

75. CORTE DI CASSAZIONE - Sez. I civile - 15 febbraio 1999 n. 1259 - Pres. SENOFONTE - Est. VERUCCI - RCS Editori s.p.a. (avv.ti Fusi, prof. Sena, Tarchini, prof. Giorgianni) c. Il Giornale di Sicilia Editoriale Poligrafica s.p.a. (avv.ti Algozini, Bongiorno, Equizzi, Furitano).

*Sussiste un rapporto di concorrenza in Sicilia tra un quotidiano nazionale ed uno locale (nella specie: Il Corriere della Sera ed Il Giornale di Sicilia): anche se i due quotidiani hanno una diversa consistenza societaria, finanziaria e per livello del corpo redazionale; quello nazionale è più diffuso di quello locale; quest'ultimo dà maggior rilievo alla cronaca locale; e l'acquisto di due quotidiani da un medesimo consumatore è ipotesi sicuramente infrequente (1).*

*Senza verificare se il codice di autodisciplina pubblicitaria costituisca un ordinamento giuridico frutto della libertà di autonormazione riconosciuta dall'ordinamento statale, ed anche ammesso che contenga solo regole meramente deontologiche, in ogni caso le sue regole (nella specie: l'art. 13 c.a.), quali espressione dell'etica professionale e commerciale, costituiscono parametri di valutazione della correttezza professionale ex art. 2598 n. 3 c.c. (2).*

*La promozione consistente nell'offerta di un prodotto omaggio in aggiunta o in connessione a quello principale (nella specie costituito da un giornale) rientra nella nozione di pubblicità rilevante secondo il codice di autodisciplina pubblicitaria, e la relativa idea può essere protetta ex art. 13 co. 1 c.a. (3).*

*Quando l'attore abbia chiesto la repressione ex art. 2598 n. 3 c.c. di un'imitazione pubblicitaria servile ex art. 13 co. 1 c.a. di un'idea promozionale di un quotidiano il giudice deve verificare se sussista una violazione di quest'ultima norma (4).*

(Omissis). — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con atto notificato l'11 gennaio 1990, la R.C.S. Editoriale quotidiani s.p.a., editrice del quotidiano "Corriere della Sera", conveniva in giudizio, dinanzi al tribunale di Palermo, la s.p.a. Giornale di Sicilia Editoriale Poligrafica, editrice del quotidiano "Giornale di Sicilia", esponendo che nel gennaio 1989 il corriere aveva lanciato un concorso a premi, denominato "Replay — il gioco che ti rimette in gioco", che consentiva ai possessori di biglietti non vincenti di lotteria nazionali (in particolare della Lotteria Italiana) estrazioni dei biglietti medesimi, effettuate dal quotidiano di partecipare a successive con il controllo dell'amministrazione finanziaria. La società attrice faceva altresì presente che il concorso aveva avuto un rilevante effetto favorevole per l'incremento delle vendite del Corriere proprio in regioni, quale la Sicilia, il quale aveva minore diffusione: nel giornale di Sicilia del 9 gennaio 1990 era stato pubblicato un annuncio reclamizzante, con lo slogan "Provaci ancora", un'iniziativa del tutto identica a quella del gioco "Replay", sia nell'idea che nelle modalità d'attuazione. Sostenendo che l'iniziativa del Giornale di Sicilia costituiva imitazione della campagna promozionale realizzata dal Corriere della Sera e; quindi, una forma di concorrenza parassitaria, la R.C.S. chiedeva che, dichiarata l'illiceità di tale condotta, ne venisse inibita la prosecuzione e che la società convenuta fosse condannata al risarcimento dei danni da liquidarsi in separato giudizio.

Su ricorso della stessa R.C.S., il giudice istruttore, con provvedimento ex art. 700 c.p.c. in data 19 gennaio 1990, ordinava la sospensione del concorso promosso dal giornale di Sicilia e della relativa pubblicità. (Omissis)

Il tribunale adito, con sentenza il 18 febbraio 1991, accoglieva le domande avanzate dalla R.C.S., ritenendo che l'iniziativa promozionale del giornale di Sicilia avesse integrato un atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 n. 3 cod. civ. dalla Soc. Giornale di Sicilia Editoriale Poligrafica veniva accolta dalla corte d'Appello di Palermo con sentenza non definitiva del 27 novembre 1996 (omissis).

