

TRIBUNALE RAVENNA

(ORDINANZA)

12 SETTEMBRE 1994

PRESIDENTE: GILOTTA

ESTENSORE: PICARONI

PARTI: EDITRICE LA STAMPA S.P.A.

(Avv. Pastore, Ridolfi)

COOPERATIVA EDITORIALE

GIORNALI ASSOCIATI

(Avv. Maresi, Maresi)

POLIGRAFICI EDITORIALE S.P.A.

(Avv. Trevisan, Cuonzo,
Spizzuoco)**Concorrenza •****Concorrenza sleale per
vendita sotto costo •****Vendita abbinata di
quotidiani • Prezzo****cumulativo di L. 1.300 •****Illegittimità • Sussistenza***È da considerarsi contraria alla correttezza professionale l'azione congiunta di due imprese tesa a conquistare spazi a danno di un concorrente attraverso**la vendita abbinata dei propri prodotti ad un prezzo complessivamente non remunerativo dei costi.*

Affrontando nell'ordine le questioni sollevate dalle Società Editrice La Stampa S.p.A. e Cooperativa Editoriale Giornali Associati nei reclami proposti con atti depositati rispettivamente in data 24 agosto 1994 e 26 agosto 1994 avverso l'ordinanza emessa in data 13 agosto 1994 dal Presidente f.f. dott. F.M. Agnoli, osserva:

1) l'eccezione di incompetenza per territorio dell'adito Tribunale è infondata.

Sia pure in fase meramente deliberativa, stante la sede di riesame della concessa tutela sommaria, deve affermarsi che la normativa recentemente entrata in vigore, meglio nota come disciplina del procedimento cautelare uniforme, prevede all'art. 669-ter che anche prima dell'inizio della causa di merito la competenza ad emanare un provvedimento cautelare appartiene al giudice competente per il merito; trattasi indiscutibilmente di competenza funzionale, per la quale perciò valgono regole in parte diverse da quelle che disciplinano il criterio del « territorio derogabile ».

Ciò posto, nelle cause quali l'odierna in cui si denuncia una attività asseritamente illecita (e tale è considerata la concorrenza sleale), secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario pre-riforma, avallato anche dalla dottrina, nella fase cautelare la competenza apparteneva al giudice del luogo dell'azione o omissione illecita ovvero del luogo in cui si produceva il danno, con prevalenza di quest'ultimo in caso di divergenza. A seguito della citata riforma tale alternativa ad avviso del Tribunale è venuta meno, e con essa anche i dubbi circa la costituzionalità dell'art. 20 cod. proc. civ., attesa la necessità indicata dal legislatore che in fase cautelare non possa pronunciare altro giudice che quello competente per il merito.

Nel caso in esame l'obbligazione nascente dal preteso illecito concorrenziale appartiene alla competenza di questo Tribunale in base appunto al criterio fissato dall'art. 20 cod. proc. civ., giacché nel circondario di Ravenna si è verificato non soltanto l'evento dannoso (nell'accezione di « danno evento »), consistente nella vendita unitaria dei due quotidiani al prezzo di uno, ma anche in loco deve essere eseguita la misura interdittiva richiesta. Né l'invocata applicazione dell'art. 33 cod. proc. civ. potrebbe spostare i termini della questione, atteso che la citata norma non rappresenta un *peius* logico-giuridico nel procedimento di individuazione della competenza, ma semplicemente regolamenta la successiva ed eventuale fase di spostamento della competenza territoriale, consentendo il *simultaneus processus* quando si debbano evocare in giudizio due o più soggetti che in applicazione dei criteri dettati dagli artt. 18 e 19 cod. proc. civ. dovrebbero essere chiamati dinanzi a giudici diversi.

Nella presente vicenda, invece, posto che la prospettazione del ricorrente riguarda entrambe le società resistenti considerate compartecipi di un'unitaria attività concorrenziale, e posto inoltre che la competenza si determina sulla domanda (a nulla rilevando la veridicità di quanto in quella affermato), il foro di Ravenna è correttamente individuato per entrambe le società resistenti ai sensi dell'art. 20 cod. proc. civ., secondo i criteri sopra esposti; di conseguenza non sorge neppure la necessità di fare applicazione dell'art. 33 cod. proc. civ.

2) Nel merito i reclami proposto dalle società Editrice La Stampa S.p.A. e Cooperativa Editoriale Giornali Associati devono essere respinti.

L'ordinanza oggetto di reclamo ha ad avviso del Tribunale correttamente ravvisato nella vendita nei due quotidiani « La Stampa » e « Il Corriere di Ravenna » al prezzo complessivo di L. 1.300 una illecita attività di concorrenza sleale, del tipo « vendita sottocosto », rientrante nello schema delinato dalla norma di cui all'art. 2598, n. 3 cod. civ.

Lamentano le società reclamanti che la ricorrente non avrebbe fornito alcun elemento di prova — sia pure nella ristretta accezione del *fumus* — che autorizzasse il primo giudicante a ritenere sussistente la vendita sottocosto; che il primo giudicante erroneamente avrebbe ravvisato il *fumus boni iuris* dell'avversaria pretesa in dati di comune esperienza (c.d. fatto notorio), giacché la complessità dell'indagine economica necessaria all'accertamento dei costi di produzione di un quotidiano rende manifesta l'inapplicabilità al caso di specie della norma di cui all'art. 115, comma 1, cod. proc. civ.; che, infine, « vendita sottocosto » non sarebbe esistita, né per La Stampa, essendo il prezzo di cessione di ciascuna copia de La Stampa alla CEGA (da un minimo di L. 193 ad un massimo di L. 346) in grado di assicurare un margine positivo, anche senza considerare i ricavi pubblicitari (che pure costituiscono la principale fonte di guadagno dei giornali), né per Il Corriere di Ravenna, che dalla vendita del proprio prodotto in abbinamento con « La Stampa » avrebbe ricavato più di quanto spendeva, ovviamente tenendo conto tra i costi dell'importo corrisposto alla ELS per le copie giornalieri. Ritiene al contrario il Collegio che il *fumus boni iuris* sussista, discendendo direttamente dalla valutazione degli elementi di fatto allegati e provati dalla società ricorrente, nonché da quelli allegati e provati dalle società resistenti sin dalla costituzione dinanzi al giudice di prima istanza.

Dall'esame degli atti risulta infatti:

1) l'esistenza di un prezzo di vendita « discriminato » giacché la ELS vende il proprio quotidiano a L. 1.300 per copia su tutto il territorio nazionale e, invece, ad un prezzo variabile non superiore comunque a L. 346 per copia alla CEGA, che poi provvede alla commercializzazione del prodotto nel territorio ravennate;

2) l'esistenza di una strategia aziendale a medio-lungo termine, giacché l'accordo ELS-CEGA prevede tale forma di somministrazione per il periodo di tre anni, salvo proroga;

3) che il costo di produzione « medio » di ciascuna copia del quotidiano La Stampa è superiore al prezzo di vendita praticato alla CEGA.

Tale ultima circostanza si ricava da una immediata analisi dei dati resi pubblici dal bilancio e conto economico 1993 de La Stampa, ove — sia pure per aggregazioni — sono indicate le voci dei ricavi, ivi compresa quella derivante dalla pubblicità, e i costi di produzione.

A proposito del « fattore pubblicità » va subito chiarito che allo stato non sussistono elementi da quali possa desumersi l'asserito (addirittura

automatico) aumento dei ricavi alla voce « pubblicità » — connesso alla più ampia diffusione resa possibile dall'operazione « tandem » — trattandosi di un elemento senz'altro decisivo della strategia aziendale della ELS ma, ai fini che qui interessano, pur sempre eventuale e futuro.

Analoghi rilievi, ad eccezione del dato territoriale-comparato, valgono per la CEGA che in pratica vende ciascuna copia del proprio quotidiano a circa L. 650.

Gli elementi sopra evidenziati rappresentano altrettanti sintomatici indici rivelatori del denunciato *dumping*, considerato che la contrazione di prezzo pratica dalle due testate non trova giustificazione in momentanee difficoltà economiche delle rispettive case editrici, né presenta i connotati propri dell'operazione di lancio pubblicitario, e perciò stesso risulta volta all'acquisizione di nuovi spazi in un mercato fortemente concorrenziale, oltre che caratterizzato da una certa « vischiosità » del rapporto tra domanda e offerta (come è testimoniato dalla frequenza di iniziative che quasi tutte le testate intraprendono per catturare e mantenere l'attenzione dei lettori).

Da queste considerazioni occorre muovere per ampliare la pur sommaria indagine e verificare la sussistenza dell'ulteriore, necessario elemento costitutivo della fattispecie delineata dall'art. 2598, n. 3 cod. civ., vale a dire l'idoneità della denuncia condotta a produrre danno alla società ricorrente.

In tal senso acquistano rilievo considerazioni di varia natura, a partire da quelle già anticipate in ordine alle caratteristiche proprie del settore economico di riferimento, proseguendo con la valutazione della « forza economica » dei soggetti agenti, e quindi della capacità degli stessi di sopportare strategie più o meno penalizzanti nel breve termine, per poi riexpandersi a danno dei diretti concorrenti.

Né occorrono approfondite analisi economiche per comprendere che una testata giornalistica dell'importanza, diffusione ed autorevolezza de La Stampa di Torino rappresenti l'elemento di spiccata caratterizzazione dell'operazione « tandem » in chiave concorrenziale illecita, giacché la predetta testata si propone al pubblico dei lettori della zona in edizione integrale, unitamente ad altro quotidiano a vocazione tipicamente territoriale (anch'esso in edizione integrale), cosicché dall'acquisto al prezzo di tutti gli altri quotidiani (salvo rarissime eccezioni) il lettore ha la possibilità di acquistare un prodotto che presenta davvero caratteristiche « uniche ».

Si pensi soltanto alla convenienza per il lettore di poter *uno actu* fruire dell'indiscussa elevata qualità di alcuni articoli di politica interna e internazionale che La Stampa normalmente contiene, e contemporaneamente attingere a notizie di portata più modesta, ma non per questo meno interessanti, quali quelle di cronaca locale contenute ne Il Corriere di Ravenna.

Per non parlare poi della possibilità per gli inserzionisti di acquistare spazi pubblicitari a costi decisamente convenienti sulle pagine del Corriere di Ravenna, ottenendo l'ulteriore risultato di raggiungere quella fascia di lettori maggiormente interessati alle notizie nazionali che solo grazie all'abbinamento attinge alle notizie locali.

Gli elementi di giudizio fin qui indicati non hanno trovato smentita nelle argomentazioni prospettate dalle società resistenti a mezzo dei reclami, mirando questi ultimi a dimostrare la sostanziale « remuneratività » dei prezzi praticati in zona rispettivamente L. 346 e L. 650 per ogni copia di quotidiano), onde inferirne l'inesistenza della denunciata « vendita sottocosto » e perciò dell'illecito.

In particolare la ELS, sulla cui condotta si sono principalmente incentrate le doglianze della Poligrafici Ed. S.p.A., ha sostenuto che le copie oggetto di cessione giornaliera alla CEGA (per un numero di 3731, comprensivo della resa del 30%) assicuravano un ricavo medio di L. 903.752 al giorno che, a fronte di un costo di produzione di L. 751.470, avrebbe comportato un margine positivo annuo di circa 54 milioni di lire.

Il Collegio non può condividere tale argomentazione per un triplice ordine di considerazioni:

1) in primo luogo la sommarietà dell'accertamento proprio della fase cautelare non consente di effettuare una scelta precisa in ordine ai criteri di analisi economica a mezzo dei quali verificare « in concreto » l'esistenza della c.d. vendita sottocosto, che altrimenti si invaderebbe — e indebitamente — la sfera della cognizione piena, devoluta al futuro giudizio di merito;

2) inoltre, il suggerito criterio di analisi del c.d. costo marginale, elaborato dalla dottrina nordamericana (e dalla stessa poi accantonato a favore del più duttile criterio del « costo medio variabile »), se utilizzato come unico parametro di valutazione può facilmente condurre a conclusioni semplicistiche, come non hanno mancato di osservare autorevoli commentatori (si veda in proposito l'ampia nota ricognitiva a Cass. 21 aprile 1983, su il *Foro it.*, 1983, pp. 1864 ss.);

3) Infine, anche a voler accedere per un momento alla tesi difensiva della ELS, ne rimane indimostrato il dato prioritario, ovvero la circostanza per cui le copie oggetto di cessione alla CEGA (ripetesi in numero di 3731 *pro die*) costituirebbero « produzione ulteriore », alla quale soltanto — secondo le regole di economia aziendale — potrebbero applicarsi la teoria del costo marginale e di conseguenza considerare soltanto i costi di supporto cartaceo, inchiostro, IVA e trasporto.

Concludendo circa l'elemento del *fumus* si deve affermare che l'operazione « tandem » posta in essere dalle odierne reclamanti presenta gravi e precisi elementi sintomatici dell'illecito concorrenziale della specie « vendita sottocosto », come già ritenuto dal giudice di prima istanza, e che pertanto la tutela cautelare è stata sotto tale profilo legittimamente concessa.

Quanto all'altro requisito specifico della predetta tutela, meglio noto come *periculum in mora*, si dolgono le società reclamanti della relativa totale mancanza di allegazione da parte ricorrente, sottolineando in particolare come l'iniziativa giudiziaria della controparte (a differenza di quanto avvenuto a Trieste) sia stata avviata a circa quattro mesi di ritardo dall'inizio dell'operazione « tandem » nel territorio ravennate, e senza che la Poligrafici Ed. S.p.A. abbia nel frattempo registrato un sia pur minimo calo di vendite.

A parere del Collegio tali rilievi sono infondati giacché dall'esame delle norme di cui al comb. disp. degli artt. 2598, n. 3 e 2599 cod. civ. si evince:

1) che il danno ivi considerato è soltanto « potenziale », ovvero è « pericolo di danno » (da sviamento della clientela);

2) che la potenzialità nociva è elemento costitutivo dell'illecito, e quindi deve essere allegata e provata *sub specie* del *fumus boni iuris*;

3) che la repressione dell'illecito concorrenziale in parola prescinde totalmente dalla concretizzazione della predetta potenzialità lesiva, tant'è che l'inibitoria segue per legge l'accertamento dell'illecito, e l'azione di risarcimento danni è meramente eventuale.

Da quanto appena affermato discende direttamente che se la tutela anticipatoria può essere invocata in *subiecta* materia (e ciò costituisce *ius re-*

ceptum in giurisprudenza), non può la parte richiedente essere gravata in tale sede da un onere probatorio che non dovrà assolvere nel futuro giudizio di merito, ove ne è espressamente esonerata dal legislatore.

Sotto il profilo del *periculum* inoltre a nulla può rilevare che la reazione della parte assorbitamente « danneggiata » sia più o meno tempestiva, in quanto il perdurare dell'illecito concorrenziale rende la potenzialità lesiva immanente; né tale elemento può assumere rilevanza con riguardo al giudizio di idoneità (come prospettano le reclamanti), peraltro già risolto in senso positivo, tenuto conto della qualità dei soggetti coinvolti nella presente vicenda nonché della natura stessa del danno paventato dalla ricorrente — lo sviamento di clientela — che può realizzarsi in tempi medio-lunghi (come testimonia l'accordo triennale tra ELS e CEGA), ed è in ogni caso difficilmente riparabile.

Ritiene infine il Collegio di dover disattendere la richiesta di imposizione di cauzione a carico della società ricorrente avanzata in via subordinata dalle odierne reclamanti, in quanto sotto il profilo segnatamente conservativo non è stato neppure allegato il pericolo che la Poligrafici Ed. S.p.A. non sia in grado di risarcire le controparti qualora il giudizio di merito dovesse concludersi con decisione ad essa sfavorevole e, sotto diverso profilo, la qualità delle parti, soggetti economicamente « forti », non giustifica l'imposizione della cauzione a fini di « riequilibrio » della situazione di fatto modificata dal provvedimento anticipatorio.

Va inoltre disattesa la domanda di condanna alle spese proposta dalla Poligrafici Ed. S.p.A. ex art. 96 cod. proc. civ., difettandone i presupposti.

P.Q.M. — 1) conferma l'ordinanza in data 13 agosto 1994 emessa dal Presidente f.f. dott. F.M. Agnoli, respingendo i reclami proposti dalla Editrice La Stampa S.p.A. e Cooperativa Editoriale Giornali Associati;

2) respinge la domanda di condanna alle spese ex art. 96 cod. proc. civ. proposta da Poligrafici Editoriale S.p.A.;

3) fissa per l'inizio della causa di merito il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza.

**VENDITA SOTTO COSTO
COME ATTO DI
CONCORRENZA SLEALE: LA
GIURISPRUDENZA ANCORA
AL BIVIO (OSSERVAZIONI A
MARGINE DELLE VICENDE
GIUDIZIARIE DEI
« GIORNALI-PANINO »)**

Il contesto in cui sono maturate le decisioni in commento è noto ai più. La vivace concorrenza sul mercato dell'editoria quotidiana spinge sempre più i maggiori operatori ad ingegnarsi nella ricerca di espedienti per accaparrarsi nuove quote di lettori. Da qualche tempo in qua, in particolare, diverse imprese editrici di quotidiani a diffusione nazionale hanno volto la propria attenzione a quella parte di mercato tradizionalmente servita dai quotidiani a diffusione locale.

Nei casi di specie, l'Editrice La Stampa S.p.A. ha concluso sulle piazze di Trieste e Ravenna una serie di accordi di somministrazione con gli edi-

tori di alcuni quotidiani locali (per lo più versanti in stato di crisi o addirittura non più pubblicati). Tali accordi prevedevano la successiva distribuzione abbinata de « La Stampa » e del quotidiano locale, ad un prezzo complessivo al pubblico di L. 1.300.

Siffatta strategia, che non sembra avere registrato reazioni negative da parte degli altri editori di quotidiani a diffusione nazionale concorrenti de « La Stampa », verosimilmente impegnati in analoghe operazioni su altre piazze¹, ha invece suscitato le allarmate proteste delle imprese editrici dei quotidiani diffusi nelle zone interessate, le quali hanno invocato tutela per concorrenza sleale, qualificando principalmente il descritto comportamento come vendita sotto costo.

L'iniziativa giudiziaria, nella sua fase cautelare, ha avuto successo presso i Tribunali di Trieste e Ravenna ed è stata reiterata, con esiti meno fortunati, allorché a Trieste l'Editrice La Stampa ha parzialmente mutato la propria strategia, prevedendo che la consegna abbinata del proprio giornale e de « La Cronaca Nord-Est » non fosse più automatica, ma avvenisse a richiesta dell'acquirente, ad un prezzo complessivo di L. 1.500.

Il Tribunale di Trieste ha, in quest'ultimo caso, sostenuto essere insufficientemente provata la non remuneratività del prezzo e la potenzialità monopolistica del comportamento, confermando la revoca del decreto inizialmente emesso dal presidente designato².

Le decisioni così rese costituiscono una buona occasione per riesaminare criticamente i problemi posti dal trattamento della vendita sotto costo come atto di concorrenza sleale, sia con riguardo alla definizione della fattispecie, sia con riguardo ad un profilo solitamente trascurato: quello della determinazione dei criteri atti a valutare se un prezzo di vendita sia considerabile « sotto costo ».

2. È quasi superfluo ricordare che in un regime di libero mercato offrire beni o servizi (il cui prezzo non sia amministrativamente determinato) a prezzi inferiori a quelli praticati dai concorrenti non è certo illecito³. La *price competition* rappresenta uno dei principali terreni — non l'unico — sui quali si svolge la lotta per la conquista di quote di mercato e i ribassi che ne conseguono costituiscono anzi una delle giustificazioni della tutela della concorrenza.

Il problema sorge quando la corsa al ribasso non sia attuata attraverso una riduzione dei costi di produzione o una rinuncia al maggior profitto,

¹ Come dimostra, ad esempio, la vicenda giudiziaria che ha visto protagonista la società editrice del quotidiano « La Repubblica », dalla quale è scaturita l'ordinanza Pret. Genova 21 settembre 1992 (la si veda in questa *Rivista*, 1993, p. 152, con nota di BIANCO). In questo caso, la tutela cautelare invocata dall'editrice del giornale « Il Secolo XIX » è stata negata, sulla base della circostanza che l'Editoriale La Repubblica aveva assorbito l'editrice de « Il Lavoro » e, pertanto, non di vendita di due quotidiani al prezzo di uno si trattava, ma di mera aggiunta, pur sotto il titolo « Il Lavoro », di alcuni fogli di cronaca locale al giornale « La Repubblica ».

Tale strategia non è esclusiva del settore dell'editoria quotidiana. Le decisioni in

commento trovano già precedente in Pret. Milano 10 dicembre 1991, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, p. 402, con cui è stata inibita cautelatamente la prosecuzione di un'operazione analoga, che vedeva come protagoniste due periodici specializzati.

² Il decreto del p.d. del Trib. Trieste 29 luglio 1994, era già stato revocato, radicato il contraddittorio, con l'ordinanza p.d. 18 agosto 1994, del quale è stata omessa la pubblicazione.

³ Per una valutazione, alla luce dell'art. 2598 cod. civ. della vendita a prezzo inferiore a quello imposto dall'autorità, vedi GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1991, p. 325 ss.

ma praticando prezzi inferiori ai costi di produzione del bene o servizio (per il momento ci si accontenti di questa generica indicazione).

La pratica è antica, così come l'avversione ad essa, motivata con la preoccupazione che lo scatenarsi della *cutthroat competition* sfianchi — quando addirittura non atterri definitivamente — alcuni dei contendenti, con vantaggio iniziale, illusorio, del solo consumatore e finale del solo concorrente più forte e spregiudicato.

Nel sistema vigente, la vendita sotto costo costituisce uno di quei comportamenti tipizzati per via giurisprudenziale tra gli atti contrari alla correttezza professionale⁴. Dottrina e giurisprudenza hanno peraltro tradizionalmente limitato il giudizio di illiceità a quei casi in cui a tale pratica si ricorra con l'intento di conquistare una posizione monopolistica, mediante l'espulsione dei concorrenti dal mercato, per poi sfruttarla con l'imposizione ai consumatori di pezzi supraconcorrenziali⁵.

Sotto questo profilo, la vendita sotto costo fa il paio con lo storno di dipendenti, altra figura di comportamento concorrenziale che una parte della giurisprudenza considera illecito solo se qualificato dall'*animus nocendi*, inteso come intento di disgregare l'altrui impresa⁶.

Tale posizione ha fino ad oggi certamente contribuito a mantenere esiguo il numero delle condanne inflitte per vendita sotto costo, relegando al rango di *obiter dicta* le affermazioni di principio che sono state invece dispensate con generosità.

⁴ Per i suoi effetti negativi sullo stesso quadro concorrenziale, la vendita sotto costo rientra poi generalmente tra le pratiche repressive, non senza aspri contrasti in dottrina, dalle legislazioni *antitrust*. In particolare, all'interno di quella statutitense il *predatory price cutting* è considerato uno dei mezzi con i quali può attuarsi la *monopolisation* o l'*attempt to monopolize*, vietati dalla Section 2 dello Sherman Act. Nel diritto europeo della concorrenza, cui si ispira la legislazione entrata in vigore in Italia con la legge n. 287/1990, essa è dalla prassi inserita tra i possibili abusi di posizione dominante, anche se poi non sono numerosi i casi in cui tale violazione è stata accertata. In sede comunitaria, essa ha dato luogo a varie pronunce sul caso Akzo (l'ultima è quella della Corte di Giustizia 3 luglio 1991, causa 62/86, Akzo Chemie BV c. Commiss. CE, in *Dir. comun. e degli scambi internaz.*, 1992, p. 381, con nota di SANFILIPPO; in *Foro it.*, 1992, IV, 81, con nota di MASTRORILLI). In Italia, essa ha costituito occasione di intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel caso Marinzulich/Tirrenia, deciso con il provvedimento del 10 aprile 1992, in *Bollettino dell'Autorità*, n. 7/1992; in tale ipotesi la Tirrenia ha subito una condanna per avere spiorato gli orari e i giorni di partenza dei propri traghetti sulla linea Livorno-

Cagliari, sebbene tale spostamento non apparisse remunerativo, al solo fine di sottrarre clientela alla concorrente Marinzulich.

⁵ Si vedano App. Milano 10 agosto 1956, in *Riv. propr. intell. ind.*, 1956, p. 93; Trib. Napoli 19 maggio 1974, in *Riv. giur. idrocarburi*, 1971, p. 283; Trib. Milano 3 dicembre 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1973, n. 428, p. 1391; App. Milano 22 maggio 1973, *ivi*, 1973, n. 334, p. 658; Id. 23 gennaio 1979, *ivi*, 1979, p. 265; Trib. Verona 28 dicembre 1985, in *Giur. merito*, 1986, p. 532, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 616, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 641; Trib. Milano 30 ottobre 1989, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1989, p. 623; Id. 28 marzo 1991, *ivi*, 1991, p. 460. In dottrina sostengono questa posizione ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, p. 249 ss.; GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da VASSALLI, Torino, 1970, p. 179; PINNARÒ, *Profili soggettivi della concorrenza sleale*, Milano, 1976, p. 35.

⁶ Sul tema vedi MELI, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 165.

Sulla qualificazione soggettiva di taluni atti di c.s., vedi CHIDINI, *op. cit.*, p. 288 ss.

A voler tacere le vivaci critiche che tale indirizzo si era attirato⁷, bisogna infatti considerare come il tentativo di fondare l'illiceità di un comportamento non sulle sue caratteristiche obiettive, ma sulla valutazione dell'intenzione dell'agente — assolutamente naturale nella normale contesa concorrenziale — di prevalere sui concorrenti anche a costo della loro espulsione dal mercato, sia fonte di non lievi difficoltà concettuali⁸.

Va tuttavia sottolineato come, in definitiva, l'indagine sull'intento monopolistico (così come quella sull'*animus nocendi*) non proceda poi certo attraverso l'accertamento di un atteggiamento psicologico, ma piuttosto attraverso la verifica di circostanze di fatto, tra le quali emerge la sistematicità dell'azione, che, agli occhi degli organi giudicanti, sottraggono la pratica ad ogni spiegazione diversa da quella del perseguimento di un fine malizioso⁹.

Parte della giurisprudenza di merito ha tuttavia cominciato ad accogliere l'idea, propugnata, in particolare, dal Mangini¹⁰ e fatta propria, anche se in modo non proprio lineare, dalla Cassazione¹¹, che la sistematica vendita sotto costo, in quanto comportamento economicamente anomalo, debba essere considerata di per sé contraria alla correttezza pro-

⁷ Si veda sul punto MANSANI, *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Milano, 1990, p. 45 s.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Vedi, con riferimento proprio alla vendita sotto costo, GHIDINI, *op. cit.*, p. 322 e dottrina ivi citata in nota.

Tale metodo di rilevamento dell'intento soggettivo viene particolarmente evidenziato dalla giurisprudenza in materia di storno; vedi Cass. 21 novembre 1983, n. 6928, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1984, p. 160 e in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1704; App. Milano 4 dicembre 1981, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1981, p. 650; Id. 14 dicembre 1982, *ivi*, 1983, p. 366; Trib. Torino 16 maggio 1983, *ivi*, 1983, p. 609; App. Roma 23 giugno 1986, *ivi*, 1986, p. 585; App. Milano 13 maggio 1986, *ivi*, 1987, p. 189.

Sulla relazione tra *animus nocendi* e sistematicità del comportamento, vedi MELI, *op. cit.*

Il problema è ben noto, tra l'altro, nel diritto statunitense *antitrust*, in particolare con riferimento all'applicazione della Sec. 2 dello Sherman Act, che sanziona anche l'*attempt to monopolize*. Con riferimento a quest'ambito, le relazioni tra intento soggettivo e obiettiva illiceità degli atti vengono delineate nella controbiezione del Giudice Holmes all'argomentazione che l'intento non può colorare d'illecito atti obiettivamente leciti: «It is suggested that the several acts charged are lawful and that intent can make no difference. But they are bound together as the parts of a single plan. The plan may make the parts unlawful (...) When acts are not sufficient in themselves to produce a result

which the law seeks to prevent, — for instance, the monopoly — but require further acts in addition to the mere forces of nature to bring that result to pass, an intent to bring it to pass is necessary in order to produce a dangerous probability that it will happen (...) But when that intent and the consequent dangerous probability as well as against the completed result» (cit. da HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Minn., 1985, p. 160; la citazione è stata ridotta nella successiva edizione, dal titolo *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, St. Paul., Minn. 1994, cui si riferiscono d'ora in poi i richiami).

¹⁰ MANGINI, *La vendita sotto costo come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 740. Tra gli autori che aderiscono a tale orientamento, si vedano LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1977-79, p. 99 ss.; AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. privato*, diretto da RESCIGNO, vol. 18, 1, Torino, 1983, p. 410; GHIDINI, *op. cit.*, p. 320 ss. Tra le decisioni in tal senso, si vedano Trib. Milano 24 maggio 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1973, n. 339, p. 693; Id. 26 novembre 1979, *ivi*, 1982, n. 1479, p. 120; App. Milano 16 febbraio 1982, *ivi*, n. 1524, p. 357.

¹¹ Si veda, in particolare, Cass. 21 aprile 1983, n. 2743, in *Foro it.*, 1983, I, 1864, con nota di PARDOLESI. La sentenza della Suprema Corte rappresenta, tra l'altro, il primo caso in cui un procedimento per vendita sotto costo si sia concluso con una condanna.

fessionale e possa essere ammessa solo in casi eccezionali. Con tale comportamento, infatti, « da un lato, viene ad essere subdolamente ed illusoriamente fuorviato il giudizio del consumatore, e dall'altro vengono ad essere infrante le regole su cui gli operatori economici confidano, affrontando il mercato nella misura consentita dalla produttività del sistema e delle generali condizioni obiettive della produzione »¹².

Tutte le decisioni in epigrafe aderiscono a tale ultimo orientamento dottrinale e giurisprudenziale.

La lettura degli esiti cui porta tale mutamento di prospettiva non è tuttavia agevole, poiché, come vedremo, il percorso non appare poi svolto in modo del tutto coerente.

Una pregevole eccezione è rappresentata dall'ultima ordinanza pronunciata dal Tribunale di Trieste, che, pur non discostandosi fondamentale-mente da questo orientamento, ne fornisce un'interpretazione peculiare, assai lucida, che, come si avrà modo di approfondire, appare foriera di risultati innovativi interessanti.

3. Per quanto discutibile potesse apparire, il richiamo ad una qualificazione soggettiva dell'illecito appariva ben inserirsi nella tradizione interpretativa giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale, che afferma tutt'oggi in prevalenza di ispirarsi ai principi del buon costume commerciale¹³.

Ciò che si intendeva sanzionare, in questa prospettiva, era il discostarsi del comportamento dell'imprenditore dalle regole del *fair play*, derivate dalla deontologia professionale. Può perciò ben considerarsi come le considerazioni sulla congruità o addirittura sulla reale portata economica dei comportamenti imputati — nella specie, della vendita sotto costo — passassero in secondo piano. Non a caso, la giurisprudenza in materia di vendita sotto costo è incredibilmente povera di analisi economiche che, pure, appaiono indispensabili per comprendere quando un prezzo sia non remunerativo dei costi¹⁴ e quando a pratica di un prezzo non remunerativo sia idonea a ledere i concorrenti.

Di fronte all'abbandono dell'interpretazione soggettiva, cui sembra tendere l'attuale giurisprudenza, ci si trova però di fronte ad un vuoto teorico che va in qualche modo colmato. Bisogna comprendere, infatti, se l'innovazione si riduca, nella sostanza, all'adozione di una presunzione di esistenza della finalità monopolizzatrice, salva prova di fatti giustifica-

¹² *Ibidem*. Per una efficace sintesi dell'orientamento in discorso, vedi AUTERI, *op. cit.*, p. 410.

¹³ Tale orientamento risulta inaugurato da Cass. 31 luglio 1957, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 219, con l'affermazione, divenuta poi uno dei più fortunati *refrain* giurisprudenziali, secondo cui la clausola di correttezza professionale va interpretata alla stregua di un « principio etico universalmente seguito sì da divenir costume ». Vedi, tra le decisioni che vi si sono attenute, Cass. 15 dicembre 1983, n. 7399, in *Mass.*, 1983; App. Milano 19 luglio 1983, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, p. 408; App. Roma 5 dicembre 1988, in *Giur.*

ann. dir. ind., 1989, p. 191; Trib. Catania 15 maggio 1990, *ivi*, p. 524. Su tale indirizzo della giurisprudenza in materia di c.s. si veda, criticamente, GHIDINI, *op. cit.*, p. 277 ss., testo e note.

¹⁴ Già notava tale carenza PARDOLESI, *Vendita sotto costo, annientamento del rivale, concorrenza sleale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1864 ss. Così come le decisioni del Tribunale di Trieste in commento, la Corte di Cassazione, nella ricordata sentenza n. 2743/83, si limita infatti a definire la vendita sotto costo come quella fatta a prezzo « vile », con espressione certo pittoresca, ma il cui significato economico è nullo.

tivi¹⁵, ovvero se essa voglia assecondare la moderna tendenza a reprimere, attraverso la disciplina della concorrenza sleale, anche i comportamenti contrari alla libertà di concorrenza.

Nel primo caso, in realtà, si rimarrebbe all'interno della prospettiva tradizionale, e si avrebbe, semmai, una inversione dell'onere della prova in sede di individuazione della fattispecie, che resterebbe costruita intorno all'intento malizioso.

Nel secondo, invece, l'abbandono dell'indirizzo soggettivo non approderebbe solo ad una posizione di maggior rigore nel sanzionare la vendita sotto costo, ma opererebbe un mutamento delle stesse ragioni fondanti il giudizio di illiceità.

I provvedimenti commentati suggeriscono l'accoglimento della seconda possibilità, cercando, più o meno esplicitamente di espungere l'intento monopolistico delle loro valutazioni.

Pur tenuto conto della stringatezza imposta ai Giudici di Trieste e Ravenna dalla sede cautelare (che non ha, tuttavia, impedito a qualcuno di essi di abbandonarsi a rilievi sarcastici francamente fuori luogo), non può allora evitarsi di sottolineare come, lo si ripete, con l'eccezione dell'ultima ordinanza del Tribunale di Trieste, i provvedimenti in commento si pongano ancora in un punto imprecisato di un percorso evolutivo, la cui meta non appare neppure definita. Ciò nel senso che essi accolgono la tesi oggettiva senza mostrarsi consapevoli delle sue più generali implicazioni teoriche.

Ne scaturisce un'impressione di insufficiente considerazione del quadro sistematico di riferimento e, di conseguenza, la sensazione che l'analisi dei presupposti per il rilevamento della fattispecie sia rimasta ad un livello superficiale.

La verità è che, una volta lasciato il porto sicuro dell'intento monopolistico quale elemento qualificante l'illiceità della vendita sotto costo (e, quindi, della giustificazione « deontologica » della sua repressione), è necessario reperire altrove il fondamento del divieto di tale pratica; altrimenti, le soluzioni proposte assumono le sembianze della petizione di principio e minano la stessa congruità dell'impostazione oggettiva.

A chi scrive appare evidente che, una volta che si giunga a considerare illecito un comportamento perché foriero di disordine rispetto al normale svolgimento della concorrenza, ci si è, magari inconsapevolmente, avviati verso l'accoglimento di una concezione che trasforma la clausola di correttezza professionale da sede di tutela esclusiva degli interessi individuali dei concorrenti a strumento di salvaguardia dell'intero quadro concorrenziale.

Sul piano sistematico, questo indirizzo comporta una revisione della stessa concezione della correttezza professionale. Ci si orienta in tal modo sempre più verso quella interpretazione della correttezza professionale che, individuando nella clausola di correttezza la sintesi dei principi generali riguardanti le attività economiche e, in particolare, il funzionamento del mercato, si richiama alla costituzione economica e alle norme

¹⁵ Il che potrebbe rappresentare un altro che un adeguamento all'impostazione oggettiva dell'illecito concorrenziale voluta dal legislatore, con la quale l'individuazio-

ne di fattispecie caratterizzate colorate soggettivamente si pone in stridente contrasto. Vedi però GIBLINI, *op. cit.*, p. 288 s.

in materia di tutela della concorrenza (originariamente le regole dei Trattati comunitari e, adesso, anche la legge 10 ottobre 1990, n. 287)¹⁶.

Le suddette possibili implicazioni sono state colte dalla più moderna dottrina in materia di vendita sotto costo, la quale ha, in particolare, osservato come il superamento del riferimento al concorrente come soggette della tutela ex art. 2598 cod. civ., in favore di una maggiore considerazione degli interessi del mercato, inserisca, in definitiva, tra le finalità della disciplina della concorrenza sleale gli obiettivi propri della legislazione *antitrust*¹⁷.

A questo punto, però, l'opera di definizione dell'ambito dell'illecito appare appena avviata e lontana dal concludersi. Ed essa si presenta tutt'altro che agevole.

Con riferimento alla fattispecie di nostro interesse, la caduta del comodo schermo costituito dal riferimento a parametri etico-professionali propone agli organi giudicanti una sfida non da poco: cessare di ignorare il vivace dibattito che da tempo interessa la vendita sotto costo come fattispecie di competenza del diritto *antitrust*, ricorrendo anche a criteri di analisi strettamente economici¹⁸.

Detta esigenza si pone, innanzitutto, con riguardo alla definizione di cosa debba intendersi per vendita sotto costo.

In verità, l'onere di chiarire tale punto incomberebbe sui giudici quale che sia la costruzione dell'illecito che venga accolta, ma, certo, la colorazione etica della qualificazione di illecito ha fino ad oggi portato — non inespugnabilmente, ma certo inammissibilmente — a sottovalutarlo.

Non basta. Come si preciserà più avanti, una volta che si siano connesse le ragioni della repressione della vendita sotto costo ad esigenze di tutela

¹⁶ Ci si riferisce a quell'orientamento interpretativo definito normativo o funzionalistico; vedi soprattutto MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, p. 180; ID., *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, p. 237; SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, p. 210 ss.; LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, II, Catania, 1977-79, p. 58. In giurisprudenza, si vedano Trib. Milano 22 marzo 1976 (due pronunce), in *Giur. ann. dir. ind.*, 1976, pp. 319 e 225; Id. 24 maggio 1979, in *Foro pad.*, 1979, I, p. 22; App. Milano 8 febbraio 1983, *ivi*, 1985, I, p. 63; Trib. Verona 28 dicembre 1985, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1986, n. 2010, p. 294 e in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 51 (che ha deciso su un caso di vendita sotto costo da parte di un'impresa a partecipazione statale); Trib. Milano, 30 ottobre 1989, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1989, n. 7454... (anch'essa pronunciata in materia di vendita sotto costo). Non si discosta sostanzialmente da questa impostazione MANSANI, *op. cit.*, p. 78 ss., per il quale si deve pur sempre mantenere come punto di riferimento la posizione delle parti in conflitto, determinando la scorrettezza professionale

di un comportamento sulla base di un giudizio comparativo tra il « maggior rischio economico, dipendente dalle modalità dell'atto concorrenziale, in capo al soggetto passivo di questo » e « l'eliminazione di quel maggior rischio attraverso l'imposizione di un divieto la cui violazione porti all'inibizione della condotta scorretta e all'eventuale risarcimento del pregiudizio arrecato ». Tale proposta (che trova una eco distorta in una delle ordinanze del Tribunale di Trieste), rappresenta in realtà una variante interna al criterio funzionalistico. Essa, prendendo a modello il trattamento dell'illecito civile da parte dei teorici della *economic analysis of law*, reperisce i criteri di risoluzione del conflitto tra le parti (visto in astratto, in sede di costruzione della regola) con riferimento al *welfare* collettivo.

¹⁷ Vedi MANSANI, *op. cit.*, p. 65 ss., il quale, peraltro, si mostra critico nei confronti di tale approdo evolutivo — non meno di quanto lo sia nei confronti dell'indirizzo tradizionale —, perché coglie un insuperabile contrasto tra tale costruzione e la impostazione tutta individualistica della tutela civilistica contro la concorrenza sleale.

¹⁸ Così anche PARDOLESI, *op. cit.*; MANSANI, *op. cit.*, p. 55 s.

¹⁹ Il principale sostenitore della irra-

del mercato, diviene necessario verificare in fase di determinazione dell' idoneità a danneggiare l'altrui azienda la ricorrenza di talune condizioni in mancanza delle quali la sanzione di una vendita sotto costo non ha alcun senso.

4. Procediamo dunque con ordine per la via appena tracciata.

A parte il bombardamento di critiche (non sempre scevre da pregiudizio ideologico) cui da decenni viene sottoposto il *predatory price cutting*, già con riferimento alla sua stessa razionalità e convenienza¹⁹, le prime gravi difficoltà nel trattamento di tale figura investono l'individuazione di un criterio che consenta di stabilire quando un prezzo possa considerarsi non remunerativo rispetto ai costi.

Consapevolezza del problema è manifestata dal Tribunale di Ravenna e, soprattutto, dal Tribunale di Trieste, nell'ultima delle pronunce. Se il secondo non ha purtroppo modo, per motivi di ordine processuale, di mettere all'opera le metodologie cui dichiara adesione, il primo si rifugia dietro i limiti della cognizione sommaria e finisce col non applicare qualsivoglia principio. In altri casi, si giunge alla soluzione dell'illegittimità attraverso una serie di presunzioni riferite, ad esempio, ai prezzi a cui, dopo la cessazione — a partire dal 1988 — del regime di amministrazione, vengono mediamente venduti i quotidiani italiani.

Lo sbrigativo metodo lascia perplessi. Esso può forse dare risultati soddisfacenti, anche a volere considerare le esigenze di urgenza che presiedono al procedimento cautelare, solamente quando la non corrispondenza tra costi e ricavi sia assolutamente palese. Ad esempio, nel caso di rivendita di materie prime a prezzo inferiore di quello d'acquisto, che deve essere, naturalmente, noto. La possibilità di portare a casa qualche successo in occasione di casi limite non deve però far venire meno l'irrinunciabile esigenza di stabilire un criterio e le sue modalità di applicazione. Altrimenti, sul grado di difficoltà della prova si finirà con l'edificare una ingiustificata disparità di trattamento giudiziario tra *price cutters* grossolani e *price cutters* più accorti.

Nei procedimenti esaminati a tale rischio puntualmente non si sfugge. Di fronte ad un incremento di poco più del 15% del prezzo di vendita dei quotidiani abbinati, il Tribunale di Trieste ha ritenuto (giustamente) insufficientemente provata la sua non remuneratività, mentre il Tribunale di Ravenna, che con tale nuova evenienza non si è trovato direttamente a che fare, richiamandola nella motivazione in via di ipotesi, ha affermato con sicurezza la permanenza dell'illecito.

L'impressione è che le corti tirino un po' a indovinare, sulla base di considerazioni di buon senso ed esperienza che di fronte a fenomeni come quelli esaminati si mostrano insufficienti. Eppure, il dibattito tra gli studiosi delle legislazioni *antitrust* sulla nozione di « sotto costo » ha fino ad oggi manifestato un ventaglio di posizioni chiare, anche se non è approdato a conclusioni risolutive (il che non è, però, una buona ragione per sfuggire il problema!).

zionalità del *predatory pricing* è Mc GEE, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) case*, in *Journ. of Law and Economics*, 1958, p. 137. Vedi una sintesi delle

obiezioni che sono state mosse in tal senso in PARDOLESI, *op. cit.*

Come è noto, per gli economisti nella nozione generale di « costo » sono presenti componenti diverse. Si distingue così il costo marginale, che è il costo affrontato per produrre una unità in più di prodotto, dal costo totale di produzione, che, a sua volta, annovera i costi fissi e i costi variabili. I costi fissi sono destinati a non variare in un dato lasso di tempo con il variare delle unità di prodotto. I costi variabili variano direttamente con il variare del numero di unità prodotte.

La soluzione proposta dalla dottrina statunitense, che per prima ha affrontato di petto l'argomento, è di considerare predatorio solo il prezzo che non copre il costo marginale, valutato con riferimento al breve periodo²⁰. Tuttavia, le insormontabili difficoltà all'accertamento del costo marginale hanno portato la medesima dottrina ad individuarne un surrogato nel costo medio variabile, cioè nella cifra che risulta dalla sottrazione dei costi fissi dal costo totale e dalla successiva divisione per il numero di unità prodotte. Tale criterio, inizialmente accolto entusiasticamente dalla giurisprudenza, è stato fatto bersaglio di aspre critiche²¹. In particolare, per un verso si è sostenuto che il riferimento al costo medio variabile rappresenta un surrogato inadeguato a sostituire quello al costo marginale, per un altro, che lo stesso ricorso, come parametro ideale, al costo marginale può fornire risultati errati. Si verifica così che, se è per lo più vero che i prezzi inferiori ai costi di riferimento sono predatori, non è escluso che i prezzi superiori a tali costi — e, dunque, in base al *test* proposto, esenti da sospetto — in realtà lo siano. Detto in breve, è ben possibile che un'impresa manovri la produzione ed il prezzo dei propri prodotti in modo da mantenersi un po' più in alto del costo medio variabile, ma più in giù del costo marginale; così come è possibile che appaia predatorio il prezzo praticato da un'impresa in difficoltà, con problemi di eccesso di produzione; ed è, infine, possibile che imprese in posizione dominante, su mercati in cui hanno rilievo le economie di scala, manovrino in modo da creare capacità in eccesso nel momento in cui si appresta l'ingresso di un nuovo concorrente, abbassando al contempo il prezzo, senza portarlo al di sotto del costo marginale o del costo medio (c.d. *strategic entry deterrence*)²². In tal modo, l'aspirante entrante si trova a non potere raggiungere la scala di efficienza minima (MES)²³ e, piuttosto

²⁰ AREEDA - TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), ripreso poi in *Antitrust Law*, Boston, 1978, § 710-22. Ma si veda anche POSNER, *Antitrust Law: An Economic perspective*, Boston, 1976, p. 184 ss., che, a differenza dei precedenti, ritiene che la valutazione prognostica del costo marginale debba essere effettuata con riferimento al lungo periodo. Il che inserisce varianti di non poco conto. Sulla relazione tra i costi di breve e di lungo periodo, si veda la piana esposizione di LIPSEY, *Introduzione all'economia*, Milano, 1993, p. 210 ss.

²¹ Si veda MANSANI, *op. cit.*, p. 35 ss., in nota, 53 ss. Vedi riassunte le principali obiezioni al test di Areeda e Turner in HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 301 ss. I più rilevanti

contributi statunitensi al dibattito sul *predatory prices* sono stati raccontati in *The Journal of Reprints for Antitrust Law & Economics*, vol. X (1981) e vol. XVII (1988).

²² Vedi le relative dismostrazioni in HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 303 ss.

²³ Il MES viene definito come la dimensione minima dell'impresa che può ottenere tutte le economie disponibili di larga scala. Vedi, per una spiegazione elementare, LIPSEY, *op. cit.*, p. 273.

Per una valutazione del *predatory pricing* nella prospettiva strategica, vedi WILLIAMSON, *Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behaviour*, Oxford and Cambridge, Mass., 1987, p. 233 ss.

che operare in perdita, rinuncia ad entrare nel mercato. Ciò senza che possa essere formulata alcuna valutazione di *predatory pricing*.

Non è questa la sede per riesaminare tali argomenti, esposti in modo assai sommario. Emerge però, dalla loro stessa complessità, l'esigenza che il giudice cui è sottoposto un caso di vendita sotto costo un criterio di riferimento comunque lo assuma e che, alla base della soluzione che decida di adottare, sia posta la conoscenza dei dati indispensabili alla formulazione di una diagnosi.

Nei casi oggetto del nostro esame, l'indagine è complicata da alcune circostanze. In primo luogo, non si è in presenza di un ribasso del prezzo, bensì di un aumento della quantità offerta, con mantenimento dell'originario prezzo. Il che potrebbe già di per sé inserire nella valutazione dei costi possibili riduzioni, relative, ad esempio, a quelli di distribuzione. In secondo luogo, che il prezzo riguarda la vendita abbinata di due prodotti non omogenei, provenienti da due diverse imprese, una delle quali, per di più, non smercia l'intero *output* all'interno del mercato di riferimento. Avrebbero dovuto allora essere valutati i costi di entrambe le imprese, per comprendere chi avesse eventualmente venduto sotto costo il proprio quotidiano; ben essendo possibile — oltre che la riduzione dei rispettivi costi a seguito della distribuzione congiunta e un incremento degli introiti pubblicitari — che la cooperazione fosse attuata in modo da realizzare semplicemente una rinuncia di entrambe le imprese ad una parte dei profitti. Avrebbe potuto anche emergere che il sacrificio maggiore veniva invece affrontato da una sola impresa, la più forte, in grado di attuare una *cross subsidiation* con i profitti incamerati sul resto delle vendite (di tali margini di profitto nei provvedimenti non si parla neppure, se non per cenni indiretti) e più disposta a rischiare qualcosa per entrare in un nuovo mercato, anche sulla base di considerazioni non solamente economiche. Non si trascuri che si sta parlando di quotidiani e non di merce qualunque, il che, come vedremo, può inserire nell'indagine ulteriori variabili.

Sono solo congetture, ma all'approfondimento di questi punti non ci si può sottrarre se si vuole definire in modo chiaro il comportamento sleale imputato alle imprese.

5. Se si torna a discutere dei profili giuridici della vendita sotto costo, non può sfuggire come l'abbandono dell'elemento soggettivo dell'intento di monopolizzare il mercato, in favore dell'obiettiva considerazione della pratica del sotto costo, imponga anche una ridefinizione della direzione in cui sviluppare l'indagine sulla idoneità a danneggiare l'altrui azienda, ma, soprattutto, l'assegnazione di un diverso peso di questa indagine nell'economia della costruzione della fattispecie.

È facile rilevare che il *price cutter* danneggia nella prima fase della sua azione solamente se stesso²⁴. Il danno patrimoniale che egli con certezza si infligge (e che cresce con l'incremento delle quantità vendute) dovrebbe essere compensato, però, dalla possibilità di praticare prezzi più elevati una volta ottenuta l'eliminazione dei concorrenti e raggiunta così la agognata meta del monopolio.

²⁴ Vedi PARDOLESI, *op. cit.*; MANSANI, *op. cit.*, p. 49 ss. Una serie di critiche alla razionalità economica della vendita sotto costo riguarda proprio la probabilità che

il danno subito possa poi effettivamente essere più che compensato, in mercati non protetti da forti barriere all'ingresso.

La sede non consente di affrontare gli argomenti critici che hanno accompagnato la fattispecie lungo tutta la sua storia. Diamo dunque per buono il quadro strategico nel quale la vendita sotto costo viene, alquanto restrittivamente, inserita²⁵.

Ora, se si fonda la repressione della pratica sull'accertamento del perseguimento di una strategia « monopolistica », diviene, almeno in teoria, facile ipotizzare il tipo di danno, rilevante per l'art. 2598 cod. civ., che può scaturirne: lo sviamento della clientela dei concorrenti che non riescono a seguire il *price cutter* nel ribasso, fino alla loro eventuale espulsione dal mercato²⁶. Non vi è, infatti, dubbio che, con giudizio prognostico, il potenziale danno debba connettersi, secondo il nesso di causalità, alla direzione del comportamento considerato illecito. Dunque, se il comportamento illecito non è la vendita sotto costo *tout court*, ma la vendita sotto costo *finalizzata alla predazione*, l'idoneità al danno va valutata rispetto ai possibili effetti diretti *sui concorrenti* della strategia predatoria.

In questo disegno, la fattispecie antiggiuridica viene costruita attraverso l'osservazione di un comportamento e l'individuazione di un progetto ad esso sottostante; il giudizio sulla *possibilità* che quel progetto vada a buon fine (buono per chi lo ha concepito, ovviamente!) rappresenta poi una condizione per la sua sanzionabilità.

Anche se, dunque, nello schema legislativo la sanzione del comportamento sleale riposa in misura uguale sugli esiti di due distinte fasi del giudizio, la suddetta impostazione tradizionale consente alla giurisprudenza di formulare nella seconda fase, quella della individuazione dell'idoneità al danno, un giudizio a maglie assai larghe, fin quasi a ridurne l'affermazione ad una clausola di stile²⁷.

Per chi, invece, respinge la costruzione teleologica, la pratica, come si è visto, deve essere valutata illecita in quanto tale. Cancellato l'elemento qualificante del progetto di monopolizzazione, i problemi sono però tutt'altro che risolti e possono riassumersi in due domande, per le quali vanno costruite risposte coerenti con l'indirizzo accolto:

1) Se la vendita sotto costo è oggettivamente sleale, come si giustificano le eccezioni?

2) Come va giudicata l'idoneità lesiva del comportamento?

Riguardo alla prima domanda. È noto che anche i sostenitori della tesi oggettiva sono costretti ad ammettere che il comportamento può conoscere delle circostanze scriminanti, individuate per lo più nell'effettuazione di vendite straordinarie di liquidazione e di campagne di lancio di un prodotto²⁸. Eppure, in questi casi il comportamento descritto (vendere sotto costo) è identico a quello considerato oggettivamente antiggiuridico. Alla

²⁵ Le valutazioni sul tipo di quella di **WILLIAMSON**, *op. cit.*, sono interessanti, tra l'altro, perché evidenziano come lo schema concettuale che vede la vendita sotto costo semplicemente in veste di pratica monopolizzatrice sia semplicistico e individuano altri contesti in cui possa maturare un comportamento di *price cutting*.

²⁶ **PARDOLESI**, *op. cit.*, critica anche la possibilità che la prima parte della strategia sortisca effetti presso il pubblico. Tale criti-

ca si basa sull'assunto — discutibile — della razionalità del consumatore finale e sulla possibilità che la manovra venga smascherata, impedendo che essi si facciano complici del *price cutter*.

²⁷ Vedi, sul punto, **GHIDINI**, *op. cit.*, p. 291 s.

²⁸ Si tratta delle vendite sotto costo « difensive »; vedi **MANSANI**, *op. cit.*, p. 38, testo e nota.

ricerca di una giustificazione per tale disparità di trattamento, parte della giurisprudenza e della dottrina finiscono col trovarla nella... assenza dell'intento monopolistico²⁹!

Non è necessario scomodare l'hegeliana dialettica degli opposti per comprendere che non si può dare rilievo giuridico all'assenza dell'intento monopolistico, senza con ciò riconoscere implicitamente lo stesso rilievo anche alla sua presenza. Così si fa però rientrare dalla finestra la valutazione soggettiva del comportamento come fonte della sua illiceità, smascherando, di conseguenza, l'illusione di essersene per sempre liberati.

Bisogna dunque trovare una spiegazione del divieto e delle sue eccezioni che consenta di sfuggire a questa trappola logica.

Neppure la risposta solitamente fornita alla seconda domanda appare confortante. Come dimostra la giurisprudenza (e i provvedimenti esaminati ne sono un esempio), l'idoneità a danneggiare viene tuttora riferita al pericolo per la permanenza del concorrente sul mercato; si richiama cioè di nuovo il rischio tipicamente connesso alla valutazione della vendita sotto costo come attività diretta all'espulsione dei concorrenti, con una costruzione che non appare più coerente con l'idea dell'antigiuridicità *per se* della pratica.

D'altro canto, tale allineamento su schemi tradizionali, che rende incoerente tutto il disegno, è frutto della suaccennata adesione ad un orientamento, quello oggettivo, del quale non si comprendono bene, in realtà, le coordinate teoriche.

A mio avviso, se si vuole mantenere la posizione oggettiva, l'unica possibilità di delineare l'ambito dell'antigiuridicità risiede nella valorizzazione del profilo degli effetti della pratica quale elemento qualificante l'illecito³⁰.

Ciò vuol dire, come ha ben argomentato il Tribunale di Trieste, valutare l'illegittimità di una vendita sotto costo sulla base della sua idoneità a produrre un danno. Il che comporta il capovolgimento dell'affermazione adesso ricorrente in giurisprudenza, per cui la vendita sotto costo è *sempre* illecita, salvo alcune circostanze in cui può ammettersi la sua liceità.

La vendita sotto costo, in realtà, non è di regola illecita. Lo sarà solamente dove essa sia idonea a produrre il suddetto effetto dannoso.

Tale potenziale effetto non può che essere rilevato nell'ambito del giudizio sulla idoneità al danno. Questa, nel tipo di fattispecie che si sta esaminando, viene dunque promossa da condizione di punibilità ad elemento qualificante dell'illecito³¹. Risulta così possibile individuare pratiche di vendita sotto costo scriminabili senza scomodare le loro finalità e si ottiene anche di impedire che la rinuncia alla qualificazione in chiave soggettiva dell'illecito porti alla dissoluzione della stessa fattispecie.

A questo punto, è però evidente che, come avviene per tutti gli atti scorretti in quanto potenzialmente lesivi per il mercato, il giudizio sull'idoneità

²⁹ Tale contraddizione è ben colta da MANSANI, *op. cit.*, p. 48.

³⁰ Si tratta di quello spostamento del giudizio dall'intento soggettivo alla *dangerous probability*, di cui parla HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 254 ss.

³¹ Tale commistione tra giudizio di correttezza e giudizio di lesività è ben colto da GHIDINI, *op. cit.*, p. 295 s., come tipico di

quelle categorie di atti concorrenziali (quali, appunto, la vendita sotto costo) per i quali « la qualificazione dell'atto come professionalmente scorretto ovvero corretto è influenzata dalla considerazione di quegli stessi elementi specializzanti che conferiscono all'atto una più intensa capacità lesiva rispetto al *genus* di attività concorrenziali cui esso può ricondursi ».

al danno nella vendita sotto costo non può più seguire la via tradizionale: cioè quella che passa per la considerazione del profilo del potenziale sviamiento di clientela con possibile espulsione del concorrente, strettamente legato come abbiamo visto, all'impostazione individualistica. Dovrà invece considerare i possibili danni che il comportamento possa infliggere alle condizioni stesse in cui si svolge la concorrenza.

Può trovare così conferma, almeno per dette categorie di atti, l'opinione espressa da una dottrina rimasta minoritaria³², per cui il danno cui bisogna guardare non è solo il danno patrimoniale, ma anche il danno all'attività, il quale consiste nella influenza che il comportamento sleale esercita sull'intero mercato, costringendo chi vi opera ad adeguare la propria strategia commerciale. Il mercato sarà infatti « altro » da quello che sarebbe altrimenti stato e i concorrenti, volenti o nolenti, si troveranno ad affrontare condizioni diverse da quelle previste. Ciò a prescindere dal potenziale effetto delle alterazioni sulla distribuzione della domanda tra i diversi concorrenti.

Ma secondo quali criteri può valutarsi, sia pure in via d'ipotesi, l'effetto di un comportamento sul mercato?

Qui soccorrono i principi della legislazione *antitrust*. Solo le imprese che riescano, in qualche modo, a sottrarsi ai meccanismi correttivo-sanzionatori della concorrenza sono infatti in grado di porre in essere comportamenti, quali le vendite sotto costo, che impediscono l'instaurazione o il mantenimento di un certo grado di concorrenza sui mercati³³.

La legge *antitrust* italiana prevede che ciò possa verificarsi nel caso in cui una o più imprese si trovino in posizione dominante (art. 3, legge n. 287/1990) e, nell'interpretazione datane, punisce solo in questo caso la vendita sotto costo.

Possiamo dunque concludere che un caso tipico in cui la vendita sotto costo sarà da considerarsi senz'altro illecita è quello della sua attuazione da parte di imprese in posizione dominante. Il che non vuol dire che questo caso sia l'unico (l'orientamento del Tribunale di Trieste su questo punto appare eccessivamente restrittivo). La normativa *antitrust*, ai fini dell'interpretazione della clausola codicistica di correttezza, definisce principi e obiettivi, al di là del disposto dei singoli precetti. Ne deriva che ogni vendita sotto costo posta in essere da un'impresa che, pur non rivestendo una posizione dominante ai sensi della legge *antitrust*, goda della possibilità di danneggiare il mercato, dovrà essere considerata potenzialmente lesiva e, dunque, contraria alla correttezza professionale.

In presenza di pratiche come quella esaminata, non può evitarsi, pertanto, di considerare innanzitutto le caratteristiche del mercato in cui l'a-

³² RAVÀ, *Diritto industriale*, II, Torino, 1981, p. 172 ss.; PINNARÒ, *Profili soggettivi della concorrenza sleale*, Milano, 1976, p. 108 ss.; LIBERTINI, *Diritto industriale*, II, Catania, 1977-79, p. 60 ss.; *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *La concorrenza e i consorzi*, Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia, diretto da GALCANO, IV, Padova, 1982, p. 242 ss. e, ultimamente, in *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in

Contratto e impresa, 1987, p. 85. Per una critica a tale indirizzo, vedi AUTERI, *op. cit.*, p. 368; MANSANI, *op. cit.*, p. 63, nt. 53.

³³ Nota HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 254 ss., come pur a fronte del precetto soggettivamente indeterminato di cui alla Sec. 2 dello Sherman Act, determinate pratiche, quale appunto il *predatory price cutting*, sono concepibili soprattutto se poste in essere da un'impresa già dotata di potere sul mercato.

gente si muove, la posizione che egli vi riveste, anche in relazione a quella degli altri concorrenti, o quella che riveste in un mercato contiguo, la sua forza finanziaria (la c.d. *deep pocket*), così come ogni altra circostanza rilevante.

6. Se si guarda ai casi decisi con i provvedimenti in epigrafe, può cominciare a supporre che esista più di un mercato su cui valutare le posizioni dei contendenti. Si può, senza pretesa di completezza, ipotizzare che esista un mercato dei quotidiani a prevalente vocazione locale ed uno a prevalente vocazione nazionale, caratterizzati da esigenze differenti dei consumatori e, dunque, dall'offerta di prodotti diversi. Il primo mercato ha dimensione geografica limitata ad un ambito locale da determinarsi (comunale, provinciale, interprovinciale, regionale, interregionale, ecc.) e vede offerti quotidiani in cui le notizie e i servizi locali hanno la prevalenza, mentre la parte dedicata alle notizie nazionali ed internazionali è ridotta e, spesso, si limita a parafrasare le notizie delle agenzie, senza, per lo più, offrire commenti originali di grandi firme. Il secondo mercato, invece, ha dimensione pari a tutto il territorio nazionale, e vede, quanto a contenuti, una situazione capovolta³⁴.

Se si considera la situazione oggetto delle controversie, si nota che « La Stampa » agisce sul primo mercato e su di esso non riveste alcuna posizione di preminenza rispetto agli altri quotidiani a diffusione nazionale, che potrebbero perciò facilmente contendergli gli spazi che, con il supposto sacrificio finanziario, cerca di accrescere³⁵. Sul secondo mercato, tranne che, in Piemonte, « La Stampa » non opera. Ognuno sa, per esperienza, che nelle preferenze dei lettori, il quotidiano nazionale non sostituisce quello locale, piuttosto lo affianca. Semmai, vi sono molti lettori che acquistano unicamente il quotidiano locale. Il *partner* de « La Stampa » nelle operazioni in questione, opera solo sul secondo mercato. O meglio, è destinato ad operarvi, visto che si tratta, in entrambi i procedimenti, di testate che hanno ripreso la pubblicazione solo in occasione dell'abbinamento. Si tratta, dunque, di concorrenti meno che deboli sul mercato di loro riferimento. Anche il quotidiano che si assume aggredito, opera sul secondo mercato, sul quale gode generalmente di una vera e propria posizione dominante (ciò è sicuro con riferimento al caso de « Il Piccolo » di Trieste); posizione che si può ritenere assai solida, come sa chiunque abbia tentato l'ardita impresa di avviare iniziative concorrenti con la testata radicata *in loco* da decenni (talvolta anche da più di un secolo) ed è stato in breve costretto a ritirarsi in buon ordine. Tale posizione è, infatti, garantita da solide barriere all'accesso, costituite in primo luogo, si può ancora supporre, dall'attaccamento dei lettori alla testata tradizionale (che gli stessi giudici evidenziano), ma anche dal possesso di una rete collaudata di corrispondenti nelle province (certo, chiunque può trovarsi dei corrispondenti, il difficile è inserirli in quel giro di rapporti che consente di controllare il contesto locale), nonché dal presumi-

³⁴ Per un esempio di ripartizione del mercato dell'informazione, con riferimento alla vendita di spazi pubblicitari, vedi il parere rilasciato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, il 1° dicembre 1994, II02C, Publitalia 80/S.P.E./

S.P.I., in *Bollettino dell'Autorità*, n. 51-52/1994.

³⁵ È, infatti, evidente che l'operazione, letta in giudizio tutta in chiave di « aggressione » alle testate locali, può essere anche vista come tentativo di sottrarre spazi di mercato alle altre testate nazionali.

bile vantaggio nel convogliare la pubblicità locale, talvolta conferito da rapporti di comunanza di controllo con talune emittenti televisiva locali³⁶.

A parte queste considerazioni sulla posizione dei soggetti coinvolti, si può tranquillamente affermare che sul mercato dei quotidiani la concorrenza di prezzo non ha quell'importanza decisiva che i giudici le attribuiscono. Non è azzardato supporre che detto mercato, per la peculiarità della merce che viene scambiata, presenti una domanda pochissimo elastica in dipendenza del variare dei prezzi. Grazie al cielo, il primato dell'economia non è ancora giunto al punto da far correre tutti ad acquistare un quotidiano anziché un altro per risparmiare qualche centinaio di lire! Anche se proprio questo sembrano ritenere quasi tutti i provvedimenti commentati, ipotizzando che la pratica di un prezzo ridotto possa innescare conseguenze catastrofiche a carico della testata locale.

Se alcune delle supposizioni formulate qui senza pretesa di completezza sono verosimili, si comincia a sospettare che, nella migliore delle ipotesi, le decisioni commentate — ancora con l'eccezione dell'ultima ordinanza del Tribunale di Trieste — abbiano fronteggiato un periodo immaginario e, nella peggiore, abbiano addirittura impedito che qualche altro operatore attaccasse la solida posizione dominante della testata locale. In breve, esse, dopo aver affermato un orientamento che vuole essere innovativo, sono approdate al sorprendente esito di garantire la tradizionale protezione professional-corporativa ai soggetti già operanti sul mercato, a scapito dei nuovi entranti e dunque, in definitiva, dell'ampliamento della concorrenza.

7. La vicenda esaminata conferma una volta in più che la vendita sotto costo rappresenta una fattispecie di difficile costruzione teorica e di difficilissima gestione pratica.

Le decisioni del Tribunale di Ravenna mostrano, con alcune intuizioni non ulteriormente sviluppate, di volere ampliare il campo di indagine al di là della fattispecie della vendita sotto costo.

Esse danno così modo di considerare sotto diversa luce i comportamenti denunciati e di chiedersi se nell'esame dei casi fosse possibile ipotizzare altri punti di possibile contrasto dei comportamenti dedotti in giudizio con la clausola di correttezza professionale.

In fase di individuazione di quella delle due imprese convenute che avrebbe venduto in perdita, il Tribunale di Ravenna rileva la posizione unitaria delle due imprese editrici dei quotidiani venduti in tandem (l'Editrice La Stampa e la Cooperativa Editoriale Giornali Associati), nella conduzione di una strategia che vede entrambe perseguire interessi distinti ma convergenti. Lo spunto non ha seguito, ed è evidentemente utilizzato dal decidente per considerare entrambe le imprese come agenti in concorso tra esse, ma potrebbe essere utilmente sviluppato in altra direzione, considerando che esso fa comprendere come ciò che si imputa ai due presunti *price cutters*, al di là della vendita a prezzi non remunerativi, sia la conduzione in comune di una strategia di attacco al mercato. La traduzione in principi legali di tale imputazione resta assente e si può tentare di fornirla.

³⁶ Valutazioni di tal segno sono già comuni nella giurisprudenza di diversi paesi in materia di vendita sotto costo co-

me atto di concorrenza sleale. Per riferimenti, vedi MANSANI, *op. cit.*, p. 31 s., testo e note.

Se, come abbiamo affermato, i principi in materia di tutela della concorrenza possono contribuire a determinare il possibile contenuto della clausola di correttezza professionale, non si vede perché, come si è già suggerito in precedenza, non debba essere considerato scorretto, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., l'accordo stipulato tra due o più imprese « che abbia per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza », secondo quanto recita l'art. 2 della legge *antitrust*.

In un caso del tipo di quello esaminato, l'accordo tra due imprese potrebbe, in astratto, essere valutato in questa chiave senza la necessità di andare a verificare se la vendita congiunta dei due giornali sia o meno remunerativa dei costi.

In concreto, tuttavia, mi sembra che nelle ipotesi considerate manchi proprio il fondamentale presupposto per considerare scorretta sotto questo profilo l'operazione proposta: cioè la valenza anticoncorrenziale dell'oggetto dell'accordo. Anzi, per quanto già detto sopra, l'accordo ha una portata proconcorrenziale. Esso interviene tra soggetti che, in sua mancanza, non riuscirebbero neppure ad entrare nel mercato dominato dalla testata locale³⁷.

Dovrebbe altresì considerarsi che un accordo eventualmente anticoncorrenziale il quale, come ammettono gli stessi giudici di Ravenna, anziché peggiorare le condizioni del mercato, estenda l'offerta a vantaggio dei consumatori, spingerebbe un'autorità *antitrust* a valutare la possibilità, quantomeno, di concedere una esenzione. Ed anche il tipo di considerazioni sulla base delle quali tale esenzione potrebbe essere concessa dovrebbe rientrare nell'armamentario valutativo del giudice che decida in materia di concorrenza sleale.

VINCENZO MELI

³⁷ È significativo che la Commissione CE, con la decisione 27 luglio 1990, nella procedura 446/1990, Konsortium ECR 900, in *G.U.* n. L228, del 22 agosto 1990, p. 31, abbia proprio concesso un'attestazione negativa ad un consorzio costituito per partecipare alle gare d'appalto per lo

sviluppo e la commercializzazione di sistemi di telefonia cellulare GSM in vari paesi membri, in quanto ha ritenuto che l'urgenza delle gare e la gravosità degli impegni finanziari e di materiale umano rendessero impossibile per le imprese affrontare individualmente lo sforzo.