maggiorata di una misura percentuale per la pattuizione di non concorrenza.

La previsione è del tutto assente nel sistema californiano che, a partire dalla norma generale, ha sviluppato due eccezioni nessuna delle quali onera il datore di lavoro alla corresponsione di un pagamento in favore del dipendente.

Questa è certamente una differenza destinata ad assumere maggior rilievo fuori dal segmento merceologico qui specificamente analizzato, considerato che, come si è detto, i lavoratori di questo settore godono di retribuzioni ampiamente superiori alla media del mercato del lavoro.

3.

Analogie Ricontrate tra i Modelli.

Si è detto che la descrizione dei sistemi giuridici qui analizzati come modelli di una diversa applicazione della disciplina relativa al patto di non concorrenza del dipendente ne ha sinora poste in evidenza soprattutto le discrasie in termini di regole e definizioni generali.

Per contro si possono intravedere prassi operative transnazionali piuttosto uniformi nei sistemi qui analizzati, che sembrano convergere in una comune e diffusa finalità protezionistica degli interessi proprietari:

(a) i sistemi presuntivamente meno protezionistici, ovvero quello californiano e quello israeliano, hanno assunto a fondamento dell'interpretazione del patto di non concorrenza del dipendente una nozione forte sia della libertà della concorrenza sia degli interessi proprietari in gioco e solo un'esigenza di tutela dei secondi può giustificare una restrizione della prima.

(699) Si veda per esempio il Tribunale distrettuale di Tel Aviv-Yafo, *Bekto Seal Ltd. v. Eran Win*, (TA) 1058-07 ha ritenuto sufficiente lo stipendio erogato dall'ex datore di lavoro per la prestazione lavorativa, anche ai fini del requisito dello speciale corrispettivo per la rinuncia alla concorrenza.

Quindi, l'approccio pro-concorrenziale espresso da questi sistemi non è assoluto, ma cede di fronte ai prioritari interessi datoriali, comprimendo parimenti la libertà di occupazione del lavoratore.

Il precedente della corte suprema israeliana in materia (e che ancora oggi non è stato superato) ha espressamente annoverato la circostanza qui riferita tra quelle ritenute idonee a legittimare la restrizione della concorrenza dell'ex-dipendente (sia pure onerando il datore di lavoro della relativa prova), dando luogo ad una tutela dell'interesse proprietario (già protetto dalla relativa normativa di settore) rafforzata dalla restrizione della concorrenza dell'ex-dipendente.

Peraltro si è visto che il ragionamento della corte, calato nel contesto attuale del mercato del software di sicurezza israeliano, potrebbe condurre a risultati ulteriormente protezionistici rispetto a quelli all'epoca realizzati, in termini di probabile rivelazione del segreto da parte del dipendente.

Anche nel sistema californiano parte della giurisprudenza ha elaborato un'eccezione alla regola generale posta dalla section §16600 che ne giustifica la deroga di fronte al rischio di rivelazione del segreto commerciale del precedente datore di lavoro. Peraltro, la compatibilità di tale eccezione alla norma non è stata esclusa neanche dal recente intervento legislativo (700).

Se l'eccezione di narrow restraint è stata espressamente esclusa mediante il richiamo, all'interno dei nuovi paragrafi della norma, del caso con cui la corte suprema aveva superato il proprio precedente sul tema (il caso c.d. Edwards), non è così accaduto per l'eccezione di trade secrets.

Similmente si è detto che la stessa perplessità resiste anche di fronte all'ampia formulazione dell'iniziativa legislativa promossa dalla Federal Trade Commission.

(b) Nemmeno il sistema maggiormente protezionistico, e cioè quello italiano, prevede una deroga assoluta alla libertà della concorrenza dell'ex-dipendente, ma la facoltizza entro limiti di oggetto, tempo e luogo.

Inoltre, l'analisi da parte della giurisprudenza italiana dei requisiti di validità della pattuizione in termini di proporzionalità dell'ambito oggettivo di applicazione del patto

(700) Nonostante i dubbi di compatibilità di una tale eccezione con il DTSA espressi in dottrina e riferiti nella nota (196).

non sembra discostarsi dalla valutazione di ragionevolezza delle corti israeliane: entrambe le corti valutano questo profilo in un'ottica di conservazione della capacità professionale del dipendente nella misura in cui realizzi l'interesse pubblico alla concorrenza, congiuntamente all'ampia ponderazione a favore del datore di lavoro dello spazio geografico (701), e dell'ambito oggettivo di operatività della norme (702).

(c) Anche le ratio espresse dalle norme, ovvero dai principi di elaborazione giurisprudenziale, sembrano essere non difformi.

Nel sistema israeliano, la giurisprudenza ha assunto una prospettiva di massimizzazione della libertà dell'iniziativa economica e della libertà di assunzione dei dipendenti maggiormente qualificati per le imprese operanti nel distretto, cui è funzionale la tutela da parte delle corti di merito del diritto di occupazione dei dipendenti, nella misura in cui contribuisce alla circolazione dell'innovazione.

In questo senso la ratio sottesa all'orientamento adottato dalla corte suprema israeliana in materia era dichiaratamente a favore degli interessi proprietari imprenditoriali, la cui tutela giustifica infatti la restrizione della concorrenza e, secondariamente, della libertà di occupazione del dipendente.

Nel sistema italiano (703) il patto di non concorrenza e la limitazione contrattuale dell'attività professionale trovano la loro ratio nell'esigenza di tutelare «la capacità concorrenziale dell'impresa» e «la posizione dell'impresa sul mercato», qualora il lavoratore, cessato il rapporto, utilizzi in una successiva attività svolta per un'altra impresa quelle «conoscenze tecniche e commerciali acquisite grazie al rapporto lavorativo» (704). Sul presupposto che “nel nostro ordinamento la libertà di concorrenza è la regola”, ma “anche la possibilità di limitarla rappresenta uno strumento di attuazione del mercato come luogo di libertà della iniziativa privata” (705), la giurisprudenza ritiene che le

(701) Che consente in taluni casi di ritendere adeguata anche l'esclusione alla concorrenza dell'intero spazio nazionale per aver il dipendente maturato qualifiche tali che gli consentono di reperire altra occupazione, ad esempio, all'interno del territorio dell'UE).

(702) Con scarsa attenzione concreta per le caratteristiche del mercato del lavoro considerato e della effettiva concorrenza tra il prodotto sviluppato dall'ex e dal nuovo datore di lavoro.

(703) Cass. 19 dicembre 2001 n. 16026, in *Mass. giur. lav.*, 2002, I, 272.

(704) G. DEL BORRELO, *Note in tema di patto di non concorrenza*, *Giust. civ.*, fasc.5, 2003, pag. 1077.

(705) Cass. n. 16026/01.

clausole di non concorrenza siano finalizzate a salvaguardare l'imprenditore da qualsiasi "esportazione presso imprese concorrenti" del patrimonio immateriale dell'azienda.

L'art. 2125 c.c. si preoccupa di tutelare il lavoratore subordinato, affinché le dette clausole non comprimano eccessivamente le possibilità di poter dirigere la propria attività lavorativa verso altre occupazioni (706).

Il datore di lavoro quindi non è tenuto a dimostrare l'esigenza concreta di tutela di un interesse proprietario perché il patto sia dichiarato valido (707).

Anche in questo caso la ratio applicativa della norma è fortemente protesa alla tutela degli interessi del lato datoriale anche se, diversamente dalle corti israeliane, sembra soddisfare una prospettiva conservativa del tessuto imprenditoriale coevo al contesto storico di adozione della norma e poco adattabile al mutare delle circostanze concrete.

In ogni caso l'interesse del lavoratore è tutelato dalla norma nella misura in cui soddisfa e non comprime il superiore interesse datoriale.

Per quanto riguarda il sistema californiano, sebbene la norma sia stata codificata per mero accidente storico è stata poi interpretata dalle corti quale espressione di una forte public policy dalla giurisprudenza di settore.

4.

Lacune Ricontrate nei Modelli.

Oltre alle analogie e alle differenze elencate, si sono osservate le stesse lacune nelle prassi applicative comuni ai tre sistemi analizzati.

(a) È assente in tutti i modelli analizzati un'analisi in prospettiva concorrenziale delle caratteristiche del mercato del lavoro in cui si esprime la capacità professionale del dipendente e del settore merceologico in cui opera il datore di lavoro.

(706) Cass. 14 novembre 2018, n. 29383; Cass. 19 novembre 2014, n. 24662.

(707) L'accertamento della sussistenza di un reale interesse del datore di lavoro alla stipulazione del patto di non concorrenza rileva se consente di escludere con sicurezza la simulazione di tale patto, ma non è tuttavia sufficiente, di per sé solo, a far altresì escludere che lo stesso patto, in quanto contemplante un corrispettivo volto in realtà a compensare non l'astensione dalla futura concorrenza ma le prestazioni già rese dal lavoratore, costituisca un mezzo per eludere norme imperative attinenti alla tutela del rapporto di lavoro in tutta la sua ampiezza e integri, pertanto, la fattispecie fraudolenta che è sanzionata da nullità ai sensi dell'art. 1344 c. c. e riguardo alla quale elementi di convincimento possono trarsi anche da presunzioni gravi, precise e concordanti (Cass. 26 ottobre 1982, n. 5617, in Mass. Giur. It., 1982).

Nel mercato del lavoro altamente qualificato del software di sicurezza israeliano, l'esame del grado di concentrazione nel giudizio di bilanciamento degli interessi proprietari e impiegatizi in conflitto potrebbe condurre a risultati pro-competitivi in concreto per i contraenti, in particolare, e per il valore della concorrenza, in generale.

In presenza di un significativo grado di concentrazione dell'offerta-lavoro, la validità della clausola rischia di escludere il lavoratore dal mercato e questo risultato, non solo comprime eccessivamente il diritto all'occupazione del dipendente, ma produce anche effetti anti-competitivi. La circolazione delle competenze e del know-how del lavoratore è infatti un fattore promotore della concorrenzialità tra le imprese che, anche attraverso l'assunzione dei dipendenti più qualificati, consolidano la propria presenza nel mercato oppure agevolano il proprio ingresso.

Per contro, in un mercato del lavoro iper-concorrenziale (come quello del software di sicurezza) il valore della concorrenza potrebbe essere soddisfatto anche attraverso la protezione dell'avviamento e della permanenza del mercato delle aziende in fase di ricerca e sviluppo dal rischio della perdita del dipendente qualificato. In questo contesto, la restrizione della libertà di occupazione del lavoratore qualificato, potrebbe risultare proporzionata alla struttura del relativo mercato. In ogni caso il valore della concorrenza va calibrato anche alla qualifica del dipendente (708), su cui si rinvia al seguente punto (b).

Nel sistema israeliano la struttura dei mercati, come abbiamo visto, è stata assunta quale generica consideration su cui fondare il giudizio di ragionevolezza della restrizione imposta al lavoratore dalla clausola.

All'epoca del caso Check Point, la consideration della concentrazione del mercato del lavoro del software di sicurezza aveva concorso a escludere la ragionevolezza della restrizione, nella misura in cui avrebbe imposto al lavoratore di reperire altra occupazione nel mercato estero. L'argomento però era entrato nel ragionamento della corte quale

(708) Vale la pena di ribadire che le considerazioni qui svolte si riferiscono alla categoria dei lavoratori altamente qualificati del settore high-tech, i quali godono di un potere negoziale e concorrenziale drammaticamente superiore al dipendente medio di altri settori merceologici. Si condivide l'argomento sostenuta da GILO, op. cit., il quale sostiene l'opportunità dell'affiancamento della prospettiva concorrenziale alla dottrina contrattuale utilizzata dalle corti nell'esame delle clausole di non concorrenza.

nozione di carattere generale, senza essere assoggettato ad un accertamento in concreto (709).

La considerazione dell'interesse del datore di lavoro alla temporanea protezione dalla concorrenza (710) del dipendente è stata soprattutto controbilanciata dalla giurisprudenza a favore dell'interesse pubblico alla libera concorrenza del mercato di capitali e del lavoro, allo scopo di garantire un'allocazione efficiente delle risorse e una maggiore efficienza del mercato (711).

Questa ratio include, secondo l'opinione espressa dalla corte in Check Point (712), anche la creazione di nuove imprese da parte dei dipendenti, ovvero la libertà dei lavoratori di offrire le proprie competenze a diversi datori di lavoro i quali, a loro volta, competono per attrarre la manodopera qualificata, offrendo migliori condizioni di lavoro.

Attraverso una tale prospettiva della libertà di concorrenza, non ostacolata dalla validità delle pattuizioni in esame, la corte intendeva espressamente promuovere la rapida crescita del distretto innovativo mediante la concorrenza del più ampio numero di imprese.

Lo stesso orientamento va ricostruito nel contesto attuale del settore del software di sicurezza: questo segmento del distretto israeliano non si trova più in una fase emergente di sviluppo, come all'epoca del giudizio della corte suprema israeliana, ma è ormai maturo, altamente concorrenziale ed è caratterizzato da un'elevata mobilità dei dipendenti qualificati e compensati in misura di molto superiore alla media in Israele.

E più in generale occorrerebbe calare l'orientamento della corte suprema nel contesto della produzione del software di sicurezza quale mercato caratterizzato dalla presenza anomala di un elevato numero di produttori che offrono altrettanti prodotti non qualitativamente differenziati (713) così allentando anche la concorrenza (714).

La considerazione, nel mutato eco-sistema israeliano, delle dimensioni economiche dell'azienda e della quota del mercato eventualmente detenuta potrebbe incoraggiare la

(709) Sul tema vedi GILO, op. cit, passim.

(710) Il caso Check Point è effettivamente il primo in cui il valore della concorrenza entra nel ragionamento di una corte specializzata nel settore del lavoro.

(711) Vedi paragrafo 11 della sentenza Aes v. Sa'ar.

(712) Vedi paragrafo 14 della sentenza Check Point.

(713) Vedi Capitolo III, § A. 2.3.

(714) Vedi Capitolo III, § A. 2.3.

permanenza sul mercato di aziende di ridotte dimensioni quali le startup innovative in fase di ricerca e sviluppo. Le startup, attraverso questo tipo di patti, potrebbero tutelare il proprio avviamento dalle più grandi imprese consolidate (715), e dalla capacità degli incumbent di attrarre i lavoratori qualificati promettendo corrispettivi più elevati, senza allo stesso tempo impedire la libertà di occupazione del dipendente (716).

Questa prospettiva potrebbe produrre esiti pro-concorrenziali e promuovere una nuova strutturazione del distretto fondata su un numero più elevato di aziende consolidate e verticalmente integrate.

E potrebbe giustificare, a queste condizioni, il preliminare scrutinio di legittimità dell'interesse proprietario alla limitazione della concorrenza, quale autonomo e rilevante interesse del datore di lavoro meritevole di tutela.

Nel sistema italiano la valutazione di proporzionalità della restrizione sotto il profilo dell'estensione del suo oggetto, e cioè il settore merceologico precluso alla concorrenza dell'ex dipendente, viene eseguita dalle corti con accertamento in concreto riferito alla "personalità professionale" (717) del lavoratore, non circoscritta quindi alle mansioni svolte presso l'ex datore di lavoro.

L'accertamento "in concreto" avviene, ad esempio, mediante lo scrutinio dell'inquadramento del lavoratore entro i contratti di categoria oppure attraverso il vaglio del curriculum vitae da cui sia lecito inferire, analizzando le precedenti esperienze professionali, se il lavoratore abbia qualche possibilità di spendere la propria professionalità in altre aree eventualmente affini al suo settore di competenza senza "essere costretto a una riconversione o comunque alla temporanea rinuncia all'utilizzazione del proprio specifico patrimonio di cognizioni, potendo quest'ultimo essere applicato ad un diverso oggetto e cioè ad un prodotto diverso" (718).

(715) Ma questo richiederebbe anche un'un'analisi economica del mercato di riferimento purtroppo mancante nelle corti specializzate nel settore del lavoro. In questo senso GILO, op. cit., p. 76, ID., *The (Lack of) Economic Analysis by Courts in Israeli Antitrust Cases Concerning Restraints of Trade*, Israel Law Review, vol. 39(3), 2006, pp. 98-122.

(716) Così D. GILO, *Toward a New Legal Policy Toward Covenants not to Compete*, Tel Aviv University Law Review, vol. 23, 2000, p. 63, (ebraico).

(717) Ex multis: Cass. 19 aprile 2002, n. 569; Trib. Torino, 27 luglio 2001; Cass. 14 maggio 1998 n. 4891, Trib. Torino, 23 settembre 1997, Cass. 26 novembre 1994, n. 10062. Diventa invece "formazione professionale" Pret. Milano 23 gennaio 1991.

(718) App. Brescia 9 febbraio 2023, n. 251.

Le attività economiche da considerare in concorrenza, e quindi vietate all'ex dipendente, sono invece identificate "in relazione a ciascun mercato nelle sue oggettive strutture, ove convergono domande ed offerte di beni o servizi identici oppure reciprocamente alternativi e/o fungibili, comunque, parimenti idonei ad offrire beni o servizi nel medesimo mercato" (719) e possono quindi riguardare qualsiasi prestazione lavorativa che possa competere con le attività economiche svolte dal datore di lavoro (720).

Quello che emerge dalla giurisprudenza di settore è l'assenza di analisi in prospettiva concorrenziale delle caratteristiche dei mercati considerati dalla norma, e cioè il settore merceologico in cui opera il datore di lavoro e il corrispondente settore del mercato del lavoro in cui il dipendente può spendere la propria personalità professionale.

Ciò nondimeno i mercati in cui operano datore di lavoro e lavoratore sono assunti, sia pure tacitamente, a premessa del ragionamento della giurisprudenza sull'oggetto del divieto per ampliarne l'estensione.

Per quanto riguarda il dipendente, l'eventuale poliedricità della sua proiezione professionale viene assunta dalla giurisprudenza quale argomento che giustifica un ampliamento oggettivo del patto, a favore dell'imprenditore, assumendo che il lavoratore potrà ragionevolmente ri-collocarsi in un altro settore del mercato del lavoro. Questa conclusione però, calata nel contesto di un mercato del lavoro che sia in via ipotetica fortemente concentrato dal lato dell'offerta di lavoro, esporrebbe il lavoratore al rischio della sua esclusione anche dal settore di competenza eventualmente ritenuto dalla corte non coperto dal divieto di concorrenza così realizzando, in concreto, un'eccessiva compromissione della capacità lavorativa del dipendente (invece tutelata dalla norma) e un indebito vantaggio anti-competitivo per l'ex datore di lavoro.

Un mercato del lavoro concentrato dovrebbe supportare un'applicazione particolarmente cauta della clausola negoziale, ovvero una sua disapplicazione, salva la tutela dei diritti proprietari del datore di lavoro.

(719) Ex multis: Cass. 26 maggio 2020, n. 9790.

(720) Cass. n. 3507 del 2001.

Anche quando le corti assumono il punto di vista datoriale, il riferimento a un'ipotetica struttura del mercato (721) è impiegato in funzione estensiva dell'oggetto del divieto alla concorrenza dell'ex dipendente così da includervi, di nuovo in un'ottica di favore dell'imprenditore, anche i beni fungibili o alternativi, in assenza di alcun accertamento circa l'effettiva concorrenzialità del settore del mercato considerato, in generale, e della concorrenzialità particolare del prodotto dell'imprenditore.

