

PRETURA ROMA (ordinanza) _____
28 MARZO 1987

ESTENSORE:

FIGORE

PARTI:

ISVEMA S.R.L.
(Avv. Rocchetti)

ANICAFLASH
(Avv. Antonelli)

Radiotelevisione • Società di promozione cinematografica • Sconti di fedeltà • Concorrenza sleale • Configurabilità.

La concessione di sconti di fedeltà, da parte di una società preminente sul mercato della produzione e distribuzione delle rubriche televisive di pubblicità cinematografica, a chi si avvalga esclusivamente dei propri servizi, costituisce atto di concorrenza sleale, per violazione dei principi di correttezza professionale, ex art. 2598, n. 3; a questo riguardo sono esplicativi l'art. 86 del Trattato CEE e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Con ricorso depositato in data 7 gennaio 1987, la Società Isvema r.l., operante nel settore della produzione della distribuzione delle rubriche televisive di pubblicità cinematografica, ha chiesto che, in via d'urgenza e cautelare e tramite inibitoria e diffusione televisiva e su periodici della stessa inibitoria, si sanzioni l'attività di concorrenza sleale che vuole realizzata dalla società Anicaflash r.l. con la divulgazione di notizie screditanti la solvibilità di essa ricorrente o di altra impresa concorrente e con l'offerta dei propri servizi di promozione cinematografica sulle reti televisive a prezzi sottocosto e differenziati se usufruiti in esclusiva, diffusione ed offerta — queste — finalizzate all'eliminazione della concorrenza ed all'acquisizione di un monopolio di fatto del relativo settore commerciale.

La società Anicaflash r.l. si è costituita ed ha resistito alla domanda avversaria di provvedimento di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ., eccependo l'insussi-

stenza dei relativi presupposti e, segnatamente, contestando la ricorrenza delle dedotte ipotesi di concorrenza sleale.

OSSERVATO IN DIRITTO. — 1. Preliminarmente, e con riguardo specifico alle contestazioni mosse dalla società resistente in ordine al provvedimento d'urgenza richiesto — che vuole di contenuto generico — e alla sussistenza del relativo presupposto del pregiudizio imminente ed irreparabile, va osservato che è ormai *ius receptum* nella giurisprudenza di questo ufficio:

a) che la funzione stessa del provvedimento d'urgenza di assicurazione provvisoria degli effetti della futura decisione sul merito e la struttura stessa del relativo procedimento, speciale rispetto a quello ordinario, escludono l'applicazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art. 112 cod. proc. civ., rimettendo al giudice — al di là delle manchevolezze o delle indicazioni specifiche della parte — la scelta della misura cautelare più idonea, secondo le circostanze del caso concreto e nell'equo temperamento dei contrapposti interessi delle parti;

b) che il danno da concorrenza sleale, qual è quello prospettato dall'odierna società ricorrente, è danno non completamente risarcibile, irreparabile appunto, perché afferisce alla qualità ovvero al bene aziendale dell'avviamento dell'impresa, che per sua natura non è reintegrabile in forma specifica, né per equivalente in misura compiuta. È danno imminente, poi, per quanto perdurino l'attività concorrenziale illecita ovvero i relativi effetti pregiudizievoli.

2. Orbene, la questione di concorrenza, sollevata dalla società ricorrente, va risolta secondo le attese di questa; e tanto, ad una deliberazione sommaria della stessa questione, com'è dovuto in questa sede cautelare, sulla scorta delle difese assunte e dei documenti prodotti, utili alla bisogna.

Ed invero, esclusa — per la palese mancanza di allegazione specifica e di prova — l'ipotesi di concorrenza sleale per denigrazione (la società ricorrente ha genericamente prospettato in ricorso la diffusione ad opera della controparte di notizie screditanti la sua solvibilità

ovvero la solvibilità di altra impresa concorrente, riservandosi una più compiuta illustrazione al riguardo, che poi non ha svolto, né offerto di provare), la realizzazione di un'ipotesi di concorrenza illecita nella forma particolare della violazione dei principi della correttezza professionale (art. 2598, n. 3 cod. civ.) è evidenziata, nella specie, dall'esame complessivo delle vicende, che hanno interessato in questi ultimi tempi il settore della produzione e della distribuzione delle rubriche di pubblicità cinematografica destinata ai circuiti televisivi privati, e, segnatamente, della politica dei prezzi differenziati, seguita dalla società resistente, nel contesto generale dell'antagonismo esistente tra questa stessa impresa, la società ricorrente e la società RTA r.l., le uniche ad operare attualmente nel settore sopraindicato.

Fino all'agosto 1986, operano nel settore in parola tre imprese in regime di concorrenza: l'odierna società ricorrente, la società RTA r.l. e la società Flash Distribuzione TV r.l. (fatto pacifico).

Per il circuito televisivo pubblico opera in esclusiva, con la rubrica « Appuntamento al cinema », soltanto la società Anicagis r.l., poi sostituita dalla società ACI p.a., che ne rileva la rubrica ed i servizi di promozione (fatto pacifico e circolare ANICA prot. n. 140/86, in fasc. ric.).

Nello stesso agosto 1986, viene costituita l'odierna società resistente a seguito di accordo intervenuto tra la società Flash Distribuzione TV e la società ACI e con l'« imprimatur » dell'ANICA-Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche e Audiovisive, che controllava quest'ultima impresa, al pari del suo antecedente, la società Anicagis. La stessa ANICA lo annuncia a tutte le imprese (fatto pacifico e circolari prot. 140 e 141/86, in fasc. ric.).

Viene così mutato il complesso delle imprese operanti nel settore in parola: rimangono in tre, ma la società Flash Distribuzione TV viene rimpiazzata dalla Anicafash, l'odierna società resistente.

Sempre nell'agosto 1986, il giorno 18 per l'appunto, questa società invia alla clientela la sua prima circolare (la n. 1, in fasc. ric.) informandola della sua costituzione ed allegando il suo listino prezzi, nel quale espressamente prevede

sconti particolari per i produttori ed i distributori che si avvarranno in via esclusiva dei propri servizi, siano o non associati dell'ANICA e fatta eccezione per le promozioni cinematografiche sul circuito televisivo pubblico della RAI-TV e su quello privato del gruppo Berlusconi.

Nel settembre 1986, dopo la presentazione da parte dell'odierna società ricorrente di un ricorso per provvedimento d'urgenza, analogo a quello in oggetto, ma poi non coltivato, l'ANICA, per il tramite del suo direttore, comunica ai suoi associati di doversi ormai ritenere svincolati dalla precedente disposizione associativa, impartita con lettera 25 luglio 1986 prot. n. 145, con cui era stata prevista l'esclusione da tutti i servizi della stessa ANICA per chi non si fosse avvalso del servizio di promozione cinematografica tramite televisione, da esso gestito (lettera 24 settembre 1986 prot. n. 154, in fasc. ric.).

E si arriva al ricorso del gennaio 1987, in oggetto.