Secondo un ordine logico e giuridico, riveste carattere preliminare l'esame della seconda censura, essendo evidente l'inconfigurabilità di un atto di concorrenza sleale ove non sussista una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori. Al riguardo, va precisato — con riferimento a specifico rilievo della società resistente — che la critica della ricorrente è volta ad ottenere non già un ammissibile rivalutazione di fatti accertati dal giudice di merito, ma la verifica della congruità e logicità della relativa motivazione e, più ancora, della conformità a diritto dei principi applicati.

In relazione agli argomenti esposti nella sentenza impugnata a sostegno della ritenuta inesistenza di concorrenzialità tra i due quotidiani e, quindi, dell'inidoneità del gioco a premi indetto dal Giornale di Sicilia a produrre un anno al Corriere della Sera, si deve osservare:

— la differente "qualità" (rilevabile, secondo la Corte palermitana, dalla consistenza societaria e finanziaria e dal livello del corpo redazionale, oltre che dei collaboratori), nonché la maggiore diffusione del Corriere della Sera rispetto al Giornale

di Sicilia non sono, all'evidenza, elementi tali da escludere, alla radice, una situazione di concorrenza, dovendosi, al contrario, rilevare che proprio una "tiratura" diversa rappresenta la ragione per la quale, da un lato, il quotidiano a maggior diffusione nazionale è indotto a penetrare di più e meglio in ambito regionale e, dall'altro, quello diffuso a livello quasi esclusivamente regionale tenta di contrastare siffatta espansione e, al medesimo tempo, di aumentare la sua presenza tra i lettori di tutte le province siciliane;

— anche la parziale diversità di contenuti, riferibile al maggior rilievo dato dal Giornale della Sicilia alla cronaca locale, non vale ad escludere la concorrenza con il Corriere della Sera, soprattutto perché non può negarsi un'identità, almeno potenziale, della platea dei lettori sulla base dell'astratta possibilità d'acquisto di entrambi i quotidiani.

— questa Corte, infatti, ha avuto modo di affermare che ad integrare il presupposto della concorrenza sleale è sufficiente il contemporaneo esercizio, da parte di più imprenditori, di una medesima attività industriale o commerciale di un ambito territoriale anche se potenzialmente comune, non dovendo necessariamente sussistere, in concreto, l'identità di clientela (tra le altre, Cass. 5716/88 e 1990/174);

— avuto riguardo alla scarsa diffusione che, complessivamente, la stampa quotidiana ha nella popolazione, l'acquisto di due quotidiani costituisce ipotesi sicuramente infrequente, sulla quale non è legittimo fondare un giudizio di insussistenza di situazione concorrenziale, tanto più che (come ha osservato esattamente la difesa della società ricorrente) la possibilità di acquistare più prodotti finirebbe per escludere sempre una situazione di concorrenza;

— risulta incongrua ed illogica, quindi, l'affermazione della Corte territoriale secondo cui, acquistando entrambi i giornali, i lettori possessori dei biglietti del gioco a premi: dovendosi osservare, anzi, che l'adozione, da parte del Giornale di Sicilia, di un gioco del tutto identico a quello già organizzato dal Corriere della Sera e tuttora in svolgimento ben avrebbe potuto indurre il lettore ad acquistare il primo anziché il secondo, ovvero ad abbandonare quest'ultimo a favore del secondo, ovvero ad abbandonare quest'ultimo a favore dell'altro (la R.C.S., infatti, aveva sostenuto che l'incremento delle vendite costituiva effetto proprio del gioco "Replay");

— ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di merito, non poteva radicalmente escludersi che il gioco a premi indetto dal quotidiano siciliano fosse idoneo a produrre danni al Corriere della Sera, con valutazione che, prescindendo dalla produzione di un pregiudizio attuale al patrimonio del concorrente, va fatta in esclusivo riferimento alla potenzialità dannosa dell'atto ("ex plurimis", Cass. 12103/95, 1413/83, 2020/82).