La presunzione il più delle volte si fonda su una indimostrata relazione di concorrenza tra il prodotto o il servizio commercializzati o sviluppati dal datore di lavoro e il settore merceologico cui tale bene o servizio appartengono.

In questo caso, il ragionamento per presunzioni che porta ad escludere dalla concorrenza, diretta o indiretta, dell'ex dipendente segmenti di settori merceologici o affini in assenza di un accertamento concreto delle caratteristiche di quel mercato rischia di attribuire all'imprenditore uno sproporzionato vantaggio concorrenziale anche su porzioni del mercato su cui non si è ancora affacciato oppure non in concorrenza con il proprio prodotto ancorché appartenente allo stesso settore merceologico.

Nel sistema californiano è totalmente assente l'approfondimento della struttura del mercato del settore merceologico o del lavoro. Un tale accertamento avrebbe potuto concorrere a determinare l'applicazione dell'eccezione giurisprudenziale di narrow restraint, ma la compatibilità di tale ipotesi alla section §16600 è stata espressamente esclusa dal legislatore con il recente intervento normativo.

Con riferimento alla struttura del mercato del lavoro, la proposta della FTC di vietare tutti i patti di non concorrenza, in quanto proceduralmente coercitivi, presuppone che tutti o quasi tutti i datori di lavoro che ottengono tali accordi detengano un sufficiente potere sul

(721) La "misura dall'attuale mercato delle merci che - in ragione della concorrenza tra imprenditori propria di ogni società libera e del moltiplicarsi delle esigenze degli acquirenti - assegna spesso il successo a chi è in grado di utilizzare, in un contesto di elevato benessere economico, nozioni e conoscenze su elementi e dati fattuali in precedenza considerati marginali (e, pertanto, ininfluenti sulla scelta dei consumatori), come è dimostrato proprio dal mondo della moda e dell'abbigliamento" è stata utilizzata come argomento che giustifica l'applicabilità dei patti di non concorrenza anche ai lavoratori con funzioni meramente esecutive "che operino in settori in cui l'imprenditore, in ragione della specifica natura e delle peculiari caratteristiche dell'attività svolta, possa subire un concreto pregiudizio - in termini di penetrazione nel mercato e di capacità concorrenziale - dalla utilizzazione (sia in corso di rapporto che successivamente) da parte del suddetto lavoratore dalla sua lunga esperienza e dalle numerose acquisite conoscenze" (Cass. 19 aprile 2002, n. 5691).

mercato del lavoro per imporli ai dipendenti; per contro, la maggior parte dei dipendenti americani non negozia in mercati del lavoro concentrati.

Secondo Meese (722) la Commissione non ha in particolare considerato che poco più del 75% dei dipendenti USA lavora in mercati non concentrati (723) (724) e che rispetto ai 160.000 mercati del lavoro individuati negli USA (725), solo il 2,9% dei dipendenti del settore privato si confronta con mercati del lavoro “altamente concentrati”, mentre un altro 10,3% dei dipendenti pubblici opera in mercati moderatamente concentrati.

Nel complesso, circa il 94% dei dipendenti del settore privato è impiegato all’interno di mercati del lavoro non concentrati (726).

La Commissione si riferisce ad un’“economia iper-concentrata” come giustificazione parziale per la proposta regolamentazione, ma quando si tratta dei mercati del lavoro, tuttavia, l’iper-concentrazione sembra essere apparente e l’invocazione, non supportata dalla prova, della “concentrazione” da parte della commissione come fonte di un potere diffuso sul mercato del lavoro da parte dei datori di lavoro pone in discussione la stessa premessa della proposta normativa secondo la quale tutti i patti di non concorrenza sono coercitivi della volontà negoziale dei dipendenti (727).

(b) Altrettanto assente nei tre modelli analizzati è la considerazione differenziata del ruolo e del grado di specializzazione del dipendente, ed anzi la giurisprudenza italiana ha espressamente affermato che possono essere legittimamente vincolati da questi patti tutti

(722) A. J. MEESE, *Are Employee Noncompete Agreements Coercive? Why the FTC's Wrong Answer Disqualifies It from Rulemaking (For Now)*, William & Mary Law School Research Paper No. 09-476, 2024, p. 68, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=4558012>.

A favore invece della proposta della commissione è il commento di E. STARR del 19 aprile 2023, Re: Non-Compete Clause Rulemaking, Matter No. P201200, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4427741>

(723) J. AZAR, I. MARINESCU, M. STEINBAUM, B. TASKA, *Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data*, 66 Labour Economics 101866, 2020.

(724) Lo studio ha utilizzato i codici professionali del Dipartimento del Lavoro per definire la componente occupazionale, v. Department of Labor, U.S. Bureau of Labor Statistics, May 2022 Occupation Profiles https://www.bls.gov/oes/current/oes_stru.htm.

(725) V. MEESE, op. cit., p. 78 e W. HANDWERKER, M. DEY, *Some Facts about Concentrated Labor Markets in the United States*, Industrial Relations, 2023.

(726) V. MEESE, op. cit., p. 78.

(727) ID., op. cit., p. 79.

i dipendenti (dipendenti e dirigenti sono distinti dalla norma solo in termini di diversa durata massima del patto).

Considerare unitariamente la categoria dei lavoratori significa ignorare l'eterogeneità dei ruoli e le aree di conflitto presenti tra i membri della stessa categoria, trattando in modo eguale situazioni assai difformi.

Torniamo al campione qui approfondito, e cioè i lavoratori dell'area merceologica del software di sicurezza israeliani, i quali beneficiano di: (i) un'elevata specializzazione nella maggior parte dei casi conseguita attraverso l'arruolamento e quindi con costi a carico del relativo ministero della difesa israeliano; (ii) un abbattimento dei costi di transazione nella ricerca di lavoro, determinato dall'effetto network creato dalla frequentazione delle stesse unità dell'esercito israeliano, che consente il reclutamento basato sulla conoscenza diretta o indiretta del candidato e che garantisce ai membri di quel segmento preciso la collocazione nel mercato del software di sicurezza; (iii) una retribuzione significativamente superiore alla media dei dipendenti del settore privato israeliano; (iv) un'elevata concorrenzialità del mercato del lavoro che consente a questa categoria di dipendenti di reperire altro lavoro, anche onorando la regola informale che vieta loro la sola ricollocazione presso i concorrenti diretti del precedente datore di lavoro. Questi lavoratori (728), indipendentemente dal ruolo dirigenziale eventualmente ricoperto all'interno delle imprese in cui operano, sono muniti di un potere di negoziazione superiore alla media dei dipendenti di altri settori, per cui la sola dicotomia dirigente-dipendente non sembra in grado di rimuovere il rischio di soluzioni inique.

Dal punto di vista datoriale anche un dipendente ordinario, collocato ad esempio nel settore della ricerca e sviluppo del software, rappresenta una risorsa preziosa e allo stesso tempo un potenziale concorrente nel mercato. In questo caso, l'aspirazione dell'imprenditore di modesta rilevanza economica alla restrizione della futura concorrenza dell'ex-dipendente potrebbe giustificarsi in ragione della necessità di tutela dell'avviamento aziendale. E dall'altra parte, la capacità lavorativa del dipendente qualificato potrebbe comunque realizzarsi nel mercato di riferimento.

(728) Anche se vedi ex multis BALASUBRAMANIAN, NATARAJAN, J. W. CHANG, M. SAKAKIBARA, J. SIVADASAN, E. STARR, *Locked in? The enforceability of covenants not to compete and the careers of high-tech workers*, Journal of Human Resources 57, 2022.

Dal punto di vista dei dipendenti non specializzati (729), invece, la restrizione alla concorrenza rappresenta un ostacolo alla ri-collocazione nel mercato non altrettanto giustificato dalla necessità di tutelare la posizione dell'impresa nel mercato: queste categorie di lavoratori raramente hanno accesso alle informazioni riservate del datore di lavoro e dispongono di uno scarso potere negoziale.

La ponderazione del ruolo svolto dal dipendente per il datore di lavoro nella valutazione di validità del patto e nella successiva graduazione dell'estensione spazio-temporale delle clausole potrebbe condurre a soluzioni applicative più calibrate alle fattispecie concrete.

Un'incerta attenzione al tema è stata sollevata dalla Federal Trade Commission nella sua proposta di qualificazione dei patti di non concorrenza quali atti di concorrenza sleale.

La FTC non ha invero previsto nel testo legislativo promosso alcuna diversificazione tra i dipendenti, ma ha sollevato il quesito sottoponendolo ai commenti del pubblico, sotto il profilo dell'opportunità di distinguere tra due, insufficienti, macroaree di lavoratori più o meno qualificati (730).

5.

Prassi e Mercati a Confronto: un Incerto Collegamento.

Le prassi applicative dei diversi sistemi analizzati hanno dato conto di un approccio diffusamente protezionistico, graduato in funzione della diversa cornice tracciata dalla norma o dal precedente.

Questa trasversale prospettiva attenua anche la corrispondenza ipotizzata tra il diverso grado di protezionismo adottato dalle prassi applicative giurisprudenziali e il grado di innovatività del distretto o la struttura del mercato.

In Israele, successivamente alla commentata pronuncia della corte suprema in materia di patti di non concorrenza nel settore dei sistemi informatici di sicurezza, il distretto high-tech israeliano si è strutturato in una comunità aziendale soprattutto composta da startup

(729) Ex multis E. STARR, J. J. PRESCOTT, N. D. BISHARA, *Noncompete agreements in the US labor force*, *The Journal of Law and Economics* 64, no. 1, 2021.

(730) La distinzione non sembra rilevare per gli esponenti dell'high-tech che, non a caso, non hanno inviato alcun commento alla FTC. Si veda il § A.1.5. del Capitolo II.

innovative e da poche aziende consolidate o verticalmente integrate (peraltro in larga misura non israeliane).

Questa successione temporale potrebbe indurre a ritenere che l'approccio pro-concorrenziale adottato dalla corte suprema abbia contribuito a realizzare l'esito sperato, così come Gilson ritiene sia accaduto decenni prima in Silicon Valley.

Per contro le prassi rilevate all'interno della comunità degli imprenditori e dei dipendenti operanti nel settore del software di sicurezza, posteriormente al consolidarsi della giurisprudenza di legittimità sul tema, si sono discostate dai principi giuridici espressi in giurisprudenza e hanno sviluppato una regola informale di condotta che disciplina tacitamente la circolazione dei lavoratori nel distretto.

Secondo la regola informale-anticoncorrenziale, indipendentemente dalla necessità di tutela di un interesse proprietario, i dipendenti delle startup che si occupano di cyber security non concorrono direttamente con l'ex datore di lavoro entro la cornice temporale definita dalla norma negoziale e gli imprenditori del settore non reclutano dipendenti dai soli concorrenti diretti, identificati in un numero compreso tra 1 e 3.

La regola informale è generalmente condivisa nel settore del software di sicurezza grazie alla coesistenza di altri fattori: (i) l'elevata concorrenzialità (731) del mercato del lavoro del settore merceologico, che sembra consentire ai lavoratori di reperire altra occupazione entro il proprio ambito di specializzazione, senza violare la pattuizione di non concorrenza, di conseguire significativi incrementi di corrispettivi (la media delle retribuzioni del settore in commento è superiore di due terzi rispetto agli altri comparti del mercato del lavoro israeliano); (ii) le ridotte dimensioni del mercato israeliano del lavoro del software di sicurezza che attribuiscono una significativa efficacia deterrente alla sanzione reputazionale posta dalla comunità a carico del trasgressore della regola informale, oltre all'ulteriore sanzione della esclusione dal relativo mercato del lavoro.

E la sua osservanza, costante e uniforme, sembra trovare ulteriore conferma nell'assenza di contenzioso in tema di violazione del patto di non concorrenza, storno dei dipendenti o furto di trade secrets ad opera del dipendente del software di sicurezza.

(731) Sono 505 le startup operanti nel settore della tecnologia di sicurezza in Israele <https://finder.startupnationcentral.org> (ultimo accesso il 20 giugno 2024).

Va tenuto a mente che il segmento merceologico analizzato beneficia inoltre delle peculiarità di cui si è dato conto nel Capitolo III (732) e che, pertanto, la stessa regola informale-anticoncorrenziale potrebbe produrre risultati diversi in altri settori dell'economia israeliana non altrettanto capaci, ad esempio, di attrarre gli stessi investimenti pubblici nella formazione degli operatori del settore o i finanziamenti privati, locali o esteri, nello sviluppo dell'impresa.

Si potrebbe nondimeno ritenere che la linea interpretativa assunta dalla giurisprudenza israeliana si sia posta quale prodromo della regola informale: l'orientamento a sostegno della libertà di concorrenza potrebbe aver sospinto la startup innovativa a modello del distretto che, una volta maturato, ha sviluppato una regola alternativa per disciplinare la concorrenza dell'ex dipendente al suo interno, calibrandola alle mutate condizioni del mercato del software di sicurezza e alla sua conservazione.

Tuttavia il contenuto normativo della regola informale elaborata agli operatori del distretto non sembra porsi integralmente in contrasto con l'elaborazione giurisprudenziale della regola concorrenziale (733). Inoltre, il precedente Check Point è stato reso nei confronti di società in fase di consolidamento e non direttamente concorrenti, mentre la regola informale è stata rilevata all'interno delle startup del distretto, opera esclusivamente nei confronti dei concorrenti diretti e non ha prodotto contenzioso in materia.

Non si può quindi escludere che la regola informale fosse osservata dagli operatori del settore del software di sicurezza già all'epoca della pronuncia della corte suprema.

Eppure una linea di demarcazione tra la regola di matrice giurisprudenziale e quella di origine informale è individuabile nel grado di concorrenzialità del distretto e, in assenza di evidenze conformi, non può essere aprioristicamente dedotto che la regola informale trovasse applicazione parallela e contestuale al precedente della corte suprema. Nonostante nessuno dei soggetti intervistati abbia ricondotto la regola informale a un preciso periodo storico, è pur vero che il rilevamento eseguito va apprezzato all'interno della cornice temporale in cui si colloca, per aver approfondito le prassi di imprese di recente costituzione.

(732) Si vedano in particolare nel capitolo III i §§ A. 1, 2, 2.1. e 2.2.

(733) Vedi il Capitolo III, § C. 6.

Nel contesto della struttura del mercato del software, va tenuta a mente anche la strutturale e atipica concorrenzialità del settore osservata dall'analisi economica, che ha rivelato la presenza di alcune idiosincrasie non presenti nel mercato del software tradizionale. Il mercato di questo tipo di software ha infatti assistito a una crescita inedita, è altamente competitivo ma presenta un'offerta di prodotto non altrettanto qualitativamente differenziata.

Nonostante si tratti di una circostanza controintuitiva, considerato che l'effetto diretto della differenziazione del prodotto è quello di ridurre la concorrenza, secondo l'analisi economica del fenomeno quando, come in questo caso, l'effetto rete è forte, diviene preferibile per le imprese evitare la differenziazione della qualità e ridurre la copertura complessiva del mercato.

Per quanto concerne poi il collegamento tra la struttura iper-concorrenziale del mercato del software di sicurezza e la spinta innovativa del prodotto, oltre all'evidenza data dall'arretramento del distretto israeliano nel ranking delle economie maggiormente innovative, occorre considerare che l'analisi economica del mercato del software di sicurezza ha rilevato la sostanziale assenza di diversificazione orizzontale e verticale di questo tipo di prodotti (734).

(734) Peraltro, anche a voler assumere l'esistenza di un collegamento tra la struttura del mercato del software di sicurezza israeliano (che abbiamo visto non fa eccezione rispetto al mercato del prodotto), sorgono oggi alcuni dubbi in termini di desiderabilità per il tessuto economico locale alla conservazione del modello iper-concorrenziale del mercato high-tech che, come rilevato dalle stesse Autorità israeliane, mostra criticità di sistema: (a) il numero delle nuove startup è in calo e il quantitativo dei round di finanziamenti iniziali sta crescendo a un ritmo significativamente più lento rispetto a quello dei round successivi; (b) più della metà del capitale totale raccolto dalle società tecnologiche private in Israele nel 2021 ha raggiunto appena tre settori, tutti basati sul software con conseguenti problematiche legate alla mancanza di diversità e distribuzione del rischio nell'industria high-tech israeliana; (c) alla fine del trimestre 2023 tra il 50% e l'80% delle startup di imprenditori israeliani costituite nel mese di marzo 2023 sono state incorporate da società straniere e il cambiamento nella localizzazione geografica della costituzione delle società incide negativamente sulla crescita dell'industria high-tech israeliana in particolare e dell'economia israeliana in generale; (d) il distretto difetta di un'inclusione diversificata dei diversi settori della popolazione, sottorappresentati anche in termini di dispersione geografica dei suoi dipendenti; preservare l'omogeneità che caratterizza l'alta tecnologia insieme alla sua rapida crescita e all'elevata domanda di lavoro in questo campo può incidere negativamente sul tessuto sociale israeliano e aumentare le disparità socio-economiche esistenti; (e) le startup non investono nella ricerca accademica per sostenere il proprio sviluppo innovativo a discapito della continua produzione di innovazione tecnologica; (f) non da ultimo e collegato alla precedente lettera (e), dal 2019 la posizione di Israele nel Global Innovation Index è arretrata dal decimo posto raggiunto nel 2019 al sedicesimo nel 2022.

Peraltro, nonostante la prossimità delle prassi commerciali israeliane a quelle californiane, la struttura osservabile nei rispettivi mercati high-tech è assai differente e questa circostanza allontana ulteriormente il rilievo di un collegamento tra il modello applicativo e la struttura del mercato.

Infatti, le prassi formatesi attorno alla concorrenza del dipendente sono di molto cambiate rispetto alla ricostruzione di Saxenian (735) del distretto californiano, dove l'integrazione verticale delle aziende è oggi un modello (736) e la normativa di non applicazione delle regole di non concorrenza è sotto applicata con conseguente limitazione alla mobilità.

I datori di lavoro californiani inseriscono patti di non concorrenza nei loro contratti di lavoro con un'incidenza simile a quella dei datori di lavoro non californiani (737) e i patti di non concorrenza invalidi continuano a rallentare la circolazione dei dipendenti, senza nella maggior parte dei casi essere esaminata in tribunale, ma esercitando un effetto deterrente sui dipendenti (738).

Secondo Gilson i datori di lavoro in Silicon Valley non cercavano di eludere contrattualmente il divieto posto dalla section 16600 perché avevano valutato positivamente gli effetti di rete dell'alta velocità della mobilità dei dipendenti, ma questa valutazione sembra oggi influenzata dallo stato di maturazione del distretto regionale in

(735) SAXENIAN, op. cit., passim.

(736) LOBEL, op. cit., p. 949.

(737) E. STARR et al., *Noncompetes in the U.S. Labor Force* 14 (U Mich. L. & Econ., Research Paper No. 18-013, 2019; N. BISHARA ET AL., *An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants*, 68 Vand. L. Rev. 1, 30, 2015.

(738) LOBEL, op. cit. p. 949.; vedi anche lo studio di STARR ET AL., op. cit., che rileva come la sottoscrizione di un divieto di concorrenza determina una minore mobilità e reindirizza la mobilità dai concorrenti ai non concorrenti, indipendentemente dal fatto che il divieto di concorrenza sia stato stipulato in uno stato che riconosce o meno il divieto di concorrenza.

Ancora si veda il contributo di S. SANGA, *Incomplete Contracts: An Empirical Approach*, 34 J.L. ECON. & ORG. 650, 2018, che ha esaminato i contratti dirigenziali in California, dove i patti di non concorrenza sono nulli, ed ha rilevato che le aziende pagano le indennità di fine rapporto in rate discrezionali per indurre i loro dirigenti a rispettare gli invalidi accordi di non concorrenza, mentre al di fuori della California, le stesse aziende pagano in anticipo le indennità di licenziamento perché i patti di non concorrenza sono applicabili.

Inoltre, l'applicazione di tali restrizioni, inclusa la minaccia dell'applicazione di restrizioni inapplicabili, varierà sistematicamente a seconda dei diversi tipi di società. Ad esempio, le aziende più grandi con risorse adeguate possono adottare condotte più aggressive di eliminazione della concorrenza anche quando le loro pretese legali poggiano su basi deboli ed utilizzano il contenzioso come strategia reputazionale per scoraggiare altri dipendenti dall'andare, P. BOLTON e D. S. SCHARFSTEIN, *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*, 80 AM. ECON. REV. 93 1990.

cui, una volta che alcune aziende raggiungono una posizione dominante nel loro settore, i compromessi tra i diversi effetti della mobilità lavorativa sembrano soppesati a favore della non mobilità e i guadagni derivanti da salari bassi sembrano superare i guadagni marginali derivanti dall'agglomerazione, dai flussi di conoscenza e dall'innovazione (739).

Anche nel sistema californiano, quindi, assistiamo ad una prassi piuttosto uniforme rispetto a quella israeliana, che però ha prodotto un mercato assai difforme.

Di nuovo, si potrebbe sostenere che la norma posta dalla section §16600 e la sua ampia interpretazione da parte della corte suprema californiana abbiano promosso lo sviluppo di una prima generazione di startup, poi strutturate in società consolidate anche grazie all'uso negoziale di patti di non concorrenza in larga misura di dubbia validità.

E si incorrerebbe in un'approssimazione, anzitutto perché non si conoscono dati che offrano una ricostruzione temporale della struttura del mercato californiano in funzione dell'impiego dei patti di non concorrenza e, in secondo luogo, perché nel modello corrispondente, quello israeliano, la startup tuttora configura l'archetipo del distretto innovativo.

(739) Alcune delle più grandi aziende high-tech della Valley hanno palesemente violato la politica di mobilità della California, così come la legge antitrust federale, raggiungendo accordi per non assumere i reciproci dipendenti. Nel 2010, dopo la scoperta di questi accordi informali, la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti ha presentato una denuncia contro queste società, tra cui Apple, Google, Intel, eBay e Pixar, ritenendo tali accordi di non assunzione restrizioni al commercio e alla concorrenza, *Complaint, United States v. Adobe Systems*, (D.D.C. Sept. 24, 2011) (No. 1:10-CV-01629) 2010 WL 11417874.

Il Dipartimento di Giustizia ha concluso che tali accordi costituivano di per sé violazioni della legge antitrust americana, Bill Baer, Assistant Att'y Gen., Remarks at the Conference Call Regarding the Justice Dep't's Settlement with eBay Inc. to End Anticompetitive "No Poach" Hiring Agreements (May 1, 2014), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-bill-baer-speaks-conference-call-regarding-justice-department> [<https://perma.cc/4J2Q-FZBD>]. In seguito all'accordo con il Dipartimento di Giustizia, nel 2013 il Nono Circuito ha riconosciuto che questi accordi deprimevano i salari, *In re High-Tech Employee Antitrust Litigation*, 856 F.Supp.2d 1103 (N.D.Cal.2012); *United States v. eBay, Inc.*, 968 F.Supp.2d 1030 (N.D.Cal.2013); see also *In re Animation Workers Antitrust Litigation*, 123 F.Supp.3d 1175 (N.D. CA, 2015).

Si rinvia a LOBEL, op. cit., p. 949, secondo la quale quando i contratti prevedono clausole unilaterali e inique, il contenzioso per la violazione del contratto è spesso inadeguato.

Nell'ambito del sistema giuridico italiano si è detto dell'analisi empirica dell'applicazione della norma di recente condotta da Boeri-Garnero-Luisetto (740) (741) secondo cui i patti di non concorrenza sono applicati al 16% dei dipendenti del settore privato in Italia, non sono limitati al personale altamente qualificato (come i professionisti, i dirigenti o i lavoratori che hanno accesso a informazioni riservate), ma sono molto diffusi anche tra i dipendenti meno qualificati, che non hanno accesso a segreti commerciali o informazioni riservate.

Secondo questa analisi più della metà dei patti di non concorrenza analizzati sarebbero affetti da nullità, considerato che non rispettano i requisiti minimi previsti dalla normativa in termini di congrua compensazione e di limitazione temporale, settoriale e geografica (742). Inoltre i lavoratori, anche quelli che confidano di aver sottoscritto un patto di non concorrenza e di averlo attentamente analizzato, non sono a conoscenza del contenuto della clausola e sono largamente ignari dell'effettiva applicabilità della clausola di non concorrenza (743).

Ciò nondimeno le clausole di non concorrenza inapplicabili sembrerebbero comunque efficaci nel limitare il potere contrattuale dei lavoratori che, nel dubbio circa la loro validità, li rispettano (744).

Lo studio ha inoltre dimostrato che la probabilità per un dipendente di essere vincolato da una clausola di non concorrenza è negativamente correlata alla concentrazione del mercato del lavoro locale per i lavoratori mediamente qualificati (745).

Ciò ha indotto Boeri-Garnero e Luisetto a ritenere che gli accordi di non concorrenza siano uno strumento di restrizione della concorrenza nel mercato del lavoro dotato di scarsa importanza in un mercato del lavoro locale più concentrato (746), pur nella

(740) T. BOERI, A. GARNERO E L. G. LUISETTO, *Non-Compete Agreements in a Rigid Labour Market: The Case of Italy*, IZA Discussion Paper No. 16021, 2023, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4396108> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4396108>.

(741) BOERI-GARNERO-LUISETTO, op. cit., p. 6.

(742) IBIDEM.

(743) IBIDEM.

(744) IBIDEM.

(745) BOERI-GARNERO-LUISETTO, op. cit., p. 48.

(746) IBIDEM.

constatata assenza di evidenze sul legame tra la concentrazione del mercato del lavoro e le clausole di non concorrenza (747).

Il citato contributo empirico fornisce una fonte quantitativamente rilevante di dati sull'impiego dei patti di non concorrenza nel mercato del lavoro italiano, che però è stato analizzato quale mercato unico, senza distinzione tra le singole categorie merceologiche in cui si articola, per dimensione economica delle imprese; e non riesce dunque a ipotizzare alcuna correlazione tra le risposte fornite dai dipendenti (impiegati in non precisate categorie merceologiche) e le altre variabili relative alla mobilità successiva alla conclusione del patto di non concorrenza, quali l'eventuale difficoltà di ri-collocamento dell'impiegato a causa del patto di non concorrenza e l'impatto della restrizione sui salari. L'analisi differenziata, si ritiene, avrebbe potuto porre in luce pratiche e risultati diversi per ciascun settore merceologico, ovvero in considerazione della dimensione economica dell'impresa, della quota di mercato detenuta e del grado di concentrazione del mercato. E avrebbe consentito di tracciare alcuni collegamenti tra il grado di concentrazione del relativo mercato del lavoro, il livello di specializzazione dei lavoratori, i salari, la mobilità dei dipendenti di quel settore e la sottoscrizione del patto di non concorrenza.

La negativa correlazione tra il ricorso a queste pratiche e la concentrazione del mercato evidenziata dall'analisi introduce invece un dato significativo considerato che, in un mercato concentrato, queste clausole potrebbero realizzare una ulteriore riduzione della concorrenza attraverso la limitazione della capacità delle imprese presenti di assumere i dipendenti dei concorrenti, ovvero potrebbero costituire una barriera all'ingresso di nuovi concorrenti, scoraggiando inoltre l'iniziativa concorrente degli ex dipendenti (748).

Il dato sembra quindi suggerire che, proprio ad effetto della concentrazione, la mobilità dei dipendenti in quei mercati non sia elevata e che le imprese non necessitino di fare ricorso alle clausole commentate per trattenere i propri dipendenti.

(747) IBIDEM.

(748) IBIDEM.

Il sistema produttivo italiano è caratterizzato dalla predominanza delle micro e delle piccole imprese e da un grado significativo di collaborazione tra imprese all'interno dei distretti industriali (749).

(749) I cluster locali sono un fenomeno diffuso in Italia, soprattutto al centro nord del paese. A partire dagli anni '70, sono stati spesso citati come storie di successo nel dibattito accademico e nelle pratiche di politica pubblica (ad esempio M. PRIORE E C. SABEL, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, New York, Basic Books, 1984). I cluster sono concentrazioni locali di PMI che adottano specializzazioni diverse all'interno delle varie fasi produttive di un particolare settore. Una delle caratteristiche associate al loro successo è l'intensa interazione tra le PMI che le compongono in settori quali l'offerta, il marketing e l'innovazione e l'uso del lavoro, sostenuta da valori e norme condivisi e dalla prossimità spaziale.

Numerosi studi sui distretti industriali in Italia hanno indicato l'esistenza di un "effetto cluster" per cui l'accesso alla conoscenza, alla tecnologia, alla manodopera qualificata e ai fornitori specializzati consentono alle imprese del cluster di superare le prestazioni delle imprese non appartenenti al cluster in termini di rendimenti sugli investimenti e sul proprio capitale, sul valore aggiunto per lavoratore e per la propensione al prodotto e al processo di innovazione, S. FABIANI, G. PELLEGRINI, E. ROMAGNANO, L. F. SIGNORINI, *Efficiency and Localisation: The Case of Italian Districts*, in M. BAGELLA E L. BECCHETTI (eds.), *The Competitive Advantage of Industrial Districts*, Physica-Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 45-69; G. CAINELLI, N. DE LISO, *Innovation in Industrial Districts: Evidence from Italy*, *Industry and Innovation*, 2005, 12(3), pp. 383-398.

Studi recenti, tuttavia, suggeriscono che l'effetto cluster potrebbe svanire: sembra non esserci più una differenza significativa tra le imprese appartenenti al cluster e quelle esterne in settori simili e in aree geografiche simili, V. OECD (2014), *Italy: Key Issues and Policies*, OECD Studies on SMEs and Entrepreneurship, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264213951-en>. P 189 e ss.; G. IUZZOLINO, *Segnali di Discontinuità nell'Economia dei Distretti: Evidenze Statistiche dopo il 2001*, in AIP (ed), *Reti d'Impresa oltre i Distretti: Nuove Forme di Organizzazione Produttiva, di Coordinamento e di Assetto Giuridico*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008; G. FORESTI, F. GUELPA, S. TRENTI, *Effetto Distretto: Esiste Ancora?*, *Sviluppo Locale*, 2008, 13(31), pp. 3-38.

G. IUZZOLINO, C. MENON, *Le Agglomerazioni Industriali del Nord Est: Segnali di Discontinuità negli Anni Duemila*, *L'Industria*, 2011, 32(4), pp. 615-654, confermano il venir meno dell'effetto cluster per il periodo 1993-2008. La loro analisi distingue tra un effetto di agglomerazione in termini di qualità di infrastrutture, servizi alle imprese e capitale umano, che è trasversale a tutte le imprese del cluster e un effetto di specializzazione in termini di ricadute di conoscenza, bacino di manodopera specializzato, e input di alta qualità, a disposizione delle imprese nel principale settore di specializzazione del cluster. Hanno inoltre evidenziato che l'effetto di specializzazione è negativo nell'intero periodo, mentre il vantaggio di agglomerazione è leggermente positivo fino al 2006, per poi diventare nullo o leggermente negativo. Questi risultati sono coerenti con l'evidenza, consolidata, che le economie esterne locali contano maggiormente durante le prime fasi di un ciclo di sviluppo del settore, D. AUDRETSCH E M. FELDMAN, *Innovative Clusters and the Industry Life Cycle*, *Review of Industrial Organization*, 1996, 11(2), pp. 253-273.

Per mantenere la loro competitività, si è ritenuto in dottrina, i cluster italiani devono rispondere a criteri strutturali di cambiamento nell'economia, tra cui la globalizzazione e l'innovazione accelerata, vedi R. MARTIN, P. SUNLEY, *Conceptualizing Cluster Evolution: Beyond the Life Cycle Model?*, *Regional Studies*, 45(10), 2011, pp. 1299-1318, riassumono che i cluster "vengono e vanno; emergono, crescono, possono cambiare nella carnagione e nell'orientamento, possono subire reinvenzione e trasformazione, e

Per quanto riguarda la struttura del mercato high-tech in Italia, a settembre 2023 (750) il numero di startup innovative iscritte alla sezione speciale del Registro delle Imprese ai sensi del decreto-legge 179/2012 era pari a 13.82 e quindi in diminuzione di 92 unità (-0,66%) rispetto al trimestre precedente (751) e tra le circa 383.000 società di capitali costituite in Italia nel terzo trimestre 2023 e ancora in stato attivo il 3,6% risultava registrata come startup innovativa alla data della rilevazione.

I dati sulle spese in ricerca e sviluppo suggeriscono che i risultati in termini di innovazione dell'Italia non sono così elevati come ci si potrebbe aspettare: nel 2012 la spesa lorda in R&S è stata l'1,3% del PIL, circa la metà della media OCSE, sebbene sia cresciuta in media del 2,7% annuo nella seconda metà dell'ultimo decennio (752).

alla fine potrebbero diminuire e addirittura scomparire. In breve, si evolvono". Di conseguenza, i cluster che sono stati considerati all'avanguardia nella competizione nazionale e globale possono perdere terreno, mentre altri possono ottenere una crescita continua grazie al successo della trasformazione delle loro imprese dominanti o delle loro reti in nuove forme organizzative e specializzazioni nuove o ampliate.

Sebbene i cluster facciano parte del panorama economico italiano da molti decenni, la prima misura di politica nazionale mirata allo sviluppo dei cluster è stata introdotta solo nel 1997; la cosiddetta Legge Bersani prevedeva fondi pubblici affiancati da quelli privati investimenti di settore per il miglioramento delle reti di telecomunicazioni all'interno dei cluster.

Accanto a questo programma, i governi regionali hanno offerto varie misure politiche per reti di imprese all'interno di cluster, come il supporto di consulenza per lo sviluppo tecnologico o l'esportazione o l'investimento in infrastrutture e programmi di formazione specifici. Tuttavia, tutte queste politiche rimangono fortemente orientate al locale, focalizzate sui partecipanti alla rete piuttosto che sulle connessioni esterne. È importante che queste politiche sostengano l'adattamento dei cluster alle nuove condizioni competitive e riconoscano le modalità con cui ora funzionano, piuttosto che cercare di attenersi rigorosamente al concetto originale introdotto da Becattini negli anni '70 attingendo da Marshall, G. BECATTINI, *Dal Settore Industriale al Distretto Industriale: Alcune Considerazioni sull'Unità di Indagine dell'Economia Industriale*, Rivista di Economia e Politica Industriale, 1979, 1(1), 35-48.

(750) I dati sono reperibili dal Cruscotto di Indicatori Statistici Elaborazioni a: 01 Ottobre 2023 3° trimestre 2023 del Ministero delle Imprese e del Made in Italy al sito <https://www.mimit.gov.it/it/impresa/competitivita-e-nuove-imprese/start-up-innovative/relazione-annuale-e-rapporti-periodici#relazione-annuale>.

(751) Possono ottenere lo status di startup innovativa le società di capitali costituite da meno di cinque anni, con valore della produzione annuo inferiore a cinque milioni di euro, non quotate, e in possesso di determinati indicatori relativi all'innovazione, previsti dalla normativa nazionale (sintesi dei requisiti e delle agevolazioni).

(752) Secondo il report dell'OCSE, p. 87, la ricerca e sviluppo aziendale, che tende ad avere l'impatto più forte sulla produttività nazionale, è stato pari allo 0,7% del PIL, significativamente inferiore al Valore medio OCSE dell'1,1% (OCSE, 2012b).

La ricerca e sviluppo appartiene più al settore manifatturiero che ai servizi, le imprese manifatturiere italiane investono circa tre volte meno di quelle americane, francesi e tedesche in R&S. La performance

Gli ostacoli all'innovazione per le PMI sono comunemente individuati nella mancanza di finanziamenti, seguita dal dominio del mercato da parte di imprese più grandi o più grandi imprese consolidate e la mancanza di personale qualificato (753).

I dati sopra riportati, relativi alla struttura del mercato high-tech in Italia, se letti congiuntamente all'analisi dell'applicazione empirica del patto di non concorrenza e alla giurisprudenza di settore, sembrano tracciare un file rouge tra le prassi giurisprudenziali e la struttura del mercato, poco orientato alla produzione di innovazione tecnologica.

Occorre però desistere da questa deduzione, che pare già smentita dalle analogie individuate tra i sistemi analizzati e le prassi commerciali ricostruite: ancorché distinti in astratto dalle diverse regole generali in materia di circolazione del dipendente, i sistemi giuridici analizzati hanno rivelato approcci applicativi per contro omogenei sul piano degli interessi perseguiti (ancorché realizzino talvolta risultati diversi più o meno protezionistici) e a questa sostanziale somiglianza sembra fare eco un'applicazione compatta da parte del comparto imprenditoriale dello strumento del patto di non concorrenza.

dell'Italia in termini di ricerca e sviluppo nel settore manifatturiero ad alta e medio-alta tecnologia è migliore rispetto al settore manifatturiero nel suo insieme, ma è ancora indietro rispetto a molte economie OCSE .

Inoltre, secondo l'European Union's Seventh Community Innovation Survey, condotto nel 2012, la percentuale di imprese che hanno dichiarato di aver intrapreso attività di innovazione tra il 2008 e il 2010 è stata del 56,3%.

L'Italia, poco al di sopra della media Ue27, con una percentuale del 12,1%, di imprese coinvolte in qualche forma di attività di innovazione cooperativa è stata considerevolmente al di sotto della media complessiva dell'UE27 del 26,5%. Non sorprende, quindi, che la collaborazione nell'innovazione non sia una caratteristica diffusa in un paese in cui esistono altre forme di cooperazione tra imprese comune. Ciò è particolarmente vero per le piccole imprese; meno del 10% di loro è coinvolto in forme di cooperazione legata all'innovazione.

(753) Seguiti, secondo lo stesso report OCSE, pp. 87-89, dalla collaborazione tra università e industria che deve essere migliorata, come dimostrato dalla quota molto bassa di ricerca e sviluppo pubblica finanziata dall'industria (0,01% del PIL), una delle più basse in assoluto dei Paesi OCSE. Ci sono diversi ostacoli importanti. Uno è di carattere culturale, per cui docenti e amministratori delle università premiano le pubblicazioni accademiche e i percorsi tradizionali di carriera ma non le attività di commercializzazione. Una seconda barriera deriva proprio da questa piccola scala della maggior parte delle imprese italiane e la loro dipendenza dall'attività di produzione tradizionale. Questi elementi rendono difficile soprattutto per gli imprenditori e i proprietari di PMI che non dispongono di un'istruzione formale avanzata, di connettersi e collaborare con i ricercatori universitari, molti dei quali possiedono competenze limitate in tecnologie avanzate applicabili a queste imprese. Una terza barriera è la "fuga dei cervelli", a causa della quale numerosi ricercatori e lavoratori altamente qualificati che lasciano l'Italia. Un quarto ostacolo è la mancanza di finanziamenti iniziali.

Non sembra quindi possibile, sulla base di queste premesse, spiegare come la descritta analogia abbia diversamente strutturato i rispettivi tre mercati del prodotto innovativo, infatti: (i) il modello californiano, che considera in astratto nulli i patti di non concorrenza e le cui prassi commerciali fanno un uso massivo del patto di non concorrenza, si confronta con un mercato composto da aziende consolidate e verticalmente integrate; (ii) il sistema israeliano ha adottato una giurisprudenza che riconosce validità ai patti che tutelano gli interessi proprietari ed è affiancato da una regola informale che invece vieta la sola concorrenza diretta del dipendente; entrambe le regole sono destinate ad applicarsi a un mercato iper-concorrenziale e costituito in assoluta prevalenza da startup; (iii) il sistema italiano, a fronte di una giurisprudenza che riconosce validità alle clausole pattizie entro i limiti tracciati dalla norma positiva, dispiega i suoi effetti su un mercato articolato in piccole medie imprese e scarsamente incentivante la produzione innovativa.

E' possibile ipotizzare che il sistema californiano e quello israeliano abbiano promosso la circolazione dell'innovazione attraverso la definizione di una regola più o meno generale che vieta i patti di non concorrenza, ma il ragionamento non spiega perché oggi i distretti siano così distanti in termini di struttura del mercato innovativo e perché, nonostante la norma, le prassi imprenditoriali applichino uniformemente i limiti alla libertà di occupazione del dipendente.

Ancora una volta emerge la necessità di considerare tutte le peculiarità del segmento produttivo e lavorativo di volta in volta analizzato e che insieme riferiscono di una realtà eterogenea al punto tale da non poter essere ricondotta a modello, e che sembra resistere a unidirezionali collegamenti causali con il sistema giuridico di riferimento.

Conclusioni.

Il distretto della Silicon Valley è stato ampiamente descritto in dottrina come un luogo di libera condivisione della conoscenza tecnologica, realizzata grazie all'altrettanto libera circolazione dei dipendenti.

Le possibilità di sviluppo per i distretti industriali attraverso lo sfruttamento ampio dell'innovazione tecnologica, promesse dall'esperienza californiana, hanno innescato questa analisi.

In particolare si era posto in tesi l'argomento, sostenuto in dottrina, che la disciplina del patto di non concorrenza giochi un ruolo chiave nella circolazione dell'innovazione all'interno dei distretti innovativi e che tale collegamento sia misurabile attraverso lo studio delle prassi giurisprudenziali e commerciali di settore.

Si è quindi individuato quale luogo di sperimentazione della predetta ipotesi, fuori dal distretto californiano, il sistema giuridico israeliano.

Le ragioni di questa scelta si riferiscono alle plurime somiglianze dei due distretti (754) che avrebbero ragionevolmente consentito di vedere replicate le caratteristiche di un distretto nell'altro e così confortata la tesi, ovvero: (i) l'elevato investimento della difesa militare nei centri di ricerca universitari, nel caso di Silicon Valley, e, nel caso di Israele, l'investimento dei dipartimenti militari specializzati negli studi di sicurezza nella formazione del personale militare, quali antefatti storici della nascita dei rispettivi distretti; (ii) il fecondo collegamento consolidatosi tra il tessuto imprenditoriale innovativo del distretto e gli istituti pubblici di alta formazione, ovvero con i dipartimenti militari specializzati negli studi di sicurezza in Israele; collegamento capace di produrre una dispersione continua della conoscenza innovativa dal pubblico al privato (c.d. spillover); (iii) il settore merceologico maggiormente profittevole e innovativo su cui entrambi i distretti hanno fondato la propria fortuna, ovvero il mercato del software (sistemi informatici tout court in Silicon Valley, sistemi informatici di sicurezza in Israele); (iv) un peculiare dinamismo tanto della classe imprenditoriale quanto dei dipendenti maggiormente qualificati che Saxenian riconduceva inter alia alla eterogeneità demografica del distretto californiano (contrapposto dall'Autrice all'omogenea e conservatrice società del concorrente distretto della Route 128 in Massachusetts) e che in quello israeliano invece viene da più parti ricondotto a una sorta di propensione al rischio di matrice (mono) culturale; (iv) una certa uniformità di quelle norme giuridiche ritenute, in dottrina e in giurisprudenza, idonee ad agevolare la circolazione dell'innovazione attraverso i dipendenti, e identificate con la scarsa (o nulla ex lege, in California)

(754) A. SHOHAM, G. AVNIMELECH, *The development of the successful high tech sector in Israel, 1969-2009*, World Review of Entrepreneurship Management and Sustainable Development 8(1), 2012, pp. 53 – 69.

eseguità dei patti di non concorrenza del dipendente con il precedente datore di lavoro in entrambi i sistemi qui considerati.

Ci si è proposti di osservare se e in quale misura all'interno di un sistema giuridico quale quello israeliano, dove la giurisprudenza (755) ha posto un onere probatorio particolarmente elevato per la dichiarazione di validità di un patto limitativo della concorrenza del dipendente in giudizio, le pratiche restrittive della concorrenza dei dipendenti incidano nella circolazione della conoscenza, se esse siano o meno impiegate nella prassi imprenditoriale di settore e quale percezione di esse abbiano i dipendenti che le hanno eventualmente accettate e gli imprenditori che le applicano.

Si è anzitutto offerta una descrizione sintetica del distretto innovativo israeliano, in particolare del settore del software di sicurezza, attraverso l'approfondimento delle peculiarità regionali, emerse anche nel corso dei colloqui con gli operatori del settore, per tentare di individuare i pilastri (ulteriori alle norme giuridiche) su cui il modello si fonda: si è approfondito quindi il legame del distretto innovativo dei software di sicurezza con gli istituti pubblici responsabili della dispersione della conoscenza, a beneficio del comparto imprenditoriale regionale.

E in secondo luogo si è analizzata nel dettaglio la protezione riconosciuta dalla giurisprudenza israeliana al patto di non concorrenza, ai trade secrets e allo storno dei dipendenti.

Il quadro normativo e interpretativo ricostruito ha suggerito la formulazione di un'ipotesi intermedia in leggero scostamento rispetto alla ripartizione proposta in dottrina, e cioè: la considerazione del sistema giuridico israeliano quale modello che pur applicando raramente i patti di non concorrenza, realizza una prospettiva protezionistica degli interessi proprietari dei datori di lavoro.

L'ipotesi è stata poi sottoposta a un confronto empirico con le prassi imprenditoriali ed occupazionali espresse da un campione di startup innovative, situate nel distretto di Tel Aviv-Yāfā ed operanti nel settore dei sistemi informatici di sicurezza, per comprendere il grado di incidenza delle norme considerate nella diffusione dell'innovazione attraverso gli usi e le opinioni di entrambi i lati di quel settore del mercato del lavoro.

(755) Vedi Capitolo III, §§ B. 1.1.-1.3.

La scelta è stata motivata dalla considerazione del tipo di imprese che possono essere maggiormente interessate dal fenomeno della concorrenza dei dipendenti: normalmente il contenzioso relativo alla violazione di un patto di non concorrenza ha per oggetto lavoratori qualificati e le startup del software di sicurezza dispongono di un numero contenuto di dipendenti (756), quasi tutti altamente qualificati perché dedicati al settore della ricerca, e sono particolarmente esposte ai pregiudizi derivanti dalla concorrenza degli ex dipendenti in ragione della dimensione economica dell'impresa.

Inoltre il precedente della corte suprema sul tema in analisi riguardava proprio questo particolare settore, all'epoca ancora in fase di crescita.

I risultati dell'indagine hanno riferito dell'esistenza di un quadro di norme informali, uniformemente osservate dal campione intervistato, più restrittive della concorrenza rispetto a quanto previsto per il settore high-tech dai consolidati orientamenti della corte suprema israeliana sul tema, espressamente diretti a consentire lo sviluppo del distretto regionale attraverso la più ampia libertà di reclutamento datoriale e la ridotta implementazione delle clausole restrittive della concorrenza del dipendente (757).

(756) Il campione ha coinvolto startup con un numero di dipendenti variabile tra 1-50, 51-200 e 201-500 (solo una). Tutti i dati relativi alle startup con sede in Israele sono pubblicamente consultabili al portale <https://finder.startupnationcentral.org/startups/search>.

(757) Si è detto che (vedi K. H. DECKER, A. C. VALIULIS, *Covenants Not to Compete*, 2nd ed. New York: J. Wiley, 1993, pp. 23 e 24) un fattore di sviluppo della legge sui patti restrittivi nei paesi anglosassoni fu l'ascesa delle corporazioni artigiane nei secoli XIV e XVI. Durante questo periodo, le corporazioni artigiane divennero l'istituzione economica dominante in Inghilterra. Composte da maestri, garzoni e apprendisti, le corporazioni addestravano i giovani alle abilità di un mestiere e proteggevano i mestieri consolidati dalla concorrenza domestica non qualificata. Sebbene il sistema delle corporazioni fosse monopolistico, forniva una forza lavoro qualificata necessaria, che, ironia della sorte, permise ai tribunali di sviluppare un corpus legislativo che di fatto rinforzò la concorrenza. Per consentire alla società di avere accesso alle capacità e alle competenze necessarie, i tribunali dovevano garantire che ogni maestro o operaio fossero in grado di esercitare il proprio mestiere senza restrizioni.

A causa della mancanza di manodopera disponibile e del predominio delle corporazioni artigiane durante questo primo periodo, i tribunali svilupparono due principi guida: (1) tutta la manodopera qualificata disponibile doveva essere di dominio pubblico; e (2) a ogni individuo doveva essere riconosciuto il diritto di guadagnarsi da vivere. Tutto ciò che interferiva con questi principi era contrario all'interesse pubblico. Come osservò un successivo tribunale americano, “[c]oncludere un contratto che prevedeva il non esercizio del proprio mestiere [a quel tempo] era più o meno come accettare di non lavorare o di dover andare all'estero per lavoro”. Nessuna alternativa era accettabile. Alla luce dell'interesse pubblico (public policy), i tribunali non potevano supportare queste restrizioni (*Herreshoff v. Boutineau*, 17 RI 3, 6, 19 A. 712, 713 (1890)).

Queste evidenze empiriche, inattese, hanno posto in rilievo le criticità dell'ipotizzato rapporto causale tra la disciplina dei patti limitativi della concorrenza degli ex-dipendenti e la diffusione dell'innovazione all'interno di mercato del software di sicurezza israeliano.

Un tale collegamento avrebbe dovuto trovare corrispondenza in una prassi negoziale disincentivante l'uso delle pratiche restrittive della libertà di occupazione, sia per ragioni di incerta compatibilità con il quadro giuridico di riferimento (ove non sostenute da forti interessi proprietari), sia per opportunistiche ragioni di profitto connesso alla libera circolazione della conoscenza tecnologica per il tramite dei dipendenti.

Per contro, il rilevamento empirico ha posto in rilievo il ruolo delle caratteristiche economiche e socio-culturali del distretto nell'elaborazione da parte della comunità intervistata della regola informale, anti-concorrenziale, che disciplina la circolazione dei dipendenti entro il settore del software di sicurezza. Ed ha evidenziato il legame esistente tra la struttura di quel segmento del mercato (merceologico e del lavoro) e le prassi commerciali che sembrano essersi affermate nonostante (e non grazie a) il più ristretto spazio di validità riconosciuto dalla giurisprudenza israeliana a queste pratiche.

Nel XVI secolo, la forza delle corporazioni artigiane iniziò a diminuire e fu approvata una legislazione diretta a indebolire il sistema corporativo. Questa legislazione ha anche rafforzato efficacemente la nozione di public policy utilizzata contro le restrizioni della concorrenza

R. MERGES, *From Medieval Guilds to Open Source: Informal Norms, Appropriability Institutions, and Innovation*, presented at Conference on the Legal History of Intellectual Property, Madison, WI, 2004, disponibile al sito: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.law.berkeley.edu/files/From_Medieval_Guilds_to_Open_Source_Software.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/From_Medieval_Guilds_to_Open_Source_Software.pdf), ha poi sostenuto che alcune caratteristiche delle corporazioni compaiono nelle istituzioni moderne che promuovono l'invenzione collettiva. In particolare, secondo Merges le corporazioni e le istituzioni moderne condividono tre caratteristiche: (1) una "struttura appropriabile" che rende profittevole per le singole entità sviluppare nuove tecnologie e talvolta condividerle; (2) l'affidamento alle norme di gruppo, in contrapposizione alle disposizioni legali formali, come meccanismo di applicazione; e (3) un equilibrio tra concorrenza e cooperazione che determina quali informazioni devono essere condivise con il gruppo e quali (se presenti) sono di proprietà individuale.

Per contro, il distretto analizzato ha evidenziato una struttura atomistica del mercato che opportunisticamente sfrutta il continuo investimento pubblico del comparto della difesa da cui il settore privato del software di sicurezza acquisisce, senza costi, un flusso costante di conoscenza tecnologica innovativa e lavoratori altamente qualificati. Inoltre, gli operatori del distretto non condividono informazioni tecnologiche, non consentono la libera circolazione dei propri dipendenti e non investono nella loro formazione.

Sembra cioè che la norma informale che impone ai membri della comunità degli studi di sicurezza di non infrangere il divieto alla concorrenza post lavorativa, la cui violazione sarebbe punita severamente dalla sanzione altrettanto informale dell'esclusione del trasgressore dal mercato di riferimento, debba essere collegata al contesto economico (e socio-culturale) da cui promana e che le attribuisce una portata semi consuetudinaria tra i membri della sua comunità.

Nonostante l'apparente contrasto tra la norma informale e i precedenti giurisprudenziali di settore, si è proposto un tentativo di interpretazione adeguatrice della regola in una prospettiva pro-concorrenziale, calibrata alle mutate condizioni del distretto.

Il modello israeliano è stato ricostruito insieme ai diversi modelli di tutela del patto di concorrenza al fine di verificare se a ciascuno di essi corrisponda un diverso approccio protezionistico e se sia riscontrabile una correlazione tra l'opzione legislativa o giurisprudenziale esercitata e il livello di innovazione del distretto, o la struttura del mercato.

Il grado di correlazione tra i sistemi giuridici che non riconoscono protezione alle pratiche restrittive della concorrenza dell'ex dipendente e la circolazione dell'innovazione all'interno dei distretti industriali si è rivelato di incerta misurazione attraverso l'elaborazione di modelli, descritti in funzione della diversa disciplina normativa del patto di non concorrenza, degli orientamenti giurisprudenziali e delle prassi commerciali.

La realtà applicativa giuridica ed empirica, emersa dall'analisi, ha infatti dimostrato ampi margini di convergenza tra i sistemi giuridici, cosicché una rigida suddivisione fondata sul grado di tutela del patto di non concorrenza, protesa all'individuazione delle diverse regole generali, rischia di supportare una conclusione ricognitiva dell'esistenza di un collegamento tra il modello e lo sviluppo del distretto industriale, ma che trascura le somiglianze invece presenti tra essi.

Le analogie rilevate tra le regole operative dei diversi ordinamenti appaiono sostanziali, ovvero: (i) una nozione forte della libertà della concorrenza, ma anche degli interessi proprietari in gioco, al punto che solo un'esigenza di tutela dei secondi può giustificare una restrizione della prima, nel sistema californiano e in quello israeliano; (ii) l'analisi della proporzionalità dell'ambito oggettivo di applicazione del patto esercitata dalla giurisprudenza italiana non sembra discostarsi dalla valutazione di ragionevolezza delle

corti israeliane; (iii) la ratio espresse dalle norme ovvero dei principi di elaborazione giurisprudenziale si sono rivelate piuttosto omogenee, in termini di tutela dell'iniziativa economica.

Si sono poi rilevate le seguenti lacune tra i sistemi analizzati: (i) è assente in tutti i modelli analizzati un'analisi in prospettiva concorrenziale delle caratteristiche del mercato del lavoro in cui si esprime la capacità professionale del dipendente, quanto del settore merceologico in cui effettivamente opera il datore di lavoro; (ii) altrettanto assente nei tre modelli analizzati è la considerazione differenziata del ruolo e del grado di specializzazione del dipendente.

Le differenze che quindi residuano tra i sistemi sembrano perlopiù di natura definitoria, e riguardano: (i) la nozione di patto di non concorrenza assunta nei tre diversi modelli; (ii) i termini di durata ai fini della validità del patto, nel sistema italiano superiori addirittura alle prassi commerciali israeliane rilevate; (iii) la previsione di un corrispettivo a favore del dipendente per la rinuncia alla concorrenza; previsione che attribuisce al modello maggiormente protezionistico (i.e. quello italiano) una prospettiva invece più garantista dell'interesse del lavoratore in quanto prevista ex lege.

Alla luce dell'analisi delle regole operative dei sistemi giuridici si è conseguentemente ripensata la stessa tripartizione elaborata nel Capitolo II secondo lo schema assunto in dottrina. I tre sistemi analizzati sembrano essere parimenti ispirati da prospettive fortemente protezionistiche degli interessi proprietari e divergono nelle prassi applicative giudiziali nei limiti previsti dalla regola generale ovvero dal precedente di riferimento.

Le analogie individuate riferiscono dell'esistenza di comuni regole operative transnazionali e di un'applicazione piuttosto omogenea di queste tra i sistemi qui analizzati, che sembrano allora distinguersi in: sistemi che adottano una formula enunciante un principio generale di invalidità del patto di non concorrenza, salve eccezioni, e sistemi fondati su particolari ipotesi di validità delle stesse clausole.

Questa trasversale prospettiva allenta anche l'ipotizzata corrispondenza tra il diverso grado di protezionismo, espresso dalle prassi applicative giurisprudenziali, e il grado di innovatività del distretto o la struttura del mercato: ancorché distinti in astratto dalle diverse regole generali in materia di circolazione del dipendente, i sistemi giuridici analizzati hanno rivelato approcci applicativi per contro omogenei quanto agli interessi

proprietari tutelati (ancorché realizzino talvolta risultati diversi diversamente protezionistici) e a questa sostanziale somiglianza sembra fare eco un'applicazione compatta da parte del comparto imprenditoriale dello strumento del patto di non concorrenza.

Non si può quindi spiegare come la descritta analogia abbia diversamente strutturato i rispettivi tre mercati del prodotto innovativo, infatti: il modello californiano, che considera in astratto nulli i patti di non concorrenza e le cui prassi applicative commerciali fanno un uso massivo del patto di non concorrenza, si svolge all'interno di un mercato composto da aziende consolidate e verticalmente integrate; il sistema israeliano, che riconosce validità ai patti che tutelano gli interessi proprietari e che applica una regola informale di non concorrenza diretta del dipendente, ha prodotto un mercato ad elevata concorrenzialità e costituito in assoluta prevalenza da startup; il sistema italiano, a fronte di una giurisprudenza che riconosce la validità alle clausole pattizie entro i limiti tracciati dalla norma positiva, dispiega i suoi effetti all'interno di un mercato articolato in piccole medie imprese e scarsamente incentivante la produzione innovativa.

E' possibile ipotizzare che il sistema californiano e quello israeliano abbiano promosso la circolazione dell'innovazione attraverso una scarsa applicazione giudiziale dei patti di non concorrenza, ma il ragionamento non spiega perché oggi i distretti siano molto distanti in termini di struttura del mercato innovativo e perché, nonostante la norma, le prassi imprenditoriali applichino uniformemente i limiti alla libertà di occupazione del dipendente.

Per quanto concerne poi il collegamento tra la struttura iper-concorrenziale del mercato del software di sicurezza e la spinta innovativa del prodotto, oltre al calo del distretto israeliano nel ranking delle economie maggiormente innovative, occorre considerare che non si sono osservate evidenze in questa direzione e che, per contro, l'analisi economica del mercato del software di sicurezza ha rilevato una sostanziale assenza di diversificazione orizzontale e verticale di questo tipo di prodotti.

Emerge quindi la necessità di considerare tutte le peculiarità del segmento produttivo e lavorativo di volta in volta analizzato, che insieme riferiscono di una realtà eterogenea al punto tale da non poter essere ricondotta a un modello strutturato dal solo sistema giuridico.

BIBLIOGRAFIA

A. BAGNASCO, *Tre Italie: La Problematica Territoriale Dello Sviluppo Italiano*, Il Mulino, Bologna, 1977.

A. ALIBRANDI, *Fondamento, contenuto e limiti del patto di non concorrenza ex art. 2125 Codice civile*, in Arch. civ., 1991.

A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138), in Giur. cost., 1998.

A. ANZON, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in Giur. cost., I/1984.

A. BOSCATI, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina)*, in ADL 4-5/2015.

A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, Il codice civile. Commentario fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010.

A. DARR, *Technological Incubators and the Social Construction of Innovation Networks: an Israeli Case Study*, Technovation, 2005.

A. FREI, *Israele e i Suoi Cittadini Arabi*, Rivista Di Studi Politici Internazionali, vol. 68, no. 4 (272), 2001, disponibile al sito: <http://www.jstor.org/stable/4273975>.

A. H. VEN VAN DE R. HUDSON D. M. SCHROEDER, *Designing New Business Start-Ups: Entrepreneurial Organizational and Ecological Considerations*, The Journal of Management 10, 1984.

A. HYDE ed E. MENEGATTI in M.W. FINKIN, G. MUNDLAK (a cura di), *Comparative Labor Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2015.

A. HYDE, *How Silicon Valley Has Eliminated Trade Secrets (and Why this is Efficient)*, 1997, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=5185>.

A. HYDE, *Real Human Capital: The Economics and Law of Shared Knowledge*, 1998.

A. HYDE, *The Wealth of Shared Information: Silicon Valley's High Velocity Labour wet, Endogenous Economic Growth, and the Law of Trade Secrets*, 1998 <http://andromedgers.edu/-hyde/WEALTH.htm>.

A. HYDE, *Working in Silicon Valley, Economic and Legal Analysis of a High-Velocity Labor Market*, Routledge London-New York, 2003.

A. J. MEESE, *Are Employee Noncompete Agreements Coercive? Why the FTC's Wrong Answer Disqualifies It from Rulemaking (For Now)*, William & Mary Law School Research Paper No. 09-476, 2024, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=4558012>.

A. J. SCOTT, *New Industrial Spaces: Flexible Production Organization and Regional development in North America and Western Europe*, Londra, Pion, 1988.

A. JARBAWI, T. Dana, *A Century of Settler Colonialism in Palestine: Zionism's Entangled Project*, Brown Journal of World Affairs, 2017, disponibile al sito: <https://www.researchgate.net/publication/321747946>.

A. K. AGRAWAL, I. COCKBURN E J. MCHALE, *Gone but not Forgotten: Knowledge Flows, Labor Mobility, and Enduring Social Relationships*, 6 *Journal of Economic Geography*, 2006.

A. K. CHATTERJI, *Spawned with a Silver Spoon?: Entrepreneurial Performance and Innovation in the Medical Device Industry*, 30(2) *Strategic Management Journal*, 2009.

A. KRAMPF, *The Israeli Path to Neoliberalism: The State Continuity and Change*, Routledge, 2018.

A. M. FRANCO E D. FILSON, *Spin-outs: Knowledge Diffusion through Employee Mobility*, 37 *RAND Journal of Economics*, 2006.

A. MARSHALL, *Principles of Economics*, Macmillan, Basingstoke, Hants, 1980.

A. PANCHA, *Cartels, labour market, no-poach-agreement, wage fixing Cartels in Labour Markets on the Radar*, in 2022: Recent Investigations in Europe and Practical Tips for Businesses, Kluwer Competition Law Blog, March 4, 2023 in <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/03/04/cartels-in-labour-markets-on-the-radar-in-2022-recent-investigations-in-europe-and-practical-tips-for-businesses/>.

A. PORAT, *Justice Considerations and Behavior-Guiding Considerations in the Law of Contracts*, 22 *Tel Aviv University Law Review* 647, 1999 (in lingua ebraica).

A. PUGIOTTO, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. Cost.*, I/1991.

A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, I/1992.

- A. PUGIOTTO, *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici* (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410), in *Giur. Cost.*, I/1995.
- A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università Ferrara*, V, III, 1989.
- A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994.
- A. PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V.
- A. RAZIN, E. SADKA, *Financial Globalization and the Welfare State*, CEPR Discussion Papers 12998, C.E.P.R. Discussion Papers, 2018.
- A. RAZIN, E. SADKA, *Welfare-State Remedy to Globalization and Aging Forces*, NBER Working Papers 24754, National Bureau of Economic Research, Inc., 2018.
- A. RAZIN, *High Tech and Venture Capital Inflows: The case of Israel*, CEPR Discussion Papers, 2018.
- A. RUBNER, *The economy of Israel, A critical account of the first ten years*, Frank Cass & Company Ltd., London 1960.
- A. RUSSO, voce *Fidelizzazione dei dipendenti*, in *Dig. It.*, Sez. Comm., Aggiornamento, Torino, 2008.
- A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Milano, 2004.
- A. SHAKED E J. SUTTON, *Relaxing Price Competition through Product Differentiation*, *The Review of Economic Studies*, 1982.
- A. SHOHAM, G. AVNIMELECH, *The development of the successful high tech sector in Israel, 1969-2009*, *World Review of Entrepreneurship Management and Sustainable Development* 8(1), 2012.
- A. SRAFFA, *Sulle clausole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, I/1904.
- AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003.
- AL. SAXENIAN, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

- B. C. FALLICK, A. FLEISCHMAN, E J. B. REBITZER, *Job Hopping in Silicon Valley: Some Evidence Concerning the Micro-foundations of a High Technology Cluster*, 88 *Review of Economics and Statistics*, 2006.
- B. FINE, *Social Capital versus Social Theory*, Routledge London and New York, 2001.
- B. HARRISON, *Industrial Districts: Old Wine in New Bottles?*, *Regional Studies*, Vol. 26, N. 5, 1992, disponibile al sito: <https://doi.org/10.1080/0034340070123226>.
- B. HONIG, *Israel and the ICT: The Case of an Industrial Transformation*, in *International Labour Organization World Employment Report, Life at Work in the Information Economy*, Country Studies, Ginevra, 2001.
- B. LAWSON E D. SAMSON, *Developing innovation capability in organisations: A dynamic capabilities approach*, *International Journal of Innovation Management*, 2001.
- B. M. MALSBERGER, *Covenants not to compete: a state-by-state survey*, Washington DC, BNA Books, 2 ed., 1996.
- BALASUBRAMANIAN, NATARAJAN, J. W. CHANG, M. SAKAKIBARA, J. SIVADASAN, E. STARR, *Locked in? The enforceability of covenants not to compete and the careers of high-tech workers*, *Journal of Human Resources* 57, 2022.
- P. BOURDIEU, *Distinction: A Social Critique of the Judgment of Taste* Routledge & Kegan Paul London, 1986.
- P. BOURDIEU, *The Forms of Capital*, in Richardson (ed.), 1986.
- P. BOURDIEU, *What Makes a Social Class? On the Theoretical and Practical Existence of Groups*, *Berkeley Journal of Sociology*, 1987.
- C. BERREBI ED E.F. KLOR, *The Impact of Terrorism on the Defence Industry*, *Economica*, 2010, New Series, Vol. 77, No. 307/2010, disponibile all'indirizzo <https://www.jstor.org/stable/40865115>.
- C. E. HELFAT, S. FINKELSTEIN, W. MITCHELL, M. A. PETERAF, H. SINGH, D. TEECE E S.G. WINTER, *Dynamic Capabilities: Understanding Strategic Change in Organizations*. Malden, Blackwell Publishing, 2007.
- C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. NOCILLA, Milano, 1992.
- C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962.

- C. MESSNER, «Diritto vivente» - *Performativo, non discorsivo*, in *Politica del diritto*, 2011.
- C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979.
- C. SABEL E J. ZEITLIN, *Historical Alternatives to Mass Production: Politics, Markets and Technology in Nineteenth Century Industrialization*, Past and Present, 1985.
- C. SABEL, *Flexible Specialization and the Reemergence of Regional Economies*, in *Reversing Industrial Decline? Industrial Structure and policy in Britain and Her Competitors*, ed. Paul Hirst and Jonathan Zeitlin, Oxford, Berg, 1988.
- C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003.
- C.C. MOSKOS E F. R. WOOD, *The Military - More Than Just a Job?*, Washington, Pergamon-Brassey's, 1988.
- CARLSSON E MUDAMBI, *Globalization, Entrepreneurship and Public Policy: A Systems View Industry and Innovation*, 2003.
- J. CHITTY, H. BEALE, *Chitty On Contracts*, Sweet & Maxwell, Vol. 1, 28th ed., 1999.
- CM. O'MALLEY, *Covenants Not to Compete in the Massachusetts Hi-Tech Industry: Assessing the Need for a Legislative Solution*, 79 B.U. L. Rev. 1215, 1999.
- N. COHEN, *Freedom of Trade and Commercial Competition*, Iyunei Mishpat 1995.
- J. COLEMAN, *Foundations of Social theory* Belknap, Press Cambridge, 1990.
- J. COLEMAN, *Social Capital in the Creation of Human Capital* *American Journal of Sociology*, special supplement, 1988.
- D. ZISKIND, *Labour laws in the Middle East: tradition in transit*, Los Angeles, Litlaw Foundation, 1990.
- D. AUDRETSCH E M. FELDMAN, *Innovative Clusters and the Industry Life Cycle*, *Review of Industrial Organization*, 11(2), 1996.
- D. BREZNITZ, *The Military as a Public Space – The Role of the IDF in the Israeli Software Innovation System*, MIT Department of Political Science Massachusetts Institute of Technology, 2002.

- D. DEY, A. LAHIRI AND G. ZHANG, *Quality Competition and Market Segmentation in the Security Software Market*, MIS Quarterly, Management Information Systems Research Center, University of Minnesota, Vol. 38, 2014, disponibile all'indirizzo: <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26634941>.
- D. DEY, A. LAHIRI, G. ZHANG, *Implications of Negative Network Effect in the Security Software Market*, 45th Hawaii International Conference on System Sciences, 2012.
- D. FIELDING, *Counting the costs of the intifada: consumption, saving and political instability in Israel*, Public Choice, 2003.
- D. FIELDING, *Modeling political instability and economic performance: Israeli investment during the Intifada*, *Economica* 2003.
- D. FRIEDMAN, N. COHEN, *Contracts* 15, Vol. A, 1991.
- D. GILO, *The (Lack of) Economic Analysis by Courts in Israeli Antitrust Cases Concerning Restraints of Trade*, *Israel Law Review*, vol. 39(3), 2006 (in lingua ebraica).
- D. GILO, *Toward a New Legal Policy Toward Covenants not to Compete*, *Tel Aviv University Law Review*, vol. 23, 2000 (in lingua ebraica).
- D. GOULD, W. GRUBEN. *The role of intellectual property rights in economic growth*, *Journal of Development Economics*, vol. 48, issue 2, 1996.
- D. M., SASSOON, *The Israel Legal System*, *The American Journal of Comparative Law*, 16(3), 1968, disponibile al sito: <https://doi.org/10.2307/838665>.
- D. MARKOVITS, *Contract Law and Legal Methods*, Oxford University Press, 2014.
- D. MEGIDDO, *The Hidden "Secret" of Israeli Medical Technology IVC*, *Israel Venture Capital & Private Equity Journal*, 2005.
- D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012.
- D. P. COOPER, *Innovation and Reciprocal Externalities: Information Transmission via Job Mobility*, *45 Journal of Economic Behavior and Organization*, 2000.
- D. ROSENBERG, *The israeli economy: after the financial crisis, new challenges*, *Middle East Review of International Affairs* (Online), 14(1), 2010, <https://www.proquest.com/scholarly-journals/israeli-economy-after-financial-crisis-new/docview/609261044/se-2>.

- D. ROTHSTEIN, E. STARR, *Noncompete agreements, bargaining, and wages*, Monthly Labor Review, 2022.
- D. SENOR E S. SINGER, *Start-up Nation*, Twelve ed., 2011.
- E. C. CASE, *Recent Developments in "Non-Compete" Litigation*, Mass. Law. Wkly., 1996.
- E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1976.
- E. EPSTEIN, T. DOLEV-GREEN, *Competition Law in Israel*, Wolters Kluwer, 2015.
- E. H. TUMA E H. DARIN-DRABKIN, *The economic case for Palestine*, Croom Helm Ltd, London, 1978.
- E. KAMAR, A. SHENHAV E S. YANOVSKY, *Start-Up Law in Israel*, in A. ANDHO, P. TELLES, (a cura di), *Start-up Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2020, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3543356> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3543356>.
- E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, in *Annali Genova*, 1977.
- E. POMINI, *il patto di non concorrenza dell'ex dipendente*, I Contratti, n. 4, 2004.
- E. RESTA, *Diritto vivente*, Bari, Laterza, 2008.
- E. STARR et al., *Noncompetes in the U.S. Labor Force* 14, U MICH. L. & ECON., Research Paper No. 18-013, 2019.
- E. STARR, Commento del 19 aprile 2023, Re: Non-Compete Clause Rulemaking, Matter No. P201200, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4427741>.
- E. STARR, J. J. PRESCOTT, N. D. BISHARA, *Noncompete agreements in the US labor force*, The Journal of Law and Economics 64, no. 1, 2021.
- E. TEVET, V. SHIFFER, I. GALNOOR, *Regulation in Israel, Values, Effectiveness, Methods*, The Palgrave Macmillan imprint, 2021, disponibile al sito <https://doi.org/10.1007/978-3-030-56247-2>.
- E. VON HIPPEL, *The Sources of Innovation*, New York, Oxford University Press, 1988.
- E. ZAMIR *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, Columbia Law Review, Vol. 97, No. 6, 1997.
- F. BIANCHI D'URSO, voce *Concorrenza, Patto di non concorrenza* in Enc. Giur., VII, Roma, 1988.

- F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata* (ovvero della comodità del giudicare), in Riv. dir. proc., I, 41, 1949.
- F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in Giur. cost., 2000.
- F. J. GOODNOW, *Trade Combinations at Common Law*, Political Science Quarterly, Vol. 12, No. 2, 1897, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/2140120>.
- F. MURRAY AND S. STERN, *Do formal intellectual property rights hinder the free flow of scientific knowledge?: An empirical test of the anti-commons hypothesis*. Journal of Economic Behavior Organization, 63(4), 2007.
- F. PYKE E W. SEGENBERGER, *Industrial Districts and local Economic regeneration*, Ginevra, International Institute for Labour Studies, 1992.
- F. RADAY, *Trends in Labor Law - Forty Years of Israeli Law*, 24 Isr. L. REV. 674, 1990.
- F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in Iustitia, 1993.
- F. FUKUYAMA, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press New York, 1995.
- G. A. CARLINO, *Do Non-Compete Covenants Influence State Startup Activity? Evidence from the Michigan Experiment*, FRB of Philadelphia Working Paper No. 21-26, 2021, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=3900300> o <http://dx.doi.org/10.21799/frbp.wp.2021.26>.
- G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in Sociologia dir., 2008.
- G. AVNIMELECH, M. TEUBAL, *Evolutionary Venture Capital Policies: Insights from a Product Life Cycle Analysis of Israel's Venture Capital Industry*, 2003, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=2758173> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2758173>.
- G. BARAM, I. BEN-ISRAEL, *The Academic Reserve – Israel's fast track to high-tech success*, Israel Studies Review, Vol. 34, Issue n.2, 2019.
- G. BECATTINI, *Dal Settore Industriale al Distretto Industriale: Alcune Considerazioni sull'Unità di Indagine dell'Economia Industriale*, Rivista di Economia e Politica Industriale, 1(1), 1979.

- G. BECATTINI, *Riflessioni sul distretto industriale marshalliano come concetto socio-economico*, Stato e mercato No. 25 1989, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/24650136>.
- G. BECCATINI E W. SENGENBERGER, *Industrial Districts and Inter-firm Cooperation in Italy*, Ginevra, International Institute for labour Studies, 1990.
- G. BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in Jus, 1997.
- G. CAINELLI, N. DE LISO, *Innovation in Industrial Districts: Evidence from Italy*, Industry and Innovation, 2005.
- G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, Giappichelli, 2005.
- G. DEL BORRELO, *Note in tema di patto di non concorrenza*, Giust. civ., fasc.5, 2003.
- G. FISHELSON, *Political events and economic trends: the effects*, Working Paper Foerder Institute for Economic Research, Tel Aviv University, 1993.
- G. FORESTI, F. GUELPA, S. TRENTI, *Effetto Distretto: Esiste Ancora?*, Sviluppo Locale, 13(31), 2008.
- G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia, a cura di F. GALGANO, IV, Padova, CEDAM, 1981.
- G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, CEDAM, 1961.
- G. HERRIGEL, *Reconceptualizing the Sources of German Industrial Power*, New York, Cambridge University Press, 1994.
- G. IUZZOLINO, C. MENON, *Le Agglomerazioni Industriali del Nord Est: Segnali di Discontinuità negli Anni Duemila*, *L'Industria*, 32(4), 2011.
- G. IUZZOLINO, *Segnali di Discontinuità nell'Economia dei Distretti: Evidenze Statistiche dopo il 2001*, in AIP (ed), *Reti d'Impresa oltre i Distretti: Nuove Forme di Organizzazione Produttiva, di Coordinamento e di Assetto Giuridico*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008.
- G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, Jovene, 1995.
- G. MAZZONI, *In tema di concorrenza dell'impiegato in azienda*, in Mass. Giur. Lav., 1933.
- G. MCCracken, *The Long Interview*, SAGE Publications, 1988, disponibile al sito <https://doi.org/10.4135/9781412986229>.

- G. MUNDLAK, *The architecture of human rights at work in Israeli law*, in J. R. BELLACE, B. TER HAAR, *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2019.
- G. NICOLINI, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1992.
- G. ROUHETTE, *Une fonction consultative pour la Cour de cassation*, Parigi, Mélanges A. Breton et F. Derrida, 1991.
- G. SAINT-PAUL, *Innovation and inequality: how does technical progress affect workers?*, Princeton University Press, 2008.
- G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, I/1986.
- GIAN. GUGLIELMINETTI, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro*, in *Dir. Ec.*, 1959.
- H. BAHRAMI, e S. EVANS, *Flexible Re-Cycling and High-Technology Entrepreneurship*. *California Management Review*, vol. 37 n. 3, 1995, <https://doi.org/10.2307/41165799>.
- H. BUI-EVE, *To Hire or Not to Hire: What Silicon Valley Companies Should Know about Hiring Competitors' Employees*, 48 *Hastings L.J.* 981, 1997, disponibile al sito: https://repository.uhastings.edu/hastings_law_journal/vol48/iss5/5.
- H. M. BLAKE, *Employee Agreements Not to Compete*, *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 4, 1960, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/1338051>.
- H. TAWIL-SOURI, *Digital Occupation: Gaza's High-Tech Enclosure*, *Journal of Palestine Studies* 2012, disponibile al sito: DOI: 10.1525/jps.2012.XLI.2.27.
- H. WILLIAMS, *Intellectual property rights and innovation: Evidence from the human genome*. *Journal of Political Economy*, 121(1), 2013; A. GALASSO, M. SCHANKERMAN, *Patents and cumulative innovation: Causal evidence from the courts*. *The Quarterly Journal of Economics*, 130(1), 2015.
- A. D. HERMON, *“Public Policy” and the Limitations on Freedom of Occupation in the Perspective of Israeli and English Case Law*, The Cohen Book, 1989.
- B. HONIG, M. LERNER, Y. RABAN, *Social capital and the linkages of high-tech companies to the military defense system: Is there a signaling mechanism?* *Small Business Economics*, 2006, 27(4-5), disponibile al sito [doi:https://doi.org/10.1007/s11187-005-5644-y](https://doi.org/10.1007/s11187-005-5644-y).

- I. BEN-ISRAEL, G. BARAM, *The Academic Reserve: Israel's Fast Track to High-Tech Success*, 2018, disponibile al sito SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3269147> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3269147>.
- I. HASSOUNEH, A. COULEAU, SERRA, I. AL-SHARIF, *The effect of conflict on Palestine, Israel, and Jordan stock markets*, *International Review of Economics and Finance* 56, 2018.
- I. P. L. PNG, S. SAMILA, *Trade Secrets Law and Mobility: Evidence from 'Inevitable Disclosure'*, 2015, disponibile al sito SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1986775> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986775>.
- I.T. SMITH E G.H. THOMAS, *Industrial Law*, Butterworths Law, 3a Ed., 1996.
- J. AZAR, I. MARINESCU, M. STEINBAUM, B. TASKA, *Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data*, 66 *Labour Economics*, 2020.
- J. B. MATTHEWS, *Law Relating to Covenants in Restraint of Trade*, London, Sweet & Maxwell, 1893.
- J. BENDELAC, *Nation Start-up, la fin d'une ère?*, *Confluences Méditerranée*, n. 119/2021.
- J. BORÉ, L. BORÉ, *La Cassation en matière civile*, Parigi, Editions Dalloz, 2003.
- J. COHEN, K. BREDÁ, T. J. CAREY JR., *Employee Noncompetition Laws and Practices*, *Massachusetts Law Review*, 2022.
- J. E. ROTHMAN, R. C. POST, *The First Amendment and the Right(s) of Publicity*, *All Faculty Scholarship*, 2376, 2020, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2376.
- J. H. NGUYEN, P. K. PHAM, B. QIU, *Proprietary Knowledge Protection and Product Market Performance*, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2022, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=4101794>;
- J. SMITH, R. HARR E L. V. LANGENHOVE, *Rethinking Methods in Psychology*, SAGE Publications, 1995.
- K. S. MOORTHY, *Product and Price Competition in a Duopoly*, *Marketing Science*, 1988.
- K. G. HUANG, F. E. MURRAY, *Does patent strategy shape the long-run supply of public knowledge? evidence from human genetics*, *Academy of Management Journal*, 52(6), 2009.

- K. H. DECKER, A. C. VALIULIS, *Covenants Not to Compete*, 2nd ed. New York: J. Wiley, 1993.
- K. MARX, *Il Capitale*, Editori Riuniti, Roma, VII ed., 1970.
- KARATAS-OZKAN, M., ANDERSON, A. R., FAYOLLE, J. HOWELLS, R. CONDOR, *Understanding Entrepreneurship: Challenging Dominant Perspectives and Theorizing Entrepreneurship through New Postpositivist Epistemologies*, *Journal of Small Business Management*, 2014, 52(4), disponibile al sito <https://doi.org/10.1111/jsbm.12124>
- L. BONARETTI, *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro*, in *Lav. e previdenza oggi*, 1988.
- L. EDEN E. LEVITAS R. J. MARTINEZ, *The Production, Transfer and Spillover of Technology: Comparing Large and Small Multinationals as Technology Products Small Business Economics*, 1997.
- L. KESTENBAUM, *Israel's Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures, in a Small Developing Country*, 8 *Isr. L. REV.* 411, 1973.
- L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990.
- L. RAVÀ, *Le clausole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, I/1903.
- L. ROTHSCHILD, A. DARR, *Technological Incubators and the Social Construction of Innovation Networks: An Israeli Case Study*, University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, 2005 disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=1508249>.
- L.C. UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, *Rivista di Diritto Industriale*, Giuffrè, II/1975.
- E. LISS, D. ADIN, *Intellectual Property Law and Practice in Israel*, Oxford University Press, 2012.
- DRORI, Y. WERZANSKY-ORLAND, *Intellectual Property Law in Israel*, Tel Aviv (Israel), Perelstein Genosar Press, 2020.
- M. GOLDBERG, *Freedom of Occupation and its Restrictions*, Sadan Publishing, 1999.
- M. A. COHEN, *The Federal Trade Commission's Notice of Proposed Rulemaking on A Non-Compete Clause Rule and Its International Impact*, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=4378931> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4378931>.

- M. BEST, *The New Competition: Institutions of Industrial Restructuring*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- M. BRYAN, *Reconceptualising the debate on intellectual property rights and economic development*, *The Law and Development Review*, 3/1, 2010.
- M. BURNOVSKY, *Trade secrets law traded mass software protection*, *Legal Studies*, 1988.
- M. CARTELLA, *Patto di non concorrenza, rivelazione di segreti e rapporto di lavoro* (rassegna di giurisprudenza), in *Riv. Dir. Ind.*, 1987.
- M. CAVINO, *Diritto vivente*, voce in *Digesto pubbl.*, 2010.
- M. CERBONE, *Patto di non concorrenza - Nullità del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. tra indeterminabilità e non adeguatezza del corrispettivo* (nota a Cass. civ. Sez. lavoro Ord., 1° marzo 2021, n. 5540) *Giurisprudenza Italiana*, n. 7, 2021.
- M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992.
- M. D'APONTE, *Patto di non concorrenza e validità del divieto eccedente le mansioni specifiche svolte dall'ex dipendente*, in *Riv. dir. impr.*, 1995.
- M. FINKIN, A. GOLDMAN, C. SUMMERS, *Legal Protection for the individual employee*, West Publishing, 1989.
- M. GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press, 2003, disponibile al sito: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1kmj811>.
- M. GRANOVETTER, *Economic Action and Social Structures: the problem of Emeddedness*, *American Journal of Sociology*, vol. 91, n. 3, 1985.
- M. GRANOVETTER, *The Strength of Weak Ties*, *American Journal of Sociology*, 78/6, 1973.
- M. HLADY-RISPAL ED E. JOUISON-LAFFITTE, *Qualitative Research Methods and Epistemological Frameworks: A Review of Publication Trends in Entrepreneurship*, *Journal of Small Business Management* 2014, 52(4), 594–614, disponibile al sito <https://doi.org/10.1111/jsbm.12123>.
- M. J. GARMAISE. *Ties that truly bind: Noncompetition agreements, executive compensation, and rm investment*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 2011, vol. 27, issue 2, disponibile al sito:

https://econpapers.repec.org/article/oupjleorg/v_3a27_3ay_3a_3ai_3a2_3ap_3a376-425.htm.

M. J. PRIORE, C. F. SABEL, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, New York, Basic Books, 1984.

M. JOHNSON, M. LIPSITZ, A. PEI, *The Enforceability of Noncompete Agreements and Innovation: Evidence from State Law Changes*, Working paper presented at People & Organization conference, 2022.

M. KOLASA, *Trade Secrets and Employee Mobility: In Search of an Equilibrium*, Cambridge Intellectual Property and Information Law, Cambridge University Press, 2018, disponibile al sito <https://doi.org/10.1017/9781108545921.008>.

M. LERNER, Y. AVRAHAMI, *Israel Executive Report. Research on Entrepreneurship and Economic Growth*, Global Entrepreneurship Monitor (Special Report), Tel Aviv University, The Israel Institute of Business Research, 1999.

M. LIPSITZ, E. STARR., *Low-wage workers and the enforceability of noncompete agreements*, Management Science, 68/1, 2022.

M. MOTTA, *Price vs. Quantity Competition*, The Journal of Industrial Economics, 1993.

M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI, Torino, 2002.

M. POIRE, *Work, Labour, Action: Work Experience in a System of Flexible Production In Industrial districts and interfirm cooperation in Italy*, Ginevra, ILO, 1990.

M. S. STEWART, A. H. PEDOWITZ, AND B. M. MALSBERGER, *Employee Duty of Loyalty: a State-by-State Survey*, Washington, D.C, Bureau of National Affairs, 1995.

M. WEISS, *Labour law and industrial relations in Germany*, Kluwer Law International, 2020.

M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in Giust. civ., II/1995.

M.S. JOHNSON, K. LAVETTI, M. LIPSITZ, *The labor market effects of legal restrictions on worker mobility*, 2020, disponibile al sito SSRN 3455381.

MATHEW W. FINKIN, RÜDIGER KRAUSE E HISASHI TAKEUCHI OKUNO, *Employee Autonomy, Privacy, and Dignity under Technological Oversight* in MATHEW W. FINKIN E GUY MUNDLAK (a cura di), *Comparative Labour Law*, Edward Elgar, 2015.

J. B. MATTHEWS, H. M. ADLER, *Restraint of trade*, 2d ed., 1907.

N. BISHARA ET AL., *An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants*, 68 VAND. L. REV. 1, 2015.

N. ROSENBERG, *Civilian spillovers from military R&D spending: The American experience since World War II*, in SANFORD E R. WILLOUGHBY (a cura di), *Strategic Defense and the Western Alliance*, Rowman and Littlefield, 1987.

NARCIZO, A. G. CANEN E I. TAMMELA, *A conceptual framework to represent the theoretical domain of "innovation capability" in organizations*, Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation, 13/I, 2017.

O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in Diritto del lavoro, 2007.

O. LOBEL, *Gentlemen Prefer Bonds: How Employers Fix the Talent Market*, 59 Santa Clara Law Review 663, 2020.

O. LOBEL, M. LEMNEY, *Banning Noncompetes is Good for Innovation*, Harvard Business Review, The Law of AI for Good, 75 Florida Law Review, 2023.

O. LOBEL, *Noncompetes, Human Capital Policy & Regional Competition*, The Journal of Corporation Law, vol. 45/4, 2020.

O. LOBEL, *Should Noncompete Clauses for Executives Be Legal? No: They Reduce Wages and Job Mobility*, Wall Street Journal, 2021.

O. LOBEL, *You Don't Own Me: How Mattel v. MGA Entertainment Exposed Barbie's Dark Side*, W.W. Norton and Company, 2017.

P. ALMEIDA, E. KOGUT, *Localization of Knowledge and the Mobility of Engineers in Regional Networks*, 45 Management Science 905, 1999.

P. BOLTON AND D. S. SCHARFSTEIN, *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*. American Economic Review, 80/1, 1990.

P. D. REYNOLDS, S.M. CAMP, W.D. BYGRAVE, E. AUTIO E M. HAY, *Global Entrepreneurship Monitor: executive report 2001*, Kansas City, MO, Kauman Center for Entrepreneurial Leadership presso la Kauman Foundation, 2001.

P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1976.

P. FUSCH E L. NESS, *Are We There Yet? Data Saturation in Qualitative Research*, The Qualitative Report. Advance online publication 2015, disponibile al sito <https://doi.org/10.46743/2160-3715/2015.2281>,

P. GOULDING, G. CLARKE, T. JONES, C. Taylor, *Restrictive Covenants*, in P. GOULDING (a cura di), *Employee Competition: Covenants, Confidential, and Garden Leave*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1979.

P. J. RICHEY E M. MALSBERGER, *Covenants Not to Compete: a State-by-State Survey*, Washington D.C, Bureau of National Affairs, Inc., 1991.

P. M. ROMER, *Endogenous Technological Change*, 98 *Journal of Political Economy*, 1990, p. 71-102; D. WARSH, *Knowledge and the Wealth of Nations: A Story of Economic Discovery*, New York, WW Norton, 2006.

P. SCARANTON, *Proprietary Capitalism: The Textile Manufacture at Philadelphia, 1800-1885*, Cambridge University Press, Cambridge 1983, e *Figured Tapestry: Production, Markets and Power in Philadelphia textiles, 1885-1941*, Cambridge University Press, 1989.

P.H. WINFIELD, *Public policy in the English Common Law*, Harvard Law Review, Vol 42/1, 1928.

R. A. BOOTH, *Give Me Equity or Give Me Death - the Role of Competition and Compensation in Building Silicon Valley*, University of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2006-44, 2006, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=940022> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.940022>.

R. A. CORREDOIRA E L. ROSENKOPF, *Should Auld Acquaintance be Forgot?: The Reverse Transfer of Knowledge Through Mobility Ties*, 31 *Strategic Management Journal*, 2010.

R. BARCHI, *Il patto di non concorrenza: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001.

- R. DAVID, *Les Contrats en Droit Anglais*, Centre de Droit Comparé, Faculté de Droit et de Sciences Politique d'Aix-en-Provence, L. R. 36 C. D. 364 (1887), 1973.
- R. DEAN, *The Law of Trade Secrets and Personal Secrets*, 2nd ed., Lawbook Co., 2002.
- R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale* (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354), in *Foro it.*, 1998, I.
- R. J. GILSON, C. F. SABEL, R. E. SCOTT, *Contracting for innovation: vertical disintegration and interfirm collaboration*, *Columbia Law Review*, Vol. 109 no. 3, 2009.
- R. J. GILSON, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete*, 74 *N.Y.U. L. REV.* 575, 1999, disponibile al sito: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/992.
- R. JOELLEN, *Commodifying Sheer Talent: Perverse Developments in the Law's Enforcement of Restrictive Covenants*, in C. ARUP E W. VAN CAENEGEM (a cura di) *Intellectual Property Policy Reform – Fostering Innovation and Development*, UK Edward Elgar, 2009.
- R. LANGLOIS, *External Economies and Economic Progress: The Case of the Microcomputer Industry*, 66 *Business History Review*, 1992.
- R. LOCKE, *Rebuilding the Economy: Local Politics and Industrial Change in Contemporary Italy*, Ithaca N.y., Cornell University Press, 1994.
- R. MARTIN, P. SUNLEY, *Conceptualizing Cluster Evolution: Beyond the Life Cycle Model?*, *Regional Studies*, 2011.
- R. P. MERGES, *From Medieval Guilds to Open Source: Informal Norms, Appropriability Institutions, and Innovation*, presented at Conference on the Legal History of Intellectual Property, Madison, WI, 2004, disponibile al sito: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.law.berkeley.edu/files/From_Medieval_Guilds_to_Open_Source_Software.pdf
- R. P. MERGES, *Intellectual Property in the New Technological Age* 89, 1997.
- R. P. MERGES, *Property Rights Theory and Employee Inventions in Corporate Governance Today*, 1998.
- R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *Amer. Law Rev.*, 44, 1910.
- R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impr.*, 2013.

R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, 39/2, 1991, disponibile al sito <https://doi.org/10.2307/840784>.

R. VALLETTA, *On the move: California Employment Law and High-Tech Development*, *Federal reserve Bank of San Francisco Economic Letter*, 24/2002.

R. W. GOMULKIEWICZ, *Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation*, 49 *UC Davis Law Review* 251, University of Washington School of Law Research Paper No. 17, 2015, disponibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=2612246>.

R. W. HAHN, A. LAYNE-FARRAR, *The Law and Economics of Software Security*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30/2006.

S. B. SITKIN, *Secrecy in Organizations: Determinants of Secrecy Behavior among Engineers in Three Silicon Valley Semiconductor Firms*, Ph.D. dissertation, Graduate School of Business, Stanford University, 1986.

S. BARTALOTTA, *Il patto di non concorrenza fra principi consolidati e nodi interpretativi irrisolti* (nota a Corte appello Firenze, 03 aprile 2009), *Dir. relaz. ind.*, 4/2009.

S. BASLANDZE, *Entrepreneurship through Employee Mobility, Innovation, and Growth*, 2022, disponibile in https://www.dropbox.com/s/asy2kpzcxnj880e/Baslandze_spinouts_Konstanz.pdf?dl=0,

S. CASPER, *Creating Silicon Valley in Europe: Public Policy towards New Technology Industries*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2007.

S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82.

S. FABIANI, G. PELLEGRINI, E. ROMAGNANO, L. F. SIGNORINI, *Efficiency and Localisation: The Case of Italian Districts*, in M. BAGELLA E L. BECCHETTI (eds.), *The Competitive Advantage of Industrial Districts*, Physica-Verlag, Heidelberg, 2000.

S. HELPER, *Comparative Supplier Relations in the U.S. and Japanese Auto Industries; An Exit/Voice Approach*, *Business and Economic history* 19/1990.

S. HEVER. *How much international aid to Palestinians ends up in the Israeli economy?*, *Aid Watch* 2015, disponibile al sito http://www.aidwatch.ps/sites/default/files/resourcefield_media/InternationalAidToPalestiniansFeedsTheIsraeliEconomy.pdf.

S. J. PRINCE, B. EDWARDS, C. BROOKS, J. P. FERSHEE, F. J. MOOTZ, J. M. MORINGIELLO, G. T. PIVATEAU, D. STEELE, T. HABERLE, *Comments on Federal Trade Commission Non-compete Ban Proposed Rule*, Matter No. P201200, 2023, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4427945>.

S. K. SANDEEN, E. A. ROWE, *Debating Employee Non-Competes and Trade Secrets*, 33 Santa Clara High Tech. L.J. 438, 2016, disponibile al sito <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol33/iss4/1>.

S. MAGRINI, *Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro*, in Riv. Sic. soc., 1966.

S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente»* (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino), in Giur. cost., 1989, II.

S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi, Torino, 2011.

S. Q. QU E J. DUMAY, *The qualitative research interview. Qualitative Research in Accounting & Management*, 8/3, 2011, <https://doi.org/10.1108/11766091111162070>.

S. RYAN, *Israeli Economic Policy in the Occupied Areas: Foundations of a New Imperialism*, Middle East Research and Information Project, Inc. (MERIP), MERIP Reports, No. 24/1974, disponibile al sito <https://www.jstor.org/stable/3010823>.

S. SANGA, *Incomplete Contracts: An Empirical Approach*, 34 J.L. ECON. & ORG. 650, 2018.

S. STREET WHALEY, *The Inevitable Disaster of Inevitable Disclosure*, 67 U. Cin. L. Rev. 809, 1998/1999, disponibile al sito: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ucinlr67&div=36&id=&page=>.

S.W. LESLIE, *The Biggest "Angel" of Them All: The Military and the Making of Silicon Valley* M. Kenny (Eds) *Understanding Silicon Valley* Ch. 3 Stanford University Press Stanford, California, 2000.

T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in Riv. dir. Proc, 1958.

T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in Riv. dir. proc., 1957.

T. BOERI, A. GARNERO E L. G. LUISETTO, *Non-Compete Agreements in a Rigid Labour Market: The Case of Italy*, IZA Discussion Paper No. 16021, 2023, disponibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4396108> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4396108>.

T. BOMBOIS-N.DUPONT, *Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du «droit vivant»? Juridiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi*, in *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, a cura di M. CAVINO, Milano, 2009.

T. H. AAS E K. J. BREUNIG, *Conceptualizing Innovation Capabilities: A Contingency Perspective*, *Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation (JEMI)*, Volume 13, Issue 1, 2017.

T. LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968.

T. STURGEON, *How Silicon Valley came to be*, *Massachusetts Institute of Technology*, in M. KENNEY, *Understanding Silicon Valley: Anatomy of an Entrepreneurial Region*, Stanford University Press Ed., 2000.

S. B. ADAMS, *Regionalism in Stanford's Contribution to the Rise of Silicon Valley*, *Enterprise & Society*, vol. 4 n. 3/2003, disponibile al sito: <http://www.jstor.org/stable/23700412>.

M. TERZIOVSKI, *Building Innovation Capability in Organizations: An International Cross-case Perspective*, London, Imperial College Press, 2007.

U. KUCKARTZ, *Qualitative Text Analysis: A Guide to Methods, Practice & Using Software*, SAGE Publication, 2014, disponibile al sito <https://doi.org/10.4135/9781446288719>.

V. RICHEY, P. JEROME, BRIAN M. MALSBERGER, *Covenants Not to Compete: a State-by-State Survey*, Washington, D.C: Bureau of National Affairs, Inc., 1991.

V. GULBIS, *Disclosure or use of Computer Application Software as misappropriation of trade secret*, 30 *American Law Reports* 4th 1250, 1998.

V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2008.

V. PAGLIARO, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro*, *Riv. dir. ind.*, 1960, I.

W. A. JOLLY, *Contracts in Restraint of Trade*, London, Butterworth & Co., 1900.

W. B. GARTNER E S. BIRLEY, *Introduction to the special issue on qualitative methods in entrepreneurship research*, Journal of Business Venturing, 2002, 17/5, disponibile al sito: [https://doi.org/10.1016/S0883-9026\(01\)00077-5](https://doi.org/10.1016/S0883-9026(01)00077-5).

W. HANDWERKER, M. DEY, *Some Facts about Concentrated Labor Markets in the United States*, Industrial Relations, 2023.

W. LYNCH SCHALLER, *Jumping Ship: Legal Issues Relating to Employee Mobility in High Technology Industries*, The Labor Lawyer, Summer, Vol. 17, No. 1, 2001, disponibile al sito: <https://www.jstor.org/stable/40862753>.

W. PARK, J. C. GINARTE. *Intellectual property rights and economic growth. Contemporary Economic Policy*, Journal of Development Economics, 48/2, 1997.

W. S. LAZAR, G. R. SINISCALCO, *Restrictive Covenants and Trade Secrets in Employment Law: an International Survey*, BNA Books, Arlington VA, 2010.

Y. DRORI, Y. WERZANSKY-ORLAND, *Intellectual Property Law in Israel*, Tel Aviv (Israel), Perelstein Genosar Press, 2020.

Y. ELIAS, *Basic Law: Freedom of Occupation*, Law and Government 2, 1994/1995.

Y. FELDMAN, *Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees*, University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy, 2003.

Y. LEVY, *Trial and Error: Israel Route from War to De-Escalation*, State University of New York Press, 1997.

Y. SAMUEL E I. HARPAZ, *Work & organizations in Israel*, New Brunswick, N.J, Transaction Publishers, 2004.

Z. ECKSTEIN E D. TSIDDON, *Macroeconomic consequences of terror: theory and the case of Israel*, Journal of Monetary Economics, 51/5, 2004.

GIURISPRUDENZA

USA

Advanced Bionics Corp. v. Medtronic, Inc., 29 Cal. 4th 697.

American Credit Indemnity Co. v. Sacks, 262 Cal. Rptr. 92, 98, Cal. Dist. Ct. App. 1989.

American Packaging Prods. v. Kirgan, 183 Cal.App.3d 1318, 228 Cal. Rptr. 713, 1986.

American Paper & Packaging Prods. v. Kirgan, 183 Cal.App.3d 1318, 228 Cal. Rptr. 713, 1986.

Animation Workers Antitrust Litigation, 123 F.Supp.3d 1175, N.D. CA, 2015.

Application Group Inc. Hunter Group 61 Cal App 4 881, 72 Cal Rptr 2d 73.

Artna Bldg. Maintenance Co. c. West, 39 Cal.2d 198, 204-05, 246 P.2d 11, 15, 1952.

Aya Healthcare Services, Inc. v. AMN Healthcare, Inc. No. 20-55679, 2021 WL 3671384, 9th Cir. Aug. 19, 2021.

Bancroft-Whitney Co. v. Glen, 64 Cal.2d 327, 49 Cal. Rptr. 825, 411 P.2d 921, Cal. 1966.

Bates v. State Bar of Arizona, 433 U. S. 381.

Bosley Medical Group v. Abramson, 161 Cal. App. 3d 284, 288, 207 Cal. Rptr. 477, 1984.

Boughton v. Socony Mobil Oil Co. 231 Cal.App.2d 188, 1964.

Buskuhl c. Family Life Ins. Co., 271 Cal.App.2d 514, 76 Cal. Rptr. 602, 1969.

By-Buk Co. V. Printed Cellophane Tape Co. No. 21708, 163 Cal. App. 2d 157, 1958.

California Intelligence Bureau v. Cunningham, 83 Cal.App.2d 197, 188 P.2d 303, 1948.

Cambridge Filter Corp. v. International Filter Co., 548 F. Supp. 1301, 1982.

Campbell v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University, 817 F. 2d 499, 9th Cir. 1987.

Cent. Hudson Gas & Elec. v. Pub. Serv. Comm'n of N.Y., 447 U.S. 557, 563, 1980.

Chamberlain v. Agostine, 172 Cal. 285, 289, 1916.

Complaint, United States v. Adobe Systems, D.D.C. Sept. 24, 2011.

Continental Car-Na-Var Corp. contro Mosley, 24 Cal. 2d 104, 148 P.2d 9, 1944.

D'sa v. Playhut, Inc., 85 Cal. App.4th 927, 933, 2000.

Diamond v. Diehr, 450 U.S. Supreme Court 175, 1981.

Diodes Inc v. Franzen, 260 Cal App. 2d 244, 67 Cal. Rptr 19, 1968.

D'Sa v. Playhut, Inc., 85 Cal. App. 4th 927, 2000.

Dunlop v. Gregory, 10 N.Y. 241, 1851.

Dynamics Research Corp. v. Analytic Sciences, 9 Mass. App. Ct. 254, 400 N.E.2d 1274, Mass. App. Ct., 1980.

Edwards v. Arthur Andersen LLP, 189 P3d 285, Cal 2008.

Electro Optical Industries inc v. White (1999), Court of Appeal, Second District, Division 6, California, No. B133110, 1999.

First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765, 435 U. S. 783, 1978.

Fortune v. Martin, 158 Cal.App.2d 634, 323 P.2d 146, 1958.

Fountain v. Hudson Cush-N-Foam Corp., 122 So. 2d 232, Florida District Court of Appeal, 1960.

Fowler v. Varian Assocs., Inc., 241 Cal. Rptr. 539, 544-45, Ct. App. 1987.

Frame v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 97 Cal. Rptr. 811, 814, Ct. App. 1971.

Friedman v. Rogers, 440 U. S. 1, 440 U. S. 11, 1979.

FSS Travel and Leisure Systems Ltd v. Johnson, IRLR 82, CA 1998.

General Commercial Packaging v. TPS Package, 9th Cir., 126 F.3d 1131, 1997.

Golden State Linen Serv. v. Vidalin, 69 Cal.App.3d 1, 137 Cal. Rptr. 807, 1977.

Gordon Termite Control v. Terrones, 84 Cal.App.3d 176, 148 Cal. Rptr. 310, 1978.

Gordon v. Landau, 321 P.2d 456, Cal. 1958.

Gordon v. Wasserman, 153 Cal. App. 2d 328, 314 P. 2d 759, 1957.

High-Tech Employee Antitrust Litigation, 856 F.Supp.2d 1103, N. D. Cal., 2012.

Hilb, Rogal and Hamilton Ins. Servs. Of Orange Ctny. v. Robb, 33 Cal App. 4th 1812, 1995.

Hollingsworth Solderless Terminal Co. v. Turley, 622 F.2d 1324, 1338, 9th Cir. 1980.

Intel Corp. v. ULSI System Technology, Inc., 782 F. Supp. 1467, D. Or., 1991.

Intel Corporation and Level One Communications, Inc. vs Broadcom Corporation and others, CV 788310, Order, Superior Court, Santa Clara County, 2000.

International Business Machines Corp. V. Bajorek, 9^o Cir. 1999, 191 F.3d 1033.

Ixchel Pharma, LLC. v. BIOGEN, INC., S256927, Ninth Circuit 18-15258, 2020.

Jackson & Jeffries, Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment, 65 Va.L.Rev. 1, 38-39, 1979.

King v. Gerold, 109 Cal.App.2d 316, 1952.

Klamath-Orleans Lumber Inc. v. Miller, 87 Cal.App.3d 458, 464, 151 Cal. Rptr. 118, 120, 1978.

Lawrence v. Kidder, 10 Barb. 64I, N.Y. Sup. Ct. 1851.

LeJeune v. Co Acceptors, Inc., 849 A2d 451, 467-7, Md. 2004.

Linmark Associates, Inc. v. Willingboro, 431 U. S. 85, 431 U. S. 92, 1977.

Loral Corp. v. Moyes, 174 Cal.App.3d 268, 276, 219 Cal. Rptr. 836, 840, 1985.

Metro Traffic Control, Inc. v. Shadow Traffic Network, 22 Cal.App.4th 853, 859, 1994.

Micro Consulting v. Zubeldia, 813 F. Supp., 1990.

Morlife, Inc. v. Perry, 56 Cal.App.4th 1514, 1520, 1997.

Morse Twist Drill & Mach. Co. v. Morse, 103 Mass. 73, 1869.

Moss, Adams & Co. v. Shilling, 179 Cal.App. 3d 124, 224 Cal. Rptr. 456, 1986.

Muggill v. Reuben H. Donnelly Corp., 398 P.2d 147, 149, Cal. 1965.

National Starch and Chemical Corp. v. Parker Chemical Corp., 530 A.2d 31, N.J. App.Div. 1987.

Northwe Bec-Corp v. Home Living Service, 41 P3d 263, Idaho, 2002.

Ohralik v. Ohio State Bar Assn., 436 U. S. 447, 436 U. S. 455-456, 1978.

PepsiCo Inc. v. Redmond, 54 F.3d 126, 7th Cir. 1995.

Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm'n, 413 U. S. 376, 413 U. S. 388, 1973.

Retirement Group v. Galante, 176 Cal. App. 4^o 1226, 98 Cal Rptr 3d 585, Ct. App 2009.

Roughton v. Socony Mobil Oil Co., 231 Cal.App.2d 188, 192. 41 Cal. Rptr. 714, 1964.

Scott v. Snelling & Snelling, Inc., 732 F. Supp. 1034, N.D. Cal. 1990.

Sequoia Vacuum Systems c. Stransky, 229 Cal.App.2d 281, 1964.

Spector v. Miller, 199 Cal.App.2d Cal. Rptr. 426, 1962.

State Farm Mut Auto Ins. Co. v. Dempster, 344 P2d 821, Cal App 1959.

State Farm Mut. etc. Ins. Co. v. Dempster, Civ. No. 18270. First Dist., Div. One., 1959.

Strata Mktg v. Murphy, 740 NE2d 1166, 1175-79, III App. 2000.

South Bay Radiology Medical Assocs. V. W. M. Asher, MD, Inc., 268 Cal. Rptr. 15, Cal.App. 4^o Dist. 1990.

Tameny v. Atlantic Richfield Co., 27 Cal.3d., 1980.

The Retirement Group v. Galante, 98 Cal Rptr 3d 585, Ct. App 2009.

Trans-American Collections, Inc. v. Continental Account Servicing House, Inc. 342 F. Supp. 1303, 1305 D. Utah, 1972.

United States v. eBay, Inc., 968 F.Supp.2d 1030, N.D. Cal., 2013.

Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U. S. 748, 425 U. S. 762, 1976.

Whyte v. Schlage Lock Co., 125 Cal.Rptr.2d 277, Ct. App. 2002.

Winston Research Corp. v. Minn. Min. MFG, 350 F.2d 134, 9th Cir. 1965.

Wright v. Ryder, 36 Cal. 342, 357, 1868.

Regno Unito

Anonymous, Eng. Rep. 419 (C.P. 1640).

Attwood v. Lamont, 1920 3 K.B. 571, (C.A.).

Barrow v. Wood, Eng. Rep. 470 (C.P. 1642).

Bing, Eng. Rep. 284 (C.P. 1831).

Bragge v. Stanner, Palm. Eng. Rep. 1031 (K.B. 1621).

Broad v. Jollyfe, Cro. Jac., Eng. Rep. 509 (K.B. 1620).

Chesterfield v Janssen, 1750, 26 E.R.

Cro. Eliz., Eng. Rep. 1097 (Q.B. 160).

Egerton v. Brownlow, 1854, 4 H. L. C.

Eng. Rep., 1894 A.C. 566.

Eng. Rep., 1916 I A.C. 688.

Eng. Rep., 14 Ch. D. 351, 1880.

Eng. Rep., 347 (Q.B. 1711), Mitchel v. Reynolds.

Eng. Rep., 485 (C.P. 1587).

Eng. Rep., 1913 A.C. 724.

Eng. Rep., 42 N.J. Eq. 185, 7 Atl. 37 (Ch. 1886).

Eng. Rep., 87 U.S. (20 Wall.) 64.

Faccenda Chicken v. Fowler 1987, 2 Ch 117.

Ferby v. Arrosmyth, 2 Keb. 377, 84 Eng. Rep. 236 (K.B. 1668).

General Billposting Co Ltd v. Atkinson, 1909 AC 118 (HL).

Hepworth Manufacturing Co. v. Riyott, 1920.

Herreshoff v. Boutineau, 17 RI 3, 1890.

Nordenfeld v. Maxim Nordenfeld Guns & Ammunition Co., 1894, AC 535 (H.L.).

Peninsula Business Services Ltd v. Sweeney, 2004 IRLR 49.

Herbert Morris Ltd contro Saxelby, 1916, AC 688.

Printesr & Finishers Ltd v Halloway (No 2), 1965 RPC 239.

Printing and Registering Co. v Sampson, 1875.

Prugnell v. Gosse, Aleyn, Eng. Rep. 919 (K.B. 1648).

Rogers v. Parrey, 2 Bulst. Eng. Rep. I012 (K.B. 1613).

Tallis v. Tallis, El. & B. Eng. Rep. 482 (Q.B. I853).

Y.B. Mich. 2 Hen. (C.P. 1414).

Corte di Giustizia e Tribunale UE

CGUE 13 ottobre 2022, in causa C- 593/21, NY c. H. SARL.

CGUE 16 marzo 2000, in causa C-395/96 nei procedimenti riuniti C-395/96 P e C-396/96, Centre Wagner, Kirchberg c. Grimaldi e Gerrit Schram.

CGUE 16 marzo 2006, in causa C-3/04, Poseidon Chartering BV.

CGUE 17 febbraio 2011, in causa C- 283/09, Artur Weryński c. Mediatel 4B spółka.

CGUE 17 ottobre 2003, in causa C-232/01, Van Lent, Racc.

CGUE 17 ottobre 2013, in causa C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare.

CGUE 23 marzo 2006, in causa C- 465/04, Honyvem Informazioni Commerciali Srl c. M.D.Z.

CGUE 23 marzo 2021, in causa C-574/21, QT c. O.C.R. a.s.

CGUE 26 marzo 2009, in causa C-348/07, Turgay Semen c. Deutsche Tamoil GmbH.

CGUE 26 ottobre 2023, in causa C-331/21, E.E.P. SA, E.C.C. SA, M.R.S. SA, M.C.H. SA c. Autoridade da Concorrência.

CGUE 3 dicembre 2015, in causa C-38/14, Quenon K. SPRL c. Beobank SA, Metlife Insurance SA;

CGUE 4 giugno 2020, in causa C- 828/18, T. SARL c. D. SARL.

CGUE 15 dicembre 1995, in causa C-415/93, Bosman.

CGUE 21 settembre 1999, in causa C-67/96, Albany.

CGUE 8 febbraio 2001, in causa C-350/99 Wolfgang Lange c. Georg Schüneman GmbH.

COMP IV/35.691/E.4, 30 gennaio 1999, Pre-insulated Pipes Cartel OJ L 24, confermata da CGUE nelle cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C213/02 P.

Tribunale UE, 8 ottobre 1996, n. 24/93.

Francia

Corte costituzionale 13 gennaio 2003, n. 465/2002.

Italia

App. Brescia 9 febbraio 2023, n. 251

App. Milano 12 aprile 2001, in D&L Riv. crit. dir. lav., 2001.

App. Milano 14 aprile 1950, in Foro Pad., 1951.

App. Milano 17 marzo 2006, in Lav. Giur., 2006.

App. Torino 12 giugno 2009.

Cass. 26 ottobre 1982, n. 5617, in Mass. Giur. It., 1982.

Cass. 10 aprile 1978, n. 1686, in Foro it., 1978.

Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, in Mass. Giur. Lav., 2004.

Cass. 13 maggio 1975, n. 1846, in Foro It., 1975.

Cass. 14 febbraio 1975, n. 571, in Arch. civ., 1975.

Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in Riv. it. dir. lav., 1999, II, 72, con nota di G. CONTE.

Cass. 19 dicembre 2001 n. 16026, in Mass. giur. lav., 2002.

Cass. 2 maggio 2000, n. 5477, in Dir. Prat. Lav., 2000.

Cass. 2 marzo 1988, n. 2221, in Giur. It., 1989.

Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, in Foro It., 1966.

Cass. 22 gennaio 1987, n. 595.

Cass. 22 luglio 1978, n. 3687, in Rep. Giust. civ., 1978, voce Lavoro (rapporto di), n. 184.

Cass. 23 aprile 1991, n. 4383, in Arch. Civ., 1991.

Cass. 24 agosto 1990, n. 8641, in Notiz. giur. lav., 1990.

Cass. 24 marzo 1980, n. 1968, in Giust. civ., 1981, I, 1113, con nota di G. PONZANELLI.

Cass. 25 luglio 1986, n. 4757.

Cass. 26 novembre 1994, n. 10062, in Riv. it. dir. lav., 1995, II, 582, con nota di BARTESAGHI; in Dir. lav., 1995, II, 40, con nota di MIANI CARNEVARI.

Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, Giur. Lav., 2002.

Cass. 30 luglio 1987, n. 6618.

Cass. 4 aprile 2006, n. 7835.

Cass. 4 febbraio 1987, n. 1098, in Notiz. giur. lav., 1987.

Cass. 6 maggio 2009, n. 10043.

Cass. 2001, n. 16026.

Cass. 19 aprile 2002, n. 5691.

Cass. 26 novembre 1994, n. 10062.

Cass. 26 maggio 2020, n. 9790.

Cass. 14 novembre 2018, n. 29383.

Cass. 19 novembre 2014, n. 24662.

Cass. 2001, n. 3507.

Corte Costituzionale 22 giugno 1965, n. 61.

Pret. Bologna 25 settembre 1984, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1985.

Pret. L'Aquila 22 marzo 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1466.

Pret. Milano 10 febbraio 1981, in *Or. giur. lav.*, 1981.

Pret. Milano 13 gennaio 1999, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999.

Pret. Milano 22 febbraio 1999, in *Or. giur. lav.*, 1999.

Pret. Milano 3 dicembre 1988.

Pret. Milano, 23 gennaio 1991.

Trib. Milano 8 giugno 2002, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2002.

Trib. Milano 10 aprile 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972.

Trib. Milano 10 maggio 2012, in *Leggi D'Italia*.

Trib. Milano 11 giugno 2001, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2001.

Trib. Milano 12 luglio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007.

Trib. Milano 16 dicembre 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994.

Trib. Milano 16 giugno 1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 728, con nota di A. PILATI.

Trib. Milano 19 gennaio 2001, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2001.

Trib. Milano 25 ottobre 1975, in *Rep. Giust. civ.*, 1975, voce Lavoro (rapporto di).

Trib. Milano 8 luglio 1974, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce Lavoro (rapporto).

Trib. Ravenna 24 marzo 2005, in *Lav. Giur.*, 2006.

Trib. Roma 24 ottobre 2001, in *Or. giur. lav.*, 2002, I, 110, con nota di POMARES.

Trib. Torino 16 gennaio 2006.

Trib. Torino 19 febbraio 1964, in Mass. Giur. Lav., 1964.

Trib. Torino 23 settembre 1997, in Lav. giur., 1998.

Trib. Torino 27 luglio 2001, in Giur. piem., 2001.

Trib. Modena 23 maggio 2019.

Trib. Torino 23 settembre 1997.

Trib. Torino 13 marzo 2009.

Trib. Milano 10 maggio 2012.

Israele

Giurisprudenza, decisioni dell'Autorità per i brevetti e dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (le decisioni citate sono pubblicate in lingua ebraica)

AA 2600/90 Elit Israeli Chocolate and Candy Industry Ltd.et al. c. Ya'akov Saranga et.al.

AA (TA) 2932/00 Meno Shroti Ahmim Ltd. V. La Service Ltd.

AA 1142/92 Vargus Ltd. et al. max Ltd. et al.

AA 4867/92 Sanitovsky c. Ta'ams Ltd.

C.A. 2600/90 Elite Israeli Company for the Manufacture of Chocolate and Candies Ltd. et al v. Jacob Saranga et al.

C.F. 14/92 Plasson Maagan Michael Industries Ltd. et al contro Freddi Prient et al.

CA 1141/92 Vargos Ltd. et al contro Carmax Ltd. et al.

CA 136/56 Fuchs. v. Eylon and Etzioni Ltd.

CA 136/64 Francitext Ltd. v. Utzitel Ltd.

CA 1371/90.

CA 155/80 Rav Bariach Ltd. v. Amgar.

CA 157/88 Egged Israel Transport Cooperation Society v. Meiron.

CA 2247/95 General Director of the Anti-Trust Authority v. T'nuvah Center for Cooperation and Marketing of Agriculture Products in Israel Ltd.

CA 238/73 Sharabi v. Chamtzan.

CA 239/92 Egged Israel Transport v. Mashiach.

CA 294/91 Chevra Kadisha Kahsha "Kehillat Yerushalayim" v. Kestenbaum.

CA 312/74 Cable and Electric Cable Company in Israel Ltd. v. Martin Christianpalour,

CA 345/87 Hughes Aircraft Company c. State of Israel.

CA 4/74 Berman v. Misrad Lehovalat Masaot Pardes Hana – Carcur "Amal" Ltd.

CA 614/76 Jane Doe v. John Doe.

CA 618/85 Ma'ayanot Hagalil Hamaravi Ltd. v. Tavori Behar Soft Drinks Ltd.

CA 6222/97 Tivoul 1993 Ltd. v. Shef Hayam (1994) Ltd. et al.

CA 6601/96 AES Systems v. 1. Moshe Sa'ar (the Supreme Court Sitting as the Court of Civil Appeal).

CA 6821/93 Bank Mizrachi Hameuchad Ltd. V. Midgal Kfar Shitufi.

CA 9046/96 Frida Ben Baruch et al. v. Tnuva et al.

CF (Haifa) 681/00 Superplast v. Starplait.

Mozione per l'annullamento della registrazione del brevetto israeliano n. 118898 Comperles Ltd. v. Mobidom Ltd.

CF 1058/07 Bakto Seal Company Ltd Eran Wein et al.

CTI Corp. v. Calhoon.

Davie Naz/ 3-164 Yitzhak Ofari et al.- Electronics Line (AL) Ltd.

Davie Ng/ 3-117 Rafi Ben Brod.

Davie No. 3-216, 3-248, 18-4 Modkun problem - Bash et al.

DBA Ned/ 3-95 Sofia Nitov.

DBA NG/ 3-17 Tony Tuama - Techno Rubber Lissitzky Baiyim et al. Fadieh Kiyya.

Decisione del vice cancelliere brevetti in opposizione alle domande di brevetto israeliane n. 126864 e 125755 Biosense Inc. contro Elbit.

Decisione dell'Autorità dei brevetti relativa a Biosense, Inc., Miami, Fla., U.S.A. contro Elbit Systems Ltd., Haifa Israel, opposizione alle richieste di brevetto 126864, 125755, pp. 12-13, 15 (Nevo, 16.4.2009).

Domanda di brevetto n. 190125 Digital Layers Inc.

Eli Tamir (Decisione del Registrar Brevetti in materia di Domanda di Brevetto Israeliana n. 131.733 Eli Tamir).

H CJ 164/99 Check Point e Dan Frumer – Redgard Inc.

H CJ 1683/93 Yavin Plast Inc. v. Techno Gumi.

H CJ 1703/92 C.A.L. Cargo Airlines Ltd. v. The Prime Minister.

H CJ 28/94 Tzarfati v. Minister of Health.

H CJ 588/84 K.S.R. Asbestos Trade Ltd. V. Presidente del Tribunale Antitrust, IsrSC 40(1)29 .

H CJ 3706/07 8CHECKM Ltd. v. Moshe Vakinin, AB (TA).

H CJ 1055/01 Anthony Corey v. Iroka International Ltd E bis.

H CJ EA 189/03 Girit Ltd contro Mordechai Aviv et al.

H CJ Esso Petroleum Co. Ltd. V. Harper's Garage (Stourport) Ltd.

H CJ 09/66 Gideon Raisman v. GG Yarom Getter Ltd.

H CJ 292/99 New-Pharm Drugstores Ltd. Vs. Yossi Goldhamer-Super-Pharm.

H CJ EA 86/08 Shachal Telemedicine Ltd. V. Roni Toval.

H CJ 40619/04 Amsalem Tourism and Vacation Ltd vs.Maria Sharifov.

HCJ 189/03 Girit Ltd. V. Aviva.

LC 54 3-110 First Class Service Ltd.v. Mati Kosacks.

LCA 371/89 Leibovitz v. Eliyahu Ltd.

LCA 5768/94 A.S.I.R Import, Manufacture, and Distribution v. Accessories and Products Ltd.

M / 3-309 Career Ltd. - Shelli Bowie, Davya Ned/ 3-197 Career Problem - Shelli Banai.

MA (Gerusalemme) 23/94 United Technologies Corporation v. il Registrar dei brevetti.

Melinak (Mozione per la cancellazione del brevetto israeliano n. 142049 Oded Melinak contro Girafa.com, Inc. et al.).

Miscellaneous Appeals (Tel Aviv) 501/80 Rozenthal Shunia v. The Patent Registrar.

MLA 6141/02 Akum c. Galey Zahal Broadcast Station et al.

MLA 66/09 (HCJ) Gideon Reizman et al. v.G.G. Yarom Geter Ltd.

MLA 9071/10 The Northern Theatre Stage Arts Center Ltd. v. Niza Ben Zvi et al.

Motion 15156/03 Grad Software and Projects Ltd. contro Uriel Vice et al.

Motion 15883/00 Harel Brokerage et al. v. Igor Terlin.

OM 4070-09 Gili Bachar c. Arabica F.S. srl.

OM 504/03 Larit Medidot Ltd. et al. contro Freidan Arie.

TA Administrative Appeal 37979–06–18 Israel Aerospace Industries Ltd. v Fried.

TA Opening Motion 729/80 Dolev v Amgar.

TA Opening Motion 994/83 Rosentzvaig v Israel Aerospace Industries Ltd.

TA 1058-07 Bekto Seal Ltd. v. Eran Win.

Tribunale distrettuale di Beer Sheva Gili Bachar v. Arabica P.S. Ltd Ufficio.

TA 3560/07 LTD International Dynamics Licensing LDI contro Amos Hachmon.

TA 588/02 Girit Ltd. V. Aviva.

TA BA 200704/99 (n. 911924/99) New-Pharm Drugstores Ltd. Vs. Yossi Goldhamer-Super-Pharm.

ALTRI MATERIALI

Banca dati nazionale Startup Nation Finder
<https://finder.startupnationcentral.org/startups/search?§orclassification=agxzfmlsbGlzdHNpdGVyJAsSF0Jhc2VDbGFzc2lmaWNhdGlvbk1vZGVsGICA4LvcjtcIDA&location=agxzfmlsbGlzdHNpdGVyIgsSB0dlb0NpdHkiFVRlbc1Bdml2LVlhZm9fX0lzcmlbAw&status=Active>.

Bill Baer, Assistant Att’y Gen., Remarks at the Conference Call Regarding the Justice Dep’t’s Settlement with eBay Inc. to End Anticompetitive “No Poach” Hiring Agreements, 1° maggio 2014, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-bill-baer-speaks-conference-call-regarding-justice-department> [https://perma.cc/4J2Q-FZBD]

Comunicato del 18.12.2017 a seguito di udienza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di procedere avverso l’Associazione delle agenzie di viaggio e dei consulenti del turismo in Israele le agenzie di viaggio Amsalem Tourism and Vacations Ltd. e Disneyhouse B.T.C. Ltd., disponibile al sito <https://www.gov.il/he/Departments/news/travelagentsassociation>.

Comunicato stampa - Decisione 758/2021 - Decisione sulla ricerca d'ufficio nel mercato dell'installazione e della manutenzione degli ascensori dell’Autorità greca per la concorrenza al sito <https://www.epant.gr/enimerosi/deltia-typou/item/2139-deltio-typou-apofasi-758-2021-apofasi-epi-tis-aftepaggeltis-erevna-stin-agera-tis-egkatastasis-kai-syntirisis-anelkystiron.html>.

Comunicato stampa del 21 novembre 2023, Brussels, Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the online food delivery sector, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_5944.

Conferenza stampa il 1° febbraio, Margrethe Vestager, <https://www.euractiv.com/section/competition/news/non-compete-clauses-for-workers-will-the-eu-follow-the-us-lead/>.

Cruscotto di Indicatori Statistici Elaborazioni del 01 Ottobre 2023, 3° trimestre 2023 del Ministero delle Imprese e del Made in Italy al sito <https://www.mimit.gov.it/it/impresa/competitivita-e-nuove-imprese/start-up->

innovative/relazione-annuale-e-rapporti-periodici#relazione-annuale.

Dati dell'Israeli Export Institute sulle esportazioni informatiche israeliane, https://www.gov.il/en/departments/news/2021cyber_industry.

Department of Labor, U.S. Bureau of Labor Statistics, May 2022 Occupation Profiles https://www.bls.gov/oes/current/oes_stru.htm.

Distribuzione dei dipendenti high-tech tra le diverse tipologie aziendali dati pubblicati dall'Israel Innovation Authority al portale <https://innovationisrael.org.il/en/report/high-techs-contribution-to-the-economy/> e <https://innovationisrael.org.il/en/report/how-many-israelis-really-work-in-high-tech/>

Global Innovation Index (GII), Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI), [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_2000_2022/il.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_2000_2022/il.pdf)

Gross domestic spending on R&D, OECD: <https://data.oecd.org/rd/gross-domestic-spending-on-r-d.htm>.

Interrogazione parlamentare UE, Risposta della Commissione del 18.7.2007, GU C 45 del 16/02/2008, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-6-2007-1840-ASW_EN.html.

Interrogazione scritta E-4381/06, Ole Christensen (PSE), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-6-2006-4381_EN.html.

Indagine Autorità Garante per la Concorrenza polacca, disponibile al sito: https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=18553&news_page=1.

Indagine Autorità lituana per la concorrenza, disponibile al sito: <https://kt.gov.lt/en/news/real-estate-agencies-agreed-not-to-compete-for-clients-and-employees>; <https://kt.gov.lt/en/news/by-agreeing-not-to-pay-players-salaries-lithuanian-basketball-league-and-its-clubs-infringed-competition-law>.

Indagine Autorità rumena per la concorrenza, disponibile al sito: <https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2022/01/investigatie-piata-muncii-ian-2022-English.pdf>.

Indagine Autorità portoghese per la concorrenza, disponibile al sito: <https://www.concorrenca.pt/en/articles/adc-issues-statement-objections-laboratories-and-business-association-involvement-artel>; <https://www.concorrenca.pt/en/articles/adc-issues-sanctioning-decision-anticompetitive-agreement-labor-market-first-time>.

Indagine Autorità svizzera per la concorrenza, disponibile al sito: <https://www.weko.admin.ch/weko/en/home/medien/press-releases/nsb-news.msg-id-92044.html>.

Indagine Autorità catalana per la concorrenza, disponibile al sito: <https://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20220203-Exp.-109-2021-Incoacio-Comunicat-web>.

Israel Innovation Authority, 1 aprile, 2023, Position Paper, Apprehension of Israeli Hi-tech Splitting Away from the Global Trend and Possible Corrective Actions.

Lettera del rappresentante Jim Jordan, presidente, comitato affari giudiziari della Camera US, a Lina Khan, presidente della FTC, et al., 14 febbraio 2023, <https://judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/republicans-judiciary.house.gov/files/evoedia-document/2023-02-14-jdj-dei-tm-sf-to-ftc.pdf>;

Dichiarazione dissenziente del commissario Christine S. Wilson in merito all'avviso di proposta di regolamentazione per la regola della clausola di non concorrenza, Comm'n File n. P201200-1, 5 gennaio 2023, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p201000noncompetewilsondissent.pdf);

OECD 2014, Italy: Key Issues and Policies, OECD Studies on SMEs and Entrepreneurship, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264213951-en>.

Proposal FTC 910, chapter I in title 16, Code of Federal Regulations: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notices/non-compete-clause-rulemaking>

Report 2023, Israel Innovation Authority <https://innovationisrael.org.il/en/report/high-techs-contribution-to-the-economy/>

Report UNCTAD, *Assistance to the Palestinian people: Developments in the economy of the Occupied Palestinian Territory*, 2016.

World Bank, Tech Startup Ecosystem in West Bank and Gaza 2018, disponibile al sito: <https://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://documents1.worldbank.org/curated/en/715581526049753145/pdf/126144-replacement-WBG-ecosystem-mapping-digital.pdf>

MODELLO DI INTERVISTA PER IL RILEVAMENTO DEI DATI QUALITATIVI

IP in the Workplace: Anonymous Questionnaire

1. Personal education and experiences

- a. Did your family help you in your education or did your family income influence your education?
- b. Where and what did you study?
- c. which sector/unit did you serve in the military service?
- d. Do you remember whether the female gender was equally represented in your unit?
- e. Would you consider the unit you served as demographically homogenous or heterogenic
- f. Did the IDF provide for your education?
- g. How many of your current/former colleagues or friends did you meet from the army?

2. Your working experience

- a. How were you recruited from XXX?
- b. Did you know the founders/CEO from the Army? Did you serve the same Unit as them?
- c. What is your current role at XXX?
- d. How long have you been with XXX?
- e. How many jobs have you changed before this one?
- f. How often do you change jobs?
- g. Are you currently looking for another workplace?
- h. When you change workplace you usually increase your wage?
- i. Do you see yourself changing workplaces in the future or would you rather stay in the same company for a long time?
- j. Does your contracts provide you with stock options?
- k. What is your take on such a disposition? Do you have any capital share of the company you work for?

3. Your take on the non-compete agreement you signed

- a. Did you sign a non-compete agreement within your employment contract?
- b. If yes, how long does the covenant prevent you from competing with your former employer?
- c. Did you get the chance to negotiate the covenant?
- d. Does the covenant provide a bonus payment for giving up the concurrence for the foreseen amount of time?
- e. Do you remember how it is designed (it forbids you to work for direct and indirect competitors, in Israel or abroad, etc)

- f. Can you share the anonymized contract with me?
 - g. What do you know about non-compete enforcement in Israel?
 - h. Do you think your covenant is enforceable?
 - i. Do you feel your freedom of occupation is restricted from the covenant?
 - j. Do you think it would limit the opportunity to use the skills and know-how you acquired during your latest occupation with a new employer?
 - k. Would find it hard to be recruited from another employer without breaching the covenant?
 - l. Would you feel forced to work in another field to not breach the covenant?
 - m. Would you ever breach the covenant? Please explain the reason why you would or you wouldn't
 - n. Would you work for a direct competitor of your former employer? Please, explain the reason for your answer.
 - o. Has it ever happened to you to be involved in a trial for breaching such a covenant?
 - p. Do you know about any other such trials in Israel?
4. Anti-poaching practices
- a. Did it ever happen to you to be poached from another company?
 - b. Do you know if any of the companies you've worked for has ever done that to a competitor or if it suffered it from a competitor?
 - c. Do you about any trials involving those practices?
5. IP
- a. Do you know if the company protects its Intellectual Property rights?
 - b. Do you know if the company has any patent registered?
 - c. Do you know if the company has ever enforced any IP right or held a competitor accountable for a patent infringement or such?
6. Start-up information (if you know about it)
- a. Where did the founders/CEOs meet? In the Army? Which unit did they serve?
 - b. Do you know whether they invested personal capital/family capital or capital they earned from selling other start-up shares to fund SeeMetric?
 - c. Do you know if the founders ever asked for any public form of financial investment (i.e. Israel Innovation Authority or university's funds etc)
 - d. Do you know how they fund the company (they knew an Israeli angel investor, foreign capital, VC, bank, etc)
 - e. Do the company recruit mainly from the army/same unit of the army or also from colleges or such?
 - f. Do you know if the company recruits only senior employees or juniors too?
 - g. Do the company provide employees with some educational courses? Did you ever enroll in one paid by the company?

- h. Do you know if the company has any link with universities/ if the company invests money in public research centers in Israel?
 - i. The creative process. Where does the innovative creation come from?
(business idea, corporate spin-off, IDF spin-off, university licensing agreement, etc)
 - j. Do you think founders benefited from any IDF spillover?
 - k. What is your take on the software produced from the company you work for? Is innovative in its field?
 - l. Where is the client's market located?
 - m. Where are the main direct competitors located? And how many are the direct competitors of the company?
 - n. Do you see any possible competitors within the Middle East Region?
7. The Israel Cyber Security Cluster
- a. What is your take on the cluster itself?
 - b. What weaknesses do you see within the cluster?
 - c. What kind of inequalities do you observe within the cluster itself?
 - d. Do you think the access to this segment of the Israeli ecosystem is equal to anyone who has the skill to work for it