Questi i fatti, da cui è tratto il convincimento dell'ipotesi esposta di concorrenza sleale per violazione dei principi della correttezza professionale in danno evidente dell'azienda facente capo alla società ricorrente, che vede verosimilmente compromessa la sua stessa esistenza per l'impossibilità di svolgere una competizione libera ed utile nel settore in parola con la società resistente, la quale — ultima — indiscutibilmente occupa una posizione di particolare preminenza nel mercato della promozione cinematografica sui circuiti televisivi privati, non foss'altro che per il maggior numero di questi stessi circuiti a sua disposizione e delle connessioni cennate con la società ACI, operante sul circuito televisivo pubblico, e l'ANICA, che è l'Associazione nazionale delle industrie cinematografiche e audiovisive.

A tale ultimo proposito, in un'ottica di valutazione della « preminenza » non in termini di puro risultato numerico, numero di clienti e/o entità del fatturato, bensì di capacità di affermarsi e « rimanere » sul mercato, non può non sottolinearsi con vigore quanto si evince dalla lettura coordinata dei documenti citati: dalla circolare del 25 luglio 1986 dell'ANICA, con la quale si comunica alle imprese associate di avvalersi per la promozione cinematografica sulle televi-

sioni private dell'azienda gestita da questa stessa Associazione, pena l'esclusione da tutti gli altri servizi, e tra questi c'è quello della promozione cinematografica sulla RAI; dalla lettera del 18 agosto 1986 della stessa ANICA, con la quale si comunica che la società Anicagis — impresa da lei controllata — è stata posta in liquidazione con conseguente assunzione dei suoi servizi di promozione cinematografica da parte della società ACI, anche questa controllata dall'ANICA; dalla lettera in pari data della medesima ANICA, con la quale si comunica la costituzione dell'odierna società resistente, a seguito di accordo tra la società ACI e la società Flash Distribuzione TV, e si informano tutte le imprese che per i servizi di promozione cinematografica sulle televisioni private si potranno rivolgere alla predetta nuova società; dalla circolare, con annesso listino prezzi, inviata nella stessa data del 18 agosto 1986 dell'odierna società resistente a tutte le imprese del settore; dalla lettera del 24 settembre 1986 dell'ANICA, seguita al ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. dell'odierna società ricorrente poi abbandonato, con la quale si comunica la caducazione dell'« invito » rivolto il 25 luglio 1986 di avvalersi in via esclusiva del servizio di promozione televisiva, gestito dalla stessa ANICA.

In vero, la neocostituita società Anicafash — l'odierna resistente — finisce per contare non solo su un suo già considerevole pacchetto di clienti, quello della società Flash Distribuzione TV, che ha rimpiazzato, ma anche sul potere di persuasione, neanche troppo occulta ..., derivante per la possibilità dei suoi clienti di avere un « più facile » accesso per il suo tramite alla promozione cinematografica sulle reti televisive pubbliche. E così vede consolidarsi in suo favore una posizione di sicura signoria, di governo del settore, in cui va ad operare nell'apparente veste di società « nuova ».

Violazione dei principî della correttezza professionale, s'è detto, o — se si vuole — delle regole deontologiche del settore, che specificamente si ricollega all'offerta di sconti particolari sui prezzi dei propri servizi per chi se ne avvalga in via esclusiva; offerta — questa — di per sé illecita nei termini sopraindicati perché formulata da impresa dominante nel

mercato, ed a prescindere da una sua conduzione nelle più generali ipotesi di concorrenza per boicottaggio o « dumping » interno, anch'esse illecite ex art. 2598 cod. civ., che pure appaiono prospettabili nella specie a mente delle vicende di settore sopraindicate, ma che — per il vero — non possono affermarsi con la dovuta certezza se non dopo un'analitica ricostruzione della realtà economica dei fatti in questione, che il materiale probatorio in atti non consente e per la quale necessitano indagini istruttorie particolarmente complesse e di lunga durata, che mal si conciliano con l'urgenza della procedura esperita.

EsPLICATIVA al riguardo è la giurisprudenza espressa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella sentenza n. 85 del 12 febbraio 1979, lì dove appunto, applicando l'art. 86 del trattato CEE approvato e reso esecutivo con la legge 14 ottobre 1957, n. 1203, ha affermato che, per un'impresa dominante sul mercato, è fatto divieto di applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti mediante il riconoscimento, concordato con gli acquirenti o solo unilateralmente offerto, di un sistema di sconti di fedeltà, ossia di riduzioni, subordinati alla condizione che il cliente si rifornisca esclusivamente per la totalità ovvero anche soltanto per una parte considerevole del suo fabbisogno alla stessa impresa. Un comportamento siffatto — secondo il giudicato della Corte — falsa il gioco della concorrenza e costituisce specificamente uno sfruttamento abusivo di posizione dominante sul mercato, vietato dall'art. 86 cit.

Si dirà che questa pronuncia, perché relativa a questioni di diritto comunitario, non rileva nella specie, che attiene a questione di diritto interno: le norme del trattato CEE hanno un campo di applicazione e di azione distinto da quelle proprie del diritto interno dello Stato Italiano, riferendosi a situazioni del mercato comune e, più specificamente, afferendo al commercio fra gli Stati membri della Comunità europea e non già ai rapporti relativi al mercato interno di ciascun Stato, che trovano la loro disciplina nel diritto interno di questo.

L'osservazione non ha pregio per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, e in via di approssi-

mazione, nei limiti — appunto — della cognizione sommaria cui si è venuti in questa sede cautelare, potrebbe sostenersi che il contenuto normativo del citato art. 86 si comunichi al « nostro » art. 2598 cod. civ. in virtù di quell'adattamento della normativa interna di ciascuno Stato aderente al trattato CEE alle norme di questo stesso trattato, adattamento enunciato in via di principio dall'art. 10 della Costituzione Italiana ed al quale appaiono finalizzati gli stessi accordi comunitari, che tendono — attraverso il metodo dell'influenza reciproca e della reciproca compenetrazione d'idee, di esperienza e di atteggiamenti — alla creazione di un ordinamento giuridico uniforme per tutti gli Stati, che li hanno negoziati.

In secondo luogo, è convinzione del giudicante che il contenuto normativo del citato art. 86, nei termini esposti innanzi, costituisca concreta espressione di quei principî della correttezza professionale, cui il nostro ordinamento giuridico vuole improntata l'attività concorrenziale delle imprese con comminatoria d'illiceità (art. 2598, n. 3 cod. civ.) e che — giusta l'insegnamento impartito dalla Corte di Cassazione con l'autorevolissima sentenza n. 752 del 17 aprile 1962 — s'identificano nei principî etici o consuetudini accettate dal ceto dei commercianti, che il giudice deve adeguare ai fatti mutevoli della vita economica, sì da trarre le conseguenze di valutazione rispondente alla coscienza collettiva in quel particolare momento.

Orbene, non pare dubitabile che costituisca principio etico del ceto dei commercianti di prodotti o di servizi, qual è quello cui appartengono le imprese parti in causa, che non debbano applicarsi condizioni dissimili per prestazioni equivalenti da parte dell'imprenditore che detenga una posizione dominante sul mercato.

Una pratica siffatta, che si eserciti — come nella specie — attraverso un sistema di sconti di fedeltà o che si esprima in altre forme analoghe, è destinata — infatti — a falsare lo stesso gioco della concorrenza, quale libera ed utile competizione fra le imprese, che il ceto dei commercianti non può non avvertire come proprio imperativo categorico.

Il trattamento preferenziale riconosciuto dal venditore ai singoli comprato-

ri, di preferenze particolari, come quella in parola, accordata da un'impresa che è in posizione di particolare preminenza sul mercato, su di un mercato che conta per l'appunto soltanto tre imprese venditrici concorrenti, si traduce in un'indebita pressione — implicita ma non meno univoca — a non negoziare con altri, a detrimento specifico del principio di concorrenza libera, non limitata, vigente nel nostro ordinamento, ed a tutto vantaggio del formarsi di situazioni di monopolio, che le stesse norme costituzionali vogliono contrarie all'utilità generale della collettività ed a quella particolare dell'impresa, fatta eccezione per determinati settori di preminente interesse pubblico, tra cui non rientra — all'evidenza — quello nel quale operano le società parti in causa (artt. 41 e 43 della Costituzione).

Conclusivamente, quindi, e non senza aver prima osservato che la società ricorrente non risulta praticare trattamenti preferenziali del tipo esposto (anzi, nella sua circolare n. 1 del 28 agosto 1986, in fasc. res., questa stessa società manifesta la sua contrarietà a premi o sconti di fedeltà), deve accogliersi la domanda di provvedimento d'urgenza in oggetto.

3. In ragione delle peculiarità del caso in esame, che vede realizzata un'ipotesi di concorrenza sleale per violazione dei principî della correttezza professionale in danno d'impresa concorrente nel settore specifico della promozione cinematografica sui circuiti televisivi privati, e valutate queste stesse peculiarità alla stregua dell'equo temperamento dei contrapposti interessi delle parti in causa, com'è dovuto ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., si ritiene misura cautelare idonea a tutelare le ragioni della società ricorrente quella d'inibire alla controparte il riconoscimento in qualsiasi forma alla clientela di sconti particolari connessi alla fruizione in via esclusiva dei propri servizi nonché quello di ordinare la pubblicazione del dispositivo dell'odierna ordinanza nel prossimo numero del periodico di settore « Il Giornale dello Spettacolo ».

P.Q.M. — Il Pretore di Roma definitivamente pronunciando sul ricorso per provvedimento di urgenza, presentato

dalla società Isvema r.l. nei confronti della società Anicaflash r.l.,

inibisce alla società Anicaflash r.l. di riconoscere alla clientela, in qualsiasi forma, sconti particolari connessi alla fruizione in via esclusiva dei propri servizi;

ordina la pubblicazione dell'odierno provvedimento nel prossimo numero del

periodico « Il Giornale dello Spettacolo », a spese della stessa società Anicaflash r.l.;

assegna il termine di giorni novanta dalla comunicazione dell'odierno provvedimento per iniziare il giudizio di merito.

(*Omissis*).

RACCOLTA PUBBLICITARIA E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. Una società operante nel settore della promozione cinematografica sulle reti televisive (produzione e distribuzione di rubriche di *trailers*, per pubblicizzare i *films* da cui sono estratti), controllata dall'associazione cui a livello nazionale aderiscono le imprese cinematografiche e audiovisive, gestisce in regime di esclusiva tale attività sul circuito televisivo pubblico, ed è presente anche su quello delle emittenti private, in concorrenza con altre (due) imprese.

Mentre, in un primo momento, l'associazione invita le aziende associate ad avvalersi dei servizi della sua controllata per la pubblicità sul circuito televisivo privato, pena l'esclusione da quello pubblico, la società in questione, trovandosi in posizione di indubbia preminenza su tale mercato, considerato nell'insieme complessivo dei suoi sbocchi televisivi, applica un sistema di prezzi differenzia-

ti, offrendo sconti particolari sui prezzi dei propri servizi ai clienti che se ne avvalgano in via esclusiva. Il Pretore di Roma, adito ex art. 700 cod. proc. civ. da una delle società concorrenti, assume quale atto di concorrenza sleale, per violazione dei principi di correttezza professionale, il comportamento della società resistente¹, inibendone pertanto la continuazione e disponendo inoltre la pubblicazione dell'ordinanza su una rivista del settore.

La politica commerciale degli sconti di fedeltà, che riservi ai contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, condotta da una società che grazie alla propria evidente posizione di signoria sul mercato può comportarsi in modo alquanto indipendente rispetto ai concorrenti, traducendosi in una restrizione illecita della concorrenza, in altri ordinamenti incontrerebbe, con ogni probabilità, i limiti posti dalle legislazioni antimonopolistiche; in quello comunitario (ed è questo il punto di specifico interesse della decisione), realizzando l'ipotesi di sfruttamento abusivo di posizione dominante, siffatto comportamento sarebbe vietato dall'art. 86 del Trattato CEE, il cui contenuto normativo, esplicito da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, secondo il Pretore, costituisce concreta espressione dei principi di correttezza di cui all'art. 2598, n. 3 cod. civ. La lettura delle norme sulla concorrenza sleale in rapporto alla legislazione antimonopolistica comunitaria, che ha i suoi pilastri negli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma, riveste interesse riguardo alla definizione del parametro della correttezza professionale, che ha

¹ Sui provvedimenti d'urgenza v. AIELLO, GIACOBBE, PRENEN, *Guida ai provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1982; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1982; DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1981; FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974; ID., *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I, 128.

impegnato la migliore dottrina; e la relazione così istituita può far venire in mente, sotto il profilo degli effetti restrittivi della concorrenza propri delle clausole di esclusiva e dei *tying agreements*, precedenti giurisprudenziali tratti da altri ordinamenti, il cui regime concorrenziale contenga norme antimonopolistiche. In un *leading case* della giurisprudenza statunitense, ad esempio, la Corte Suprema ritenne violate le norme *antitrust* da un'azienda giornalistica che condizionava l'accoglimento delle inserzioni sul quotidiano del mattino, di cui deteneva il monopolio nella zona, all'acquisto di spazi pubblicitari anche sul quotidiano del pomeriggio, che veniva diffuso in concorrenza con altri giornali².

Con questo raffronto non si vogliono certo proporre fuorvianti analogie tra il nostro istituto della concorrenza sleale (vigente in un ordinamento privo di norme antimonopolistiche) e il sistema *antitrust* americano (nel cui *corpus* normativo e giurisprudenziale, peraltro, non sempre è agevole enucleare una nitida e autonoma rilevanza della figura della concorrenza sleale)³, o tra fattispecie diversamente caratterizzate; ma si vogliono semplicemente riassumere, col riferimento a sponde diverse dell'esperienza giuridica, la latitudine e la complessità di tematiche cui il dibattito dottrinale ha dedicato preziosi contributi, e che nei limiti propri di questa sede offrono lo spunto per alcune sommarie disgressioni.

2. Una definizione della natura del richiamo alle norme comunitarie in tema di concorrenza, contenuto nell'ordinanza qui annotata, non può prescindere dal problema del campo d'applicazione delle medesime.

Nel Trattato viene posta una condizione perché tali norme possano essere applicate, e cioè che le intese (art. 85) o l'abuso di posizione dominante (art. 86) « possano pregiudicare il commercio fra Stati membri ». Da ciò gli interpreti hanno tratto il principio secondo cui le norme comunitarie non potrebbero applicarsi con riferimento alle restrizioni concorrenziali che dispieghino i loro effetti all'interno del singolo Stato membro, e che quindi risultino irrilevanti sul piano del commercio intercomunitario: in tal caso, in virtù di una distinzione di obiettivi e di criteri di valutazione che

sottende le due diverse legislazioni, continuerebbero ad essere applicate le norme dell'ordinamento interno⁴.

Secondo questo orientamento, l'applicabilità delle norme comunitarie è quindi condizionata da una specie di *interstate commerce clause* simile a quella caratteristica della legislazione degli Stati Uniti⁵.

Tuttavia, l'ambito di applicazione di dette norme non è necessariamente transnazionale: la posizione dominante detenuta da una impresa nell'ambito di un solo Stato, infatti, ben difficilmente spiega effetti cui l'equilibrio degli scambi commerciali comunitari possa restare indifferente; anche in questo caso, quindi, un eventuale abuso sarebbe soggetto alla disciplina CEE⁶.

Pur nella differenza dei due ordini giuridici, la progressiva attenuazione della rilevanza economica delle frontiere induce a chiedersi in quale misura le fattispecie riservate ai diritti nazionali possano ritenersi completamente immuni dalla forza espansiva del diritto comunitario, che, com'è noto, pone norme dirette a regolare rapporti interprivati⁷ ed

² *Times Picajune Pub. Co. v. United States*, 345 US 594 (1953), su cui vedi LANCELOTTI, *La repressione della concorrenza sleale negli Stati Uniti*, Padova, 1961, 58.

³ LANCELOTTI, *op. cit.*, 44, 78 ss.; BERNINI, *Tutela della libertà di concorrenza e monopoli*, vol. II, Milano, 1963, 45 ss., 130 ss.; I, 270.

⁴ FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, 150; GOLDMAN, LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, Paris, 1983, 582; FRANCESCHELLI, PLAISANT, LASSIER, *Droit européen de la concurrence*, Paris, 1978, 23; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1980, 162; CASANOVA, *Concorrenza*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981, 306; GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1970, 435. In giurisprudenza, cfr. Trib. Monza 5 novembre 1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, 142.

⁵ GRISOLI, *Disciplina delle intese e diritto europeo della concorrenza*, Padova, 1969, 33; BERNINI, *op. cit.*, vol. II, 36, il quale rileva comunque la frequente prevalenza delle norme federali in ipotesi di *interstate commerce*, indifferentemente da ripercussioni restrittive interstatuali. Cfr. inoltre CAMPBELL, *EC Competition Law*, Amsterdam/New York/Oxford, 1980, 7.

⁶ FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1983, 109; DUBOIS, *La position dominante et son abus*, Paris, 1968, 181; RAVÀ, *Diritto industriale*, Torino, 1981, 220; CERRAI, *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milano, 1983, 67. Tra le decisioni della Corte di Giustizia, cfr. sent. 17 ottobre 1972, in causa 8/72, in *Riv. dir. ind.*, 1973, II, 345; sent. 6 marzo 1974, in causa 6 e 7/73, in *Dir. scambi int.*, 1974, 75.

⁷ V. per tutti DURANTE, *Diritto comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981. A conclusione di un complesso iter giurisprudenziale, cfr. il *revirement* della Corte Cost., con sent. 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, 1098, sul carattere *self-executing* delle norme comunitarie.

è ispirato dall'esigenza di armonizzazione delle legislazioni interne dei singoli Stati, nel senso di un diritto comune europeo (art. 3 del Trattato)⁸.

In dottrina è stato inoltre osservato che tra le regole comunitarie e quelle interne sulla concorrenza sleale possono aversi vari punti di contatto; e l'influenza delle prime sulle seconde ha caratterizzato un orientamento giurisprudenziale, nel cui solco può iscriversi la decisione in rassegna, favorevole ad una interpretazione evolutiva del giudizio di lealtà concorrenziale che comprenda la ricognizione del principio di utilità sociale, desumibile dalle norme, di pari rango sostanziale^{8-bis}, del Trattato di Roma (artt. 85 e 86) e della Costituzione (art. 41).

Tale tendenza ermeneutica rivela, in alcuni interpreti, il desiderio di ricostruire nel nostro ordinamento, che proprio in virtù delle sue lacune è stato rite-

nuto più facilmente permeabile all'applicazione interna delle norme comunitarie⁹, uno schema generale *antitrust*.

3. Infatti, mentre negli altri Paesi europei vigono sistemi normativi che regolamentano la libertà di concorrenza anche in senso pubblicistico¹⁰, che hanno consentito alla giurisprudenza di maturare esperienze specifiche sulla loro efficacia, in Italia nessuno dei molti progetti elaborati è finora giunto alla approvazione legislativa¹¹.

Tuttavia, un esempio di *beherrschende Stellung* non è del tutto estraneo al nostro ordinamento; tralasciando il timido riferimento a future norme oligopolistiche contenuto nell'art. 1 della legge sulle emissioni radiotelevisive¹², è nella legge sull'editoria che tale concetto può riconoscersi¹³.

Ma una assimilazione concettuale tra la posizione dominante cui fanno riferimento le norme della legge n. 416 e quella disegnata dal Trattato CEE sarebbe fuorviante.

I due sistemi normativi sono infatti profondamente diversi, sia per le finalità che li ispirano, sia per i presupposti di applicazione.

Sul piano delle finalità, la legge sull'editoria (prescindendo qui dalla critica accoglienza che essa ha ricevuto dalla maggior parte della dottrina, sia per la sua cattiva qualità di redazione che per la macchinosità della disciplina dettata¹⁴), costruisce un sistema antimonopolistico *sui generis*, destinato a regolare, com'è noto, il solo settore della stampa quotidiana, assicurando il mantenimento della pluralità e della trasparenza delle fonti di informazione; nell'ambito di tale impostazione, le sue norme fissano limiti all'espansione delle concessionarie di pubblicità in rapporto alla stampa quotidiana e disciplinano i collegamenti e i controlli tra imprese editoriali, giungendo a configurare sostanzialmente un concetto di posizione dominante. L'obiettivo che la legge si prefigge non è quindi quello di impedire alterazioni del mercato concorrenziale, vietando, come avviene con le disposizioni anticoncentrative comunitarie e come è, generalmente, caratteristica propria di ogni legge *antitrust*, le situazioni di *injury to competition*, ma piuttosto quello di garantire (sul terreno economico) la mol-

⁸ V. (problematicamente) GALGANO, *Integrazione europea e diritto commerciale uniforme*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 611 ss.

^{8-bis} GHIDINI, voce *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, 794.

⁹ MONACO, *Scritti di diritto europeo*, Milano, 1972, 539.

¹⁰ Per l'ordinamento tedesco v. la *Gesetz gegen wettbewerbssbeschränkungen (GWB)*, approvata il 27 luglio 1957, modificata più volte ed attualmente in vigore nella *Fassung* del 24 settembre 1980.

¹¹ La carenza di norme sulla tutela della concorrenza è stata spesso interpretata come una precisa opzione politica, motivata dalle difficoltà economiche del paese, che avrebbero reso puramente accademica ogni discussione in tema di *antitrust*, e che anzi hanno determinato incoraggiamenti alla cooperazione e alla crescita economica. Per una rassegna su una « prima fase » del dibattito politico-dottrinale in *subiecta materia*, v. MARCHETTI, *Impresa e mercato nella disciplina della concorrenza italiana e comunitaria*, in *Dem. dir.*, 1977, 2, 229; FRIGNANI, *Concorrenza e consorzi in Italia: dieci anni di dibattiti e di disegni di legge*, in *Giur. comm.*, 1976, 529.

¹² Legge 4 febbraio 1985, n. 10, pubblicata in questa *Rivista*, 1985, 404.

¹³ Legge 5 agosto 1981, n. 416, modificata con legge 25 febbraio 1987, n. 67; il testo aggiornato è stato pubblicato in questa *Rivista*, 1987, 739.

¹⁴ Cfr. LIPARI, in LIPARI e MARCHETTI, *Commento alla legge sull'editoria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 462; CUFFARO, *Normativa antitrust, concessionari di pubblicità e imprese editoriali*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 3, 33; Id., *I problemi dell'editoria e i problemi del legislatore*, in questa *Rivista*, 1985, 521; GENTILI, *Le concentrazioni nella stampa quotidiana*, Rimini, 1985; Id., *Controllo, concentrazioni, gruppi nella legislazione editoriale*, in questa *Rivista*, 1987, 419; BIANCHI, *Il « controllo » nella legge sull'editoria*, in questa *Rivista*, 1986, 15; MONTANARI, *Opache trasparenze e confusione dominante nella legge sull'editoria*, in *Riv. soc.*, 1981, 1011; MARCHETTI, *Garantismo ed efficienza*, in *Probl. inform.*, 1985, 532; e, da ultimo, CORASANITI, *Informazione, comunicazione e regole antitrust*, in questa *Rivista*, 1988, 41.

plicità delle testate giornalistiche e quindi l'equilibrio dell'influenza sull'opinione pubblica esercitata dalla stampa.

Da tale legislazione settoriale esula l'attività pubblicitaria di cui sia *medium* la televisione; essa rientra invece, quale attività di servizi, nelle previsioni normative comunitarie¹⁵.

Neanche sul piano dei presupposti può proporsi una assimilabilità tra le due nozioni. Perché la posizione dominante di una impresa editoriale venga repressa è sufficiente che essa superi soglie di concentrazione rigidamente prefissate, secondo una scelta antidiscrezionale del legislatore (che però si è rivelata controproducente sul piano della stessa interpretazione delle norme¹⁶), indipendentemente dal pregiudizio che essa possa arrecare al processo competitivo. La situazione di egemonia desumibile dalla legge n. 416, concepita nei termini quantitativi e statici delle tirature e delle testate, nonostante una qualche parentela logica¹⁷, non è paragonabile con quella risultante dall'interpretazione dell'art. 86 del Trattato espressa dalla Corte di giustizia, che vieta non l'esistenza, bensì lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante; ipotesi che si realizza mediante comportamenti che consentano all'impresa, grazie alla sua preminenza sul mercato, di ottenere vantaggi altrimenti non conseguibili in una situazione di sostanziale concorrenza.

L'elemento strutturale della quota che un'impresa detiene di un mercato (geograficamente e merceologicamente definito), non è quindi di per sé sufficiente, ma, per essere compreso nella previsione dell'art. 86, deve essere integrato dall'elemento « comportamentistico », consistente nella capacità di condizionare le scelte degli altri operatori dello stesso mercato, sottraendosi ad una operante competizione economica¹⁸.

In ciò la disciplina comunitaria della concorrenza, per il concorso di diversi parametri valutativi (variabili in ragione delle particolarità del caso concreto), e per il ricorrere dell'abuso di posizione dominante quale ipotesi concorrenziale tipica, rivela dirette analogie con legislazioni contenute da altri ordinamenti, in particolare quello tedesco¹⁹. Ma, nel quadro delle divergenze di fondo fin qui tratteggiate, che rendono le norme CEE

(in ordine alla loro portata applicativa e

¹⁵ L'attività radiotelevisiva, compresa la trasmissione dei messaggi pubblicitari, è un'attività di servizi, in quanto tale soggetta all'applicazione delle norme comunitarie: Corte di Giustizia sent. 30 aprile 1974, in causa n. 155/73, in *Riv. dir. ind.*, 1976, II, 312. Cfr. inoltre STROZZI, *Il diritto comunitario e l'informazione radiotelevisiva*, in *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione* (a cura di BARILE e CHELI), Padova, 1986, 33 ss. Sull'impossibilità di trarre dalla legge n. 416 uno schema generale applicabile all'emittenza rtv, v. Pret. Milano 22 marzo 1985, in questa *Rivista*, 1985, 687, con nota contraria di COSSU; ma, sulla necessità di ricondurre l'intero sistema delle comunicazioni di massa nell'alveo di un'unica regolamentazione *antitrust*, v. per tutti ROPPO, *Un « diritto dei mezzi di comunicazioni di massa »?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 75.

¹⁶ La prima decisione applicativa delle norme *antitrust* contenute dalla legge n. 416, conseguente ad azione popolare di nullità ex art. 4, comma 6, resa da Trib. Milano 13 dicembre 1986, è pubblicata in questa *Rivista*, 1987, 614, e in *Quadrimestre*, 1987, 2, 519, con nota di GAMBARO, *La prima interpretazione giurisprudenziale della legge sulle concentrazioni editoriali*; cfr. sul punto GALGANO, *Gruppi di società e concentrazioni di testate editoriali (parere pro-veritate sul caso Rizzoli-Corriere della Sera)*, in *Contratto e Impresa*, 1986, 1, 59.

¹⁷ GENTILI, *Le concentrazioni nella stampa quotidiana*, cit., 100 ss.

¹⁸ In mancanza di un'espressa definizione dell'abuso di posizione dominante, è la giurisprudenza comunitaria che ne ha costruito la nozione, con riferimento agli obiettivi del Trattato (art. 3, lett. f): cfr. Corte di Giustizia 11 dicembre 1980, in causa 31/80, in *Foro it.*, 1981, IV, 201; 13 febbraio 1979, in causa 85/76, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1979, n. 1239; 31 maggio 1979, in causa 22/78, in *Foro it.*, 1979, IV, 164; 21 febbraio 1973, in causa 6/72, *ivi*, 1973, IV, 110. Sulla rilevanza della giurisprudenza nella definizione del sistema concorrenziale comunitario, v. TRABUCCHI, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 497. In dottrina, sulla definizione « qualitativa » di posizione dominante, v. tra gli altri GLEISS, HIRSCH, *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 1968, 81 ss.; FRIGNANI, WAELEBROECK, *op. cit.*, 99; KORAH, *Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86, in Common Market L. Rev.*, 1980, 395 ss.; TEMPLE-LANG, *Monopolization and the Definition of « Abuse » of a Dominant Position under Article 86 of EEC Treaty*, *ivi*, 1979, 345 ss.; PENNETTA, *La posizione dominante « qualitativa »*, *Profili interpretativi dell'art. 86 del Trattato CEE nel caso « Chiquita »*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 55 ss.; JOLIET, *Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome*, in *Revue trim. droit eur.*, 1969, 485; FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti, concentrazioni (Diritto comunitario)*, in *Noviss. Dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, 358 ss.; SIRAGUSA, *Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi*, in *Dir. com. scambi int.*, 1980, 467 ss.

¹⁹ Cfr. § 22 GWB: « Un'impresa produttrice di un certo genere di merci o di servizi qualora sia senza concorrenti o non sia soggetta ad una sostanziale (*wesentliche*) concorrenza, si considera agli effetti di questa legge impresa dominante »; v. AXSTER, *Das marktbeherrschende Unternehmen im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln/Berlin, 1956; SCHMIDT, *Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Missbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGW*, in *WuW*, 1965, 453. E da ricordare che la legge *antitrust* tedesca nel 1976 è stata emendata, per quanto riguarda la stampa, nel senso di una considerazione della struttura di mercato: BULLINGER, *Elektronische Medien als Marktplatz der Meinungen*, in *AöR*, 1983, 161, 206.

alla loro funzione) autonomamente caratterizzate — ma certo non estranee — rispetto al nostro ordinamento, è lecito domandarsi, leggendo l'ordinanza del Pretore di Roma, se la normativa sulla concorrenza sleale, attraverso la clausola generale della correttezza professionale, non sia suscettibile di espandere il proprio ambito d'intervento, giungendo a garantire la tutela di interessi che nell'ordinamento comunitario sono oggetto di disposizioni esplicite.

4. L'iter argomentativo seguito nella decisione *de qua*, sia pur sommariamente, riproduce nel suo articolarsi quello generalmente postulato, nella giurisprudenza comunitaria, dall'accertamento dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante. I momenti fonamen-

tali di una siffatta ricognizione consistono nella delimitazione del *relevant market*, sotto il duplice profilo dell'area geografica e della natura dei prodotti commercializzati nel suo ambito; nell'esaminare gli aspetti strutturali di tale spazio economico, espressi dal numero dei soggetti che vi operano e dalla posizione egemone rivestita da uno di essi, in virtù della quota di mercato controllata; e nella valutazione della condotta dell'impresa in posizione dominante, il cui sfruttamento si assume abusivo quando — ed è il caso di osservare come l'art. 86, colpendo *modi* di esercizio di un'attività imprenditoriale, e prescindendo dall'ipotesi del dolo e della colpa, corrisponda al carattere oggettivo dell'illecito concorrenziale²⁰ — se ne rilevi l'idoneità a pregiudicare il gioco della concorrenza.

Anche il mancato approfondimento delle ipotesi del boicottaggio e del *dumping*²¹ si pone in coerenza con tale modo di procedere.

La loro consistenza non è del tutto improbabile nel caso di specie: la indubbia capacità di pressione sulla clientela non negoziare con altri, che l'impresa resistente deve alla propria posizione di esclusivista della promozione cinematografica sulla RAI, accanto alla facile determinabilità del soggetto passivo, concesso che la presenza di soli tre operatori sul mercato è di per sé tale da spogliare di ogni generica funzionalità il patto di esclusiva, e di rivelarne lo schietto intento restrittivo, potrebbero sufficientemente configurare un *inducing refusal to deal*.

Ma l'urgenza della procedura esperita²² non consente l'analisi della complessità degli aspetti economici peculiari di dette ipotesi, necessaria per poterne affermare, con la dovuta certezza, la sussistenza.

Proprio nell'ambito degli atti di boicottaggio compiuti da un'impresa dominante, che in alcune circostanze si ritiene possano violare le norme sulla concorrenza sleale²³ (superando così il problema della applicabilità analogica dell'art. 2597 cod. civ. al rifiuto di contrattare del monopolista di fatto)²⁴, non sono mancate decisioni che hanno affermato la necessità di un esame della fattispecie in base alla ricostruzione di dati economici. Così, in una nota vicenda

²⁰ FRIGNANI, WAELBROECK, *op. cit.*, 115; ASQUINI, *La posizione dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 3; ROTONDI, *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli artt. 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, in *Studi CEE*, Bruxelles, 1966, I, 59 ss.

²¹ L'atto di boicottaggio consiste nel comportamento di un soggetto (promotore) il quale induce altri soggetti (esecutori) a rifiutare d'intrattenere determinati rapporti con un terzo determinato (boicottato), al fine di ostacolarne le relazioni economico-sociali: SENA, *Il boicottaggio*, Milano, 1970, *passim*; GUGLIEMMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Milano, 1961, 363 ss.; MARCHETTI, *op. cit.* Sulla vendita sotto costo in dottrina si registrano varie posizioni, dall'affermazione della sua illiceità in linea di principio alla sua considerazione quale lecita manifestazione dell'autonomia negoziale; vedi riferimenti bibliografici in AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato Rescigno*, vol. 18, tomo IV, Torino, 1983, 410; in giurisprudenza v., nel senso dell'illiceità, Cass. 21 aprile 1983, n. 2743, in *Foro it.*, 1983, I, 1864, con nota critica di PARDOLESI, *Vendita sotto costo, annientamento del rivale, concorrenza sleale*.

²² Sull'evoluzione dei provvedimenti d'urgenza, i quali si traducono sempre più in un esame che tende a superare il ristretto ambito del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, giungendo a definire e ad accertare profili di diritto sostanziale, e ad emanare provvedimenti che possono risultare, per loro intrinseca natura, definitivi, v. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza: com'è e come si vorrebbe che fosse*, in *I processi speciali*, Napoli, 1979, 409; CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 680.

²³ MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Milano, 1969, 230 ss.

²⁴ Sul dibattito circa l'estensibilità dell'art. 2597 cod. civ. al monopolio di fatto v. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrattare*, in *Trattato Galgano*, vol. IV, Padova, 1981, 312 ss. V. inoltre Corte di Giustizia CEE 6 marzo 1974, in causa 6/73, in *Riv. dir. ind.*, 1974, II, 193, sul rifiuto di vendere di un'impresa dominante.

giurisprudenziale, due decisioni del Tribunale di Milano, che richiamandosi alle norme comunitarie, accertavano l'esistenza di una posizione dominante avvalendosi di prove testimoniali, venivano riformate in appello, ritenendosi che la struttura del *relevant market* dovesse essere definita con precisione, mediante una valutazione comparativa degli operatori in esso presenti, delle merci e delle loro caratteristiche²⁵.

Alla luce di tali criteri di rilevazione non può sfuggire la dinamica del sistema degli sconti di fedeltà, generalmente concessi quali contropartita di clausole di approvvigionamento esclusivo, che ha per effetto (quando non per oggetto) quello di irrigidire il processo competitivo²⁶; secondo il *dictum* della sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Vitamine* « gli impegni di approvvigionamento esclusivo di questo tipo, con o senza contropartita di sconti di fedeltà, onde stimolare l'acquirente ad acquistare unicamente presso l'impresa in posizione dominante, sono incompatibili con lo scopo che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in quanto non si fondano su una prestazione economica che giustifichi questo onere o questo vantaggio, bensì mirano a togliere all'acquirente, o a ridurre nei suoi riguardi, la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento ed a precludere l'accesso al mercato agli altri produttori »²⁷.

La concessione di vantaggi finanziari che non siano commisurati al volume degli acquisti (*quantity rebates*), ma all'esclusività delle forniture (*loyalty rebates*), produce una discriminazione tra le controparti contrattuali, ponendo condizioni diverse per prestazioni equivalenti (nel senso che due acquirenti della stessa quantità di beni o servizi pagano prezzi diversi, a seconda che si riforniscano esclusivamente dall'impresa dominante oppure diversifichino le proprie fonti di approvvigionamento); il pericolo di *foreclosure* che ne deriva per i concorrenti, nel caso *sub specie*, rende reprimibile quale atto di concorrenza sleale il comportamento del ribassista.