Alla stregua delle considerazioni svolte, il secondo motivo del ricorso risulta fondato: si tratta di verificare, allora, la conformità a diritto della valutazione della Corte di merito la non riconducibilità dell'attività (di concorrenza) alla previsione dell'art. 2598 n. 3 c.c., che forma oggetto del primo motivo di ricorso.

La premessa di fatto, risultante dalla sentenza impugnata, è che il gioco a premi "Provaci ancora", indetto dal Giornale di Sicilia, era del tutto identico, nell'idea e nelle modalità di attuazione, a quello organizzato sin dall'anno precedente dal Corriere della Sera e denominato "Replay — il gioco che ti rimette gioco": il primo, infatti, si basava sull'estrazione di biglietti non vincenti delle stesse lotterie nazionali, in particolare della Lotteria Italia, in una situazione in cui il concorso indetto dal Corriere era in svolgimento.

La Corte palermitana è partita da considerazioni che, in via di principio possono essere condivise, pur necessitando di alcune puntualizzazioni. Non è revocabile in dubbio che l'art. 2598 n. 3 c.c. sia norma "di chiusura": più volte, infatti, questa Corte ha affermato che rientrano in detta previsione, a carattere aperto, tutte le condotte, ancorché non tipizzate dall'esperienza, comportanti violazione delle regole di correttezza professionale, e che i mezzi previsti dalla stessa norma sono diversi e distinti da quelli indicati nei numeri 1 e 2, onde la concorrenza sleale è configurabile indipendentemente dalla confondibilità dei prodotti, potendo consistere in qualunque condotta contraria ai principi di correttezza ed idonea a cagionare danni al concorrente (tra le più recenti, cfr. Cass. 567 1/98, 3787/96, 1392/94). Va precisato, tuttavia, che proprio in ragione di ciò e della necessità di adeguare la portata della norma alla continua evoluzione dell'attività imprenditoriale e, soprattutto, dei correlativi mezzi di espansione nel mercato, i principi di correttezza professionale non può essere inteso, ai fini della riconducibilità di situazioni concrete al divieto posto dall'art. 2598 n. 3 c.c., in senso restrittivo, riducendone l'applicazione ai casi di violazione di norme giuridiche, ma in senso ampio, ricomprendente ogni comportamento, anche indiretto, che si riveli

contrario, in particolare deontologiche.

Quanto all'incidenza del principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.) nell'interpretazione ed applicazione dell'art. 2598 n. 3 e, più in generale, in tema di concorrenza sleale, non può che convenirsi con la sentenza impugnata, nel senso della necessità di un'interpretazione che tenga conto di tale principio: ma anche qui, avendo ben presente che la libertà di iniziativa economica — soggetta, peraltro, ai limiti indicati nello stesso art. 41, comma 2, Cost. — non può comunque escludere l'adozione di criteri ermeneutici riferiti al costume ed a regole del mercato, anche di natura deontologica.

Ciò permesso, va rilevato che l'affermazione della corte territoriale, secondo cui un analogo o identico mezzo promozionale di vendita di giornali non può integrare un atto di scorrettezza professionale, essendo uso normale delle società editrici di promuovere la diffusione con iniziative del tutto identiche a quelli dei concorrenti, poggia sull'espressa considerazione che si deve far riferimento al concreto comportamento medio degli imprenditori appartenenti ad una medesima categoria: questa premessa, tuttavia, essere accettata.

Ed invero, nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto posto dall'art. 2598 n. 3 c.c. occorre aver riguardo non già alla mera prassi commerciale, ad una consuetudine accettata dagli imprenditori di una determinata categoria, ma piuttosto ai principi etici che governano l'attività degli appartenenti; in altri termini, non a condotte normalmente tenute e che, per ciò stesso, possano ritenersi lecite, sebbene ad un costume professionale e commerciale eticamente qualificato ed i cui parametri di valutazione non sono rinvenibili tanto in un generico concetto di onestà, quanto e soprattutto in regole deontologiche che gli stessi operatori economici abbiano riconosciuto valide e vincolanti. Si potrebbe dire, in sintesi, che occorre far riferimento al "dover essere" e non all'"essere", atteso che alla frequenza o tolleranza di una condotta non corrisponde necessariamente la sua moralità: con la precisazione, fatta anche in dottrina, che non si tratta di un dover essere "puro", ma di quello etico professionale e commerciale, alla cui tutela è finalizzata la disposizione contenuta nel numero 3 dell'art. 2598 c.c..

