

TRIBUNALE MILANO
(ORDINANZA)

5 AGOSTO 1996

ESTENSORE: PATRONE

PARTI: ANVI

(Avv. Annechino, Sciarretta)

A. MONDADORI EDITORE

**Concorrenza •
Concorrenza sleale •
Vendita di videocassette
abbinata a settimanali •
Rapporto di concorrenza
con videonoleggiatori •
Sussiste.**

Sussiste rapporto di concorrenza fra i noleggiatori di videocassette e l'impresa editrice che offre in vendita, abbinate ad un settimanale, videocassette in quanto, per il modo cui esse vengono offerte sul mercato, divengono validi surrogati di altri prodotti.

**Concorrenza •
Concorrenza sleale •
Vendita di videocassette
abbinata a settimanali •
Principio di correttezza
professionale • Violazione •
Sussiste.**

La vendita a basso costo di videocassette abbinata a un settimanale costituisce atto di concorrenza sleale in quanto l'editore utilizza una rete distributiva (le edicole) non accessibile ai concorrenti (nel caso di specie video-noleggiatori) sfruttando peraltro un regime fiscale di favore.

Per una più agevole lettura e pronta intelligenza delle motivazioni che sorreggono il presente procedimento ritiene il giudicante utile ed opportuno premettere la esposizione della parte motiva del provvedimento la enunciazione del fatto che il momento decisivo e l'*iter* argomentativo delle motivazioni prendono le mosse e gli argomenti in re-

* La vicenda dei provvedimenti cautelari (concessi e negati) sull'abbinamento di videocassette e giornali quotidiani e periodici, che ha animato l'estate giurisprudenziale, conferma la difficoltà di realizzare per via giudiziaria un assetto concorrenziale. L'ordinanza del 5 agosto del Tribunale di Milano sicuramente coglie nel segno quando rileva che nel mercato dei quotidiani e dei settimanali «sembra essere del tutto assente ogni forma di competizione concorrenziale ancorata alla qualità e alla quantità dei contenuti»; ma proprio questa constatazione, su cui poggia in buona sostanza il divieto di abbinare ad un settimanale l'offerta di videocassette, rischia di essere il punto più debole della decisione in quanto suscettibile di portare a conclusioni opposte.

Infatti, se i giornali sono un prodotto come qualsiasi altro che ha bisogno di un *gadget* per titillare l'acquirente, allora non si vede perché gli editori non dovrebbero comportarsi come i petrolieri, i produttori di detersivi o i cioccolatai che allettano la loro clientela offrendo, di volta in volta, teli da spiaggia, borsette firmate e giochini vari.

Paradossalmente dunque la decisione avrebbe condotto a un risultato assai diverso da quello concorrenziale auspicato: in fondo si dice a ciascun imprenditore di stare nel proprio orticello e di non invadere quello altrui attraverso immaginifici abbinamenti.

Ma è facile intuire che se, nel caso di specie, la decisione poteva soddisfare gli interessi dei videonoleggiatori, colpiva quelli dei produttori cinematografici e degli interpreti ed esecutori dei film, i quali si vedevano chiuso un canale distributivo (quello dei giornali) importante e lucroso.

Se poi si considera che l'offerta di videocassette costituisce una timida risposta degli editori all'emorragia degli introiti pubblicitari verso la televisione, che viene attaccata sul suo stesso contenuto trasmissivo (se tanti hanno la cassetta, pochi guarderanno quel film in tv) e che forse il consumatore è contento di pagare poco quel prodotto, ci si accorge che gli interessi in gioco sono molti di più di quelli considerati in quell'ordinanza.

Tutto ci conferma quanto sia difficile governare il mercato dalle aule di giustizia: tutti hanno le loro ragioni, anche ben fon-

lazione alla chiara ed inequivoca affermazione contenuta nel ricorso, affermazione che testualmente recita:

« Non è ammissibile che il libero gioco della concorrenza sia falsato da comportamenti e pratiche sleali i.e. non conformi ai principi della correttezza professionale ».

IL PRINCIPIO UNICO INFORMATORE DELLA COMPLESSA NORMA EX ART. 2598 C.C. — La norma dell'art. 2598 c.c. prevede tre distinte ipotesi:

1) il divieto di atti idonei ad ingenerare confondibilità imposto in funzione della tutela della capacità distintiva dell'impresa;

2) il divieto di attività denigratorie, comparative, di appropriazione di pregio di pubblicità menzognera imposto a tutela della funzione promozionale dell'impresa;

3) il divieto generale di utilizzazione di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale imposto a tutela delle altre funzioni dell'impresa (funzione distributiva, funzione di ricerca e di sviluppo, funzione di politica del personale ed altro non tipizzabili ma del pari sussistenti e rilevanti per la vita dell'impresa).

In dottrina (molto) ed in giurisprudenza (in misura più ridotta) è animato il dibattito riguardante i rapporti fra i divieti di cui ai nn. 1 e 2 ed il divieto di cui al n. 3.

In proposito ad una teoria ormai risalente in giurisprudenza e del tutto minoritaria in dottrina secondo la quale il principio enunciato dal n. 3 dell'art. 2509 c.c. ha una funzione del tutto residuale nel campo della classificazione degli atti di concorrenza trova la sua applicazione solo in presenza di atti concorrenziali non classificabili o non coincidenti con le tipologie enunciate ai nn. 1 e 2, si va gradatamente sostituendo una diversa tendenza, ormai del tutto maggioritaria in dottrina e che gradatamente trova spazi anche in giurisprudenza (cfr. App. Bologna 25 ottobre 1983, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1984, n. 1740, Trib. Milano 22 giugno 1981, *ivi*, 1982, n. 1505) secondo la quale il principio di correttezza enunciato al n. 3 costituisce il vero ed unico canone alla luce del quale deve essere apprezzata la slealtà di un comportamento e che anche le fattispecie di cui ai nn. 1 e 2 devono essere esaminate, volta per volta, in base al criterio della correttezza professionale « del quale le clausole particolari costituiscono una specificazione e dal quale ricevono il proprio limite » (cfr. per tutti R. FRANCESCHELLI, in *La concorrenza sleale*, pag. 202).

date dal punto di vista giuridico, ma esse sono il più delle volte difficilmente compatibili fra di loro. In un mercato realmente concorrenziale la risposta naturale sarebbe una diminuzione dei videonoleggiatori e un aumento degli edicolanti; ma poiché questi ultimi continuano ad avere un privilegio nella vendita dei giornali, non c'è da meravigliarsi che altri soggetti chiedano l'esclusiva della distribuzione nel proprio specifico settore merceologico.

Non è un caso dunque che, con argomentazioni, fra di loro variegiate, il provvedimento cautelare sia stato revocato o, da altri giudici, negato in origine. Oltretutto

perché veniva a crearsi la singolare situazione per cui taluni giornali periodici potevano procedere all'abbinamento, mentre ad altri era inibito, con un concreto effetto distorsivo della concorrenza.

Non constano precedenti sulla medesima fattispecie, mentre possono essere utili per chiarire la complessità economica del mercato editoriale i rilievi di V. MELI, *Vendita sotto costo come atto di concorrenza sleale: la giurisprudenza ancora al bivio (osservazioni a margine delle vicende giudiziarie dei « giornali panino »)*, in questa *Rivista*, 1995, 81.

V.Z.Z.

Alla stregua di quanto precede appare lecito affermare che sono i principi della correttezza che costituiscono l'unico valido punto di riferimento al fine della individuazione lo spartiacque fra l'atto di concorrenza (lecito) e l'atto di concorrenza sleale (illecito).

LA CORRETTEZZA PROFESSIONALE. — Al fine di riempire di contenuti il concetto di correttezza professionale occorre muovere da una premessa banale quanto si vuole ma indispensabile.

Ogni gruppo sociale, in un determinato luogo ed in una determinata epoca, tende a promuovere quei valori e quei comportamenti che ritiene necessari, o semplicemente utili, al soddisfacimento dei bisogni o degli interessi ritenuti meritevoli e, viceversa, etichetta come scorretti i comportamenti finalizzati al soddisfacimento di interessi e bisogni diversi. All'interno di gruppi aggregati da un interesse economico il binomio valore-esigenze comportamentali si fa ancora più stretto ed esigibile, ancorché non avvertito e financo non condiviso a livello etico-individuale e per quello che in questa sede specificamente rileva vale ad istituire un binomio non dissolubile fra apprezzamento del comportamento concorrenziale ed oggettive valutazioni di convenienza economica.

Da quanto precede emerge con solare evidenza che la concreta delimitazione dei confini della categoria della correttezza professionale non può farsi riferimento, per un verso ad indici di soggettivo opinionismo, tipici dei normali apprezzamenti etici individuali e per altro a singoli canoni comportamentali permanenti e consolidati individuanti un modello di correttezza univoco, stabile nel tempo e storicamente determinato.

In tale situazione essendo pure necessaria la individuazione di un criterio guida, comunque e dovunque valido, per la selezione dei comportamenti e per la loro qualificazione.

Nel ventaglio delle possibili opzioni sembra senza meno da preferirsi il criterio della compatibilità con le indicazioni della costituzione economica nel senso che il giudice di fronte a contrastanti modelli di comportamento concorrenziale, dovrà qualificare i vari atti alla stregua dei criteri che la Costituzione addita come principi in cui incanalare l'esercizio della attività dell'impresa (cfr. per tutti Cass. 16 aprile 1983 n. 2634, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, n. 1592 ove si afferma il principio secondo il quale « nella valutazione dei comportamenti concorrenziali occorre tenere conto degli interessi collettivi coinvolti nella dinamica economica, in adesione alla direttiva costituzionale emergente dall'art. ... »).

Naturalmente il principio sopra affermato postula che sia compito dell'interprete specificare i « contenuti » dei principi e dei limiti costituzionali in rapporto ai singoli casi, il tutto in una sorta di attività esplicativa dei precetti costituzionali svolta in funzione della interpretazione ed applicazione della norma ordinaria ex art. 2598 c.c. Precetti costituzionali i quali, a loro volta devono essere specificati, facendo riferimento ad indici di contenuto desunti alle molteplici norme di diritto pubblico che interessano, anche non esclusivamente, la attività dell'impresa ed anche alle convenzioni internazionali cui il nostro paese abbia dato esecuzione (ad esempio Convenzione d'Unione, Trattato Cee e Direttive Comunitarie).

La conclusione cui, peraltro, taluno potrebbe a questo punto pervenire, istituendo una equazione fra violazione di norme pubblicistiche e concorrenza sleale non può essere condivisa, apparendo invece necessario precisare che non ogni contrasto del comportamento imprenditoriale

con le norme pubblicistiche equivale ad identificare un rapporto concorrenzialmente scorretto, essendo a tal fine necessario che il contrasto sia finalizzato e di fatto sia potenzialmente idoneo a determinare una specifica alterazione della situazione concorrenziale. Tale precisazione riporta il discorso al suo punto di partenza e consente di approdare alla conclusione che:

a) per un verso ancora la qualificazione degli atti di concorrenza sleale su criteri ritagliati esclusivamente sul modello degli interessi professionali e che solo occasionalmente possono trovarsi in consonanza con criteri di fonte normativa volti alla protezione di interessi extraimprenditoriali e

b) per altro verso impone all'interprete di effettuare la delibazione in ordine alla valenza di slealtà dell'atto di concorrenza in via preliminare alla stregua della funzione di impresa cui gli atti di concorrenza di volta in volta considerati adempiono.

LA CONCORRENZA SLEALE REALIZZATA ATTRAVERSO UNA PLURALITÀ DI ATTI. — La condotta qualificabile come di sleale concorrenza può estrinsecarsi o in un solo atto o in più atti, questi — a loro volta — plurisussistenti (ripetizione del medesimo atto come avviene ad esempio in una campagna pubblicitaria) ovvero, fra loro differenti (omogenei o eterogenei) e posti in atto in modo coordinato.

Con riferimento alla specificità del caso oggi sottoposto alla cognizione del giudicante è ovvio che l'attenzione dovrà soffermarsi sull'attività di sleale concorrenza realizzata mediante atti fra loro eterogenei, vale a dire non riconducibili tutti ad una delle fattispecie tipiche come denigrazione, storno, spionaggio, o altro, sibbene fortemente differenziati fra loro.

In tali casi il giudizio di conformità alle regole della correttezza non deve essere stilato con riferimento ai singoli atti che partecipano con complessivo comportamento; al contrario la detta valutazione deve essere fatta con riferimento al complessivo comportamento dell'agente che sarà classificato di sleale concorrenza solo se sarà stata accertata la potenzialità e la idoneità del comportamento a danneggiare l'impresa concorrente (cfr. Cass. 31 marzo 1969, n. 1061, in *Mass. Giur. civ.*, 1969, pag. 538; Cass. 8 gennaio 1968, n. 25, in *Foro it.*, 1968, I, 3066; Trib. Torino 5 aprile 1966, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, pagg. 174 e ss., 179 e ss.).

In casi del genere può accadere che proprio per la necessità che la qualificazione avvenga con riferimento alla complessiva condotta tenuta dall'imprenditore, che i singoli atti posti in essere siano, ciascuno riguardato nella sua tipicità, del tutto leciti e che la connotazione illecita della complessiva condotta venga apprezzata sulla base degli effetti sviluppati dalla connessione fra i singoli atti.

IL CASO DI SPECIE. — In buona sostanza la parte ricorrente lamenta che la Mondadori editore s.p.a. abbia promosso una attività di vendita di videocassette attraverso il circuito degli edicolanti, abbinando la videocassetta al prodotto editoriale normalmente venduto nelle edicole.

In tale complessiva condotta parte ricorrente individua alcuni indici dai quali desume la connotazione di scorrettezza del complessivo comportamento sopra delineato:

1) il rivenditore di videocassette prima di dare inizio alla sua attività deve richiedere ed ottenere l'apposita licenza della competente autorità

amministrativa mentre secondo la iniziativa assunta dalla resistente le cassette vengono vendute tramite soggetti che non hanno dovuto richiedere ed ottenere la licenza;

2) il rivenditore di videocassette può offrire il proprio prodotto al pubblico negli orari e nei giorni previsti dalla legge per tutti gli esercizi commerciali, laddove la possibilità di editare videocassette attraverso il circuito delle edicole trova un momento di agevolazione nel fatto che queste possono vendere i loro prodotti nell'arco di un orario giornaliero più lungo ed anche in giornate considerate festive;

3) il rivenditore di videocassette è tenuto ad applicare sulle cessioni dei beni l'imposta sul valore aggiunto nella misura stabilita dalla legge del 16% laddove lo stesso tipo di prodotto viene venduto attraverso il circuito delle edicole, unitamente alla pubblicazione giornalistica, scontando la stessa aliquota agevolata del 4% per quella prevista.

Si è ritenuto di estrapolare dal complesso delle argomentazioni addotte dalle parti resistenti solo quelle sopra esposte dal momento che solo queste hanno superato, in punto di fatto, il vaglio del dibattito istruttorio, mentre altrettanto non può dirsi delle altre considerazioni relative alla asserita pratica della vendita sottocosto e della altrettanto asserita violazione delle norme tributarie relative alla imposizione iva.

Così delineato il campo delle osservazioni e premesso che tutti i comportamenti sono in se stessi leciti, deve osservare il giudicante che il complessivo comportamento della resistente, connotato dagli estremi comportamentali predetti risulta certamente connotato da elementi di sleale concorrenza idonei ad arrecare pregiudizio alla impresa dei ricorrenti.

Per quanto concerne il punto *sub* 1, premesso che secondo il dettato costituzionale « l'attività economica privata è libera. La legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali » (cfr. art. 41 Cost.) è dato osservare come l'ordinamento abbia posto una serie di « paletti » alla stessa intrapresa ed all'esercizio della attività economica privata, proprio in funzione della necessità di garantire che il suo esercizio si svolga in accordo e coordinatamente all'utilità sociale. Sono state così specifiche licenze di commercio per ciascuna categoria di imprenditore che si accinga ad intraprendere una attività di impresa e la stessa attività è stata regolata quanto agli orari ed ai giorni in cui è possibile esercitarla. Con la iniziativa di cui la ricorrente si duole la Mondadori editore s.p.a., forte della sua posizione nello specifico mercato della distribuzione delle pubblicazioni periodiche — e quindi di una posizione preesistente alla iniziativa — è riuscita a canalizzare attraverso un tale particolare tipo di rete di distribuzione il nuovo prodotto, guadagnando in tal modo in termini non solo di capillarità della rete distributiva, ma anche — e principalmente — in termini di « by-pass » di tutti i sopra menzionati paletti posti dall'ordinamento agli altri soggetti che fossero interessati ad accedere al mercato.

Sembra fondato il dubbio espresso che non tutti gli edicolanti siano in possesso della specifica licenza necessaria per la vendita delle videocassette, così come sembra fondata la argomentazione che una tale licenza sia comunque, anche per loro, necessaria. Ma questa è una argomentazione che non tocca la posizione della odierna resistente, in virtù del meccanismo di abbinamento istituito fra pubblicazione e videocassetta.

Per quanto concerne la argomentazione *sub 3* appare indubbio che la pure lecita intrapresa consente alla resistente di porre sul mercato un prodotto — la videocassetta — gravato da una aliquota di iva ben minore (4% di contro al 16%) di quella che grava sull'omogeneo prodotto posto in vendita attraverso i canali dei videodistributori. Tutto ciò si risolve certamente nella possibilità di porre in vendita il prodotto a diverse e migliori condizioni di mercato.

Il tutto si risolve in una più alta appetibilità del prodotto in rapporto alla esistenza di un mercato caratterizzato da una domanda tutto sommato ancora non differenziata quanto alla specie del prodotto ed attratto nella massima parte solo dal genere del prodotto posto in vendita. Di qui i profili di danno per le altre imprese che operano sul mercato attraverso i canali della vendita le quali si vedono di certo sottratta una fetta del mercato alla quale non è detto che non potrebbero aspirare, ma che non riescono gestire per quanto sopra detto.

Ma vi è di più a parere del giudicante.

Osserva infatti questo Giudice che un simile comportamento degli editori sembra avere dato la stura ad una sorta di « non price competition » in quanto in un mercato, così affollato come quello dei quotidiani e dei settimanali e nel quale sembra essere del tutto assente ogni forma di competizione concorrenziale ancorata alla qualità e quantità dei contenuti, è stato individuato un sistema a basso costo — gli stessi ricorrenti insistono sul basso costo delle videocassette — per differenziare i prodotti e renderli appetibili sul mercato, per giunta scaricando gli effetti di tale politica su categorie che istituzionalmente sole potrebbero operare sul diverso mercato.

SUL RAPPORTO DI CONCORRENZA. — La tesi sostenuta dai resistenti secondo la quale non sarebbe ipotizzabile un rapporto concorrenziale fra essa casa editrice ed i rivenditori di videocassette non può essere condivisa.

Effettivamente la regola secondo la quale la tutela contro la concorrenza sleale trova il suo ambito di applicazione solo in presenza di un rapporto concorrenziale fra i soggetti coinvolti, rapporto inteso come presupposto soggettivo della tutela, non deve essere intesa in senso assoluto ma patisce delle eccezioni.

Infatti come è stato di recente affermato dalla Corte Appello Milano, sez. I del 15 novembre 1994 (cfr. IL DIRITTO INDUSTRIALE, 1995/9, pag. 835, il rapporto di concorrenza in alcuni casi invece di essere la situazione sulla quale si viene ad innestare la slealtà concorrenziale è esso stesso una conseguenza dello stesso sleale comportamento.

Nel caso di specie i prodotti entrano in concorrenza « per il modo in cui alcuni di essi vengono concretamente offerti sul mercato, così da divenire (o da essere fatti apparire) validi surrogati degli altri prodotti ».

Il principio, peraltro, non è nuovo e di esso è stata già fatta applicazione, a proposito dei marchi c.d. « celebri » da Appello Milano 24 febbraio 1984, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1984, n. 1751) la quale ha affermato che « anziché essere la affinità dei prodotti un dato indipendente dal marchio, al contempo presupposto e limite della sua funzione distintiva, è il marchio che rende affini — ovviamente entro certi limiti — i prodotti sui quali è apposto... ».

All'accertamento della valenza di concorrenza sleale del descritto comportamento consegue la inibitoria.

P.Q.M. — Accerta e dichiara che la attività intrapresa dalla resistente Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. e consistente nella offerta in vendita in abbinamento al settimanale Panorama di film registrati su videocassette integra gli estremi della sleale concorrenza ai danni della attività di impresa praticata dai ricorrenti e dagli altri esercenti aderenti alla Associazione Nazionale Videonoleggiatori Italiani.

Inibisce ad Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. la ulteriore prosecuzione dell'illecito.

Fissa termine come per legge per l'inizio della causa di merito.