5. È con ogni probabilità questa interpretazione del comportamento delle imprese così strettamente correlata all'idea di un interesse generale da preserva-

re²⁸, ad attrarre alcuni interpreti nel « sistema » della disciplina CEE sulla concorrenza, inducendoli, da una parte, a prescindere dalla presunta invalicabilità del dato normativo che restringerebbe alle sole ipotesi di « pregiudizio tra gli stati membri » il diretto campo d'applicabilità delle norme comunitarie, e, dall'altra, a superare tale questione obsoleta procedendo, sul piano sostanziale, ad una integrazione delle medesime in un contesto ermeneutico in cui l'istituto della concorrenza sleale presenta tratti evolutivi sconosciuti alla concezione tradizionale.

Ma il volgersi alla disciplina CEE non può intendersi, restrittivamente, solo come una risposta dettata dal grado di soddisfazione che l'interprete ricavi dall'esame delle norme rivolte a regolare la medesima materia nel proprio ordinamento.

Né si deve confondere la ricezione delle norme comunitarie sul piano interpretativo con una utilizzazione delle medesime che ne faccia quasi una legge-cornice per gli illeciti commerciali, data la difficoltà, allo stato attuale dell'ordinamento, di coniugare schemi *antitrust*

²⁵ V. le due sentt. Trib. Milano 22 marzo 1976, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1976, nn. 816 e 817; App. Milano con due decisioni 24 novembre 1978, *ivi*, 1978, n. 1099, e 30 marzo 1979, *ivi*, 1979, n. 1177; a conclusione delle vicende, Cass. 15 gennaio 1982, n. 253, *ivi*, 1982, 9 e Cass. 23 febbraio 1983, n. 1403, in *Giur. it.*, 1984, I, 863. Sul punto v. FRIGNANI, *L'utilisation des preuves économiques dans les litiges antitrust*, in *Foro pad.*, 1986, II, 234 ss.

²⁶ Un patto d'esclusiva può produrre lo stesso effetto di un patto di boicottaggio, qualora sul mercato sia presente un numero ristretto di operatori: RAVÀ, *op. cit.*, 198. V. sul tema ampie indicazioni in GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1982, 205 ss.

²⁷ Corte di Giustizia sent. 13 febbraio 1979, in causa 85/76, in *Foro it.*, 1979, IV, 357, con nota di PARDOLESI, e in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 207, con nota di PISELLI, *Posizione dominante e suo sfruttamento abusivo nella sentenza Hoffmann-Le Roche*. V. anche sent. 9 novembre 1983, in causa 322/81, in *Foro it.*, 1985, IV, 65, e sent. 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *ivi*, 1978, IV, 518, con nota critica di PARDOLESI, *Art. 86 trattato CEE: il prezzo del « decollo »*; cfr. inoltre ZANON di VALGIURATA, *Price Discrimination under Article 86 of the EEC Treaty: the United Brands Case*, in 31 *Int. Comp. L. Quart.*, 36 (1982). V. ancora, per riferimenti all'ordinamento tedesco e statunitense, rispettivamente *KG*, 12 novembre 1980, in *BB*, 1981, 1110, e le celebri *Standard Oil of California v. United States*, 327 U.S. 293 (1949) e *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961). Cfr. inoltre la Sec. 2 del *Clayton Act*, in cui si vieta « to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality ».

²⁸ Per tutti DUBOIS, *op. cit.*, 266 ss.

e norme sulla concorrenza in un unico statuto generale dell'impresa²⁹.

La prospettiva — cui sembra aderire l'ordinanza pretorile — è quella di una determinazione del parametro del buon

²⁹ Per un tentativo di costruzione di una disciplina dell'impresa dominante nell'ordinamento interno v. SCHIANO di PEPE, *Note sulla disciplina dell'impresa in posizione dominante nel vigente diritto italiano della concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, 438 ss. V. inoltre, sui patti di concorrenza, Corte Cost., 16 dicembre 1982, n. 223, in *Foro it.*, 1983, I, 12, su cui, adesivamente, PARDOLESI (ivi), e criticamente FLORIDIA, *I patti di non concorrenza davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 811 ss. Per riferimenti storico-comparatistici v. GRENDALL, *The Antitrust Legislation of US, the EEC, Germany and Japan*, in 29 *Int. Comp. L. Quart.*, 64 (1980).

³⁰ Tendenza registrata (seppur criticamente) da PARDOLESI, *Regole antimonopolistiche del Trattato CEE e contratti di distribuzione: tutela della concorrenza o dei concorrenti?*, in *Foro it.*, 1978, IV, 82 (nota a Corte di Giustizia 25 ottobre 1977).

La tradizionale ripartizione di compiti (la protezione della forma di mercato affidata all'*antitrust*, la tutela della libertà economica individuale alle norme sulla concorrenza sleale) è ritenuta superabile alla luce del sistema comunitario risultante dagli artt. 3, (lett. f), 85 e 86 del Trattato, che proteggono sia la concorrenza che i singoli operatori partecipanti al mercato: VOGELZANG, *Abuse of dominant position in article 86: the problem of causality and some applications*, in *Common Market L. Rev.*, 1976, 77. Sulle interrelazioni fra il piano oggettivo della disciplina e quello intersoggettivo, e nel senso di una sostanziale unitarietà, cfr. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, cit., 808 ss.; SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, 307.

^{30-bis} Cfr. FLORIDIA, *op. cit.*, 824; per una analisi puntuale delle due norme costituzionali cfr., rispettivamente, LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, e CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984.

³¹ Nell'impossibilità di riportare esaurientemente le tendenze della dottrina sul punto, cfr. le posizioni di GHIDINI, *op. ult. cit.*, 820, 822; ID., *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato Galgano*, Padova, 1981; AUTERI, *op. cit.*, 364 ss.; JAEGER, *Valutazione comparativa d'interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970; SANTAGATA, *op. cit.*; ID., *Le nuove prospettive della disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 141; FLORIDIA, *Correttezza e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1982; MARCHETTI, *op. cit.*, 196 ss. Ma, per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali nella definizione dei principi di correttezza, v. SCIRE, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Padova, 1975. In giurisprudenza, nel senso di una rilevanza sistematico-esegetica degli artt. 86 CEE e 41 della Costituzione, v. App. Milano 30 marzo 1979, cit., riformando Trib. Milano 22 marzo 1976, cit., che aveva affermato la portata precettiva intersoggettiva dell'art. 41 della Costituzione (in questo senso, già Trib. Milano 26 novembre 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1973, n. 420; Trib. Milano 29 aprile 1974, *ivi*, 1974, n. 550). Sulla rilevanza sistematica dell'art. 86 CEE v. inoltre Trib. Roma 18 gennaio 1982, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, 29; Trib. Milano 24 maggio 1979, in *Foro pad.*, 1979, 122; Cass. 27 novembre 1975, n. 3960, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1975, n. 21; Cass. 23 febbraio 1983, n. 1403, cit.; Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, *ivi*, 1983, n. 1592.

³² JAEGER, *op. cit.*, 99. Cfr. inoltre Cass. 15 dicembre 1983, n. 7399, in *Giur. it.*, 1984, I, 1594.

costume commerciale compiuta mediante la ricognizione non tanto di criteri di estrazione deontologica, che appiattirebbero l'interprete nella mera rilevazione di dati della prassi, quanto di tutti quei dati normativi positivi che, nella piena libertà interpretativa del giudice, gli consentano di attribuire al giudizio di correttezza professionale un profilo funzionale e di ricomprendervi la figura dell'abuso di posizione dominante.

In questo ambito, l'evoluzione da un concetto di *libertà* della concorrenza verso quello di *uguaglianza* nel processo competitivo³⁰, impressa dal diritto giurisprudenziale comunitario agli artt. 85 e 86, di rilievo sia pubblicistico che intersoggettivo, in direzione di un superamento dei più gravi squilibri di fatto che ostacolano le libere scelte degli imprenditori e perturbano l'assetto competitivo del mercato, coinvolge nella ricostruzione sistematica dell'istituto concorrenziale l'art. 41, comma 2, della Costituzione, richiamato in motivazione (ma anche, in una prospettiva più ampia, l'art. 3, comma 2)^{30-bis}.

Difficilmente potrebbe negarsi l'efficacia giuridica interpretativa di tali disposizioni rispetto a quelle ordinarie situate sul piano intersoggettivo, nel senso di una valutazione giudiziale dell'esercizio del potere economico che tenga conto anche di interessi extraimprenditoriali, sinteticamente espressi dal criterio dell'utilità sociale³¹.

Il principio-valvola che attribuisce omogeneità a queste direttrici fondamentali, mediando tra i contenuti normativi di queste e quello della norma ordinaria, e si pone quale strumento di valutazione della coerenza dei modelli professionali con i preminenti interessi sociali, può riconoscersi nel modulo della correttezza professionale.

La flessibilità dei principi di correttezza consente infatti di convogliare nell'alveo dell'interpretazione tutti gli elementi significativi al fine di definire i criteri valutativi dei comportamenti imprenditoriali, e di adeguare alla evoluzione delle condizioni del sistema economico la protezione degli interessi tipici dei concorrenti. Da questo contemporaneo di interessi (non soltanto tra gli interessi delle parti, ma tra questi e i principi fondamentali dell'ordinamento) deriva inevitabilmente l'esaltazione del-

l'interpretazione giurisprudenziale, dalla cui analisi possono ricavarsi le regole di condotta degli imprenditori³².

Nel quadro di tale impostazione è apprezzabile la valorizzazione, sul piano dell'interpretazione sistematica, dell'art. 86 del Trattato di Roma; nell'accezione resa dalla decisione *de qua*, esso concorre, da una parte, a formare quel complesso di riferimenti normativi in cui il metro della correttezza professionale si definisce in relazione ai casi concreti; dall'altra, ad esprimere (anche con le fattispecie esemplificative contenute nel suo enunciato) il concreto contenuto normativo dell'art. 2598, n. 3, cod. civ.

Il fatto che la « comunicazione » tra l'art. 86 e il n. 3 dell'art. 2598 non avvenga tanto in virtù di una formale gerarchia tra le fonti normative, ma piuttosto sul piano di una sostanziale osmosi di contenuti, sembrerebbe trarre evidenza, nella decisione, dal punto in cui, nell'individuare la norma costituzionale di apertura del nostro ordinamento alle disposizioni comunitarie, non si fa riferimento, sulla scia di una chiara giurisprudenza costituzionale³³, all'art. 11, che permette un assoggettamento dell'ordinamento interno alle fonti di produzione normativa comunitarie, ma all'art. 10, comma 1, che ne sancisce l'adattamento automatico alle norme internazionali generalmente riconosciute³⁴.

6. In altre parole, deve rilevarsi come la decisione in rassegna abbia il pregio di confermare quali preziose indicazioni possano venire all'interprete dalla norma dell'art. 86 del Trattato; la quale, vietando all'impresa in posizione dominante pratiche commerciali discriminatorie o vessatorie, contribuisce in modo rilevante alla ricostruzione del contenuto concreto della correttezza professionale (in consonanza al superiore criterio dell'utilità sociale), sia rendendo possibile un approfondimento ed una precisazione di fattispecie già ricevute nell'ambito della repressione degli atti di concorrenza sleale, sia introducendo in esso comportamenti imprenditoriali esplicitamente riprovati dalla disciplina comunitaria della concorrenza.

In questo senso, il paradigma della correttezza professionale così formulato non sembra mortificare l'esigenza della certezza — che, insieme alla tradizionale

ostilità, dovuta all'uso strumentale che ne è stato fatto dal legislatore corporativo per introdurre nell'ordinamento nozioni autoritarie dell'ordine pubblico, può forse spiegare l'alterna fortuna delle clausole generali presso la nostra dottrina — poiché sua caratteristica significativa non è tanto l'indeterminatezza, quanto piuttosto la capacità di assorbimento di una realtà mutevole.

Depotenziare la valenza dinamica della clausola generale costituita dai principi di correttezza, mediante un'interpretazione che la riduca a formula espressiva di valori in buona misura fissi³⁵, o che la riconduca a criteri ritagliati prevalentemente su interessi professionali, probabilmente aggraverebbe l'insufficienza delle norme sulla concorrenza; nell'ambito di veloci mutamenti delle condizioni di mercato, tra l'istituzione ormai prossima del mercato unico europeo e gli sviluppi nel campo specifico della radiotelevisione³⁶, tale clausola generale potrebbe rivelarsi — riconoscendo una discrezionalità all'interpretazione giudiziale, che non si confonda con deviazioni « funzionalizzatrici » né col coinvolgimento in un processo di definizione di scelte politiche che colmino i presenti vuoti normativi — strumento prezioso per non essere disarcionati da una realtà dal dinamismo crescente.

ROBERTO D'ORAZIO

³² La *filosofia* della Corte Cost. è espressa dalla sent. 18 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401.

³³ Cfr. CASSESE, *sub art.* 10, in *Comm. Branca*, Bologna, 1975, 461.

³⁴ Sembra esprimere questa tendenza TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 703 ss. Differentemente, nel senso di un'adeguatezza delle clausole generali a cogliere e regolare i mutamenti, sono centrali le affermazioni di RODOTÀ, *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 1969, 134 ss.; ID., *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 540; ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 96. Sul dibattito dottrinale sull'argomento v. Gaet. AZZARITI, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Pol. dir.*, 1982, 543 ss., e, per quanto concerne la giurisprudenza, ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sulle clausole generali*, Napoli, 1983. Sull'esperienza tedesca v. ORRÙ, *Richterrecht*, Milano, 1985.

³⁵ Sulle prospettive di un sistema europeo della rtv e del mercato pubblicitario, cfr. BARBERIO, *Gli sviluppi della televisione in Europa*, in *Queste ist.*, 1986, 68, 103; BRIGIDA, *Televisione via satellite: un mercato europeo per la pubblicità*, in *Probl. inform.*, 1986, 615 ss.; COMMISSIONE DELLE CEE, *Televisione senza frontiere. Libro bianco sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni radiotelevisive, specialmente via satellite e via cavo*, in questa *Rivista*, 1985, 307, 751, 1031; 1986, 271; INSTITUT EUROPÉEN DE LA COMMUNICATION, *Vers un Marché Commun de la télévision*, Manchester, 1987.