In questa prospettiva va considerata la decisività, nell'ambito della controversia insorta tra il Corriere della Sera ed il giornale di Sicilia, della questione se l'imitazione pedissequa dell'iniziativa promozionale confligga o meno con l'art. 13 del Codice di autodisciplina pubblicitaria: questione che — come risulta dalla sentenza ora impugnata — il Corriere aveva dedotto sin nel primo grado del giudizio ed il cui esame è stato totalmente pretermesso dalla Corte di Appello, sebbene avesse costituito oggetto di argomentazione difensiva.

Non risultano, nella giurisprudenza di questa Corte, precedenti in tema di rilevanza, ai fini dell'individuazione degli atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c., delle regole del Codice di autodisciplina pubblicitaria, cui si è dato vita sin dal 1966 (con vari aggiornamenti successivi): profilo, questo, esaminato da alcune decisioni dei giudici di merito è da pur non copiosa dottrina, che ha posto in evidenza come a tali regole non possa negarsi una funzione integrativa del principio di correttezza professionale, rilevante agli effetti dell'applicazione dell'art. 2598 n. 3 c.c. In questa sede, non interessa particolarmente verificare se il Codice di autodisciplina pubblicitaria abbia o meno natura negoziale, se ponga norme meramente deontologiche o giuridiche in senso stretto (per questa seconda soluzione si sono espressi taluni giudici di merito e lo stesso Giuri), si da costituire un vero e proprio ordinamento giuridico, frutto della libertà di autonormazione riconosciuta dall'ordinamento statale: il problema non consiste, infatti, nello stabilire se il C.A.P. sia stato recepito dall'ordinamento generale, con sua immediata applicabilità da parte del giudice, ma nell'utilizzazione delle norme (o regole) quali parametri di riferimento del principio di correttezza professionale.

Quand'anche si ritenesse che il C.A.P. contenga mere regole deontologiche, non se ne potrebbero comunque escludere l'incidenza nell'interpretazione ed applicazione dell'art. 2598 n. 3 c.c.: se per un verso, infatti, la stessa norma, facendo riferimento ai principi di correttezza professionale, opera sostanzialmente un rinvio anche a parametri extralegislativi, per altro verso le regole del C.A.P esprimono, per loro stessa natura e formazione, quel "dover essere" dei comportamenti che forma oggetto — come si è visto — della tutela stabilita dal numero 3 dell'art. 2598 c.c. Non solo, ma esse consentono di adeguare il principio di correttezza professionale all'evoluzione delle esigenze dell'attività imprenditoriale ed alle sue forme di manifestazione: in definitiva, al costume eticamente inteso.

Ne deriva che, allo scopo di valutare se l'atto posto in essere dal Giornale di Sicilia integrasse o meno un'ipotesi di scorrettezza professionale, la Corte palermitana

avrebbe dovuto verificare l'eventuale violazione dell'art. 13 comma 1, del Codice di autodisciplina pubblicitaria, a tenore del quale "deve essere evitata qualsiasi imitazione pubblicitaria servile anche se relativa a prodotti non concorrenti, specie se idonea a creare confusione con l'altra pubblicità": trattasi di questione che, espressamente prospettata del Corriere della Sera, rivestiva carattere essenziale per la decisione della controversia.

La società resistente ha sostenuto, al riguardo, che la norma disciplina soltanto l'attività pubblicitaria e non anche gli incentivi promozionali utilizzati dalle imprese editoriali, con la conseguenza che l'eventuale violazione di essa potrebbe comportare l'inibizione della propaganda pubblicitaria del concorso a premi, non certo della diffusione ed offerta dello stesso gioco.

La tesi non può essere condivisa: in via generale, perché la pubblicità è uno strumento della politica concorrenziale dell'impresa, che si esprime attraverso messaggi diretti al consumatore (nel nostro caso, al lettore) onde l'idea promozionale dell'offerta di un prodotto omaggio in aggiunta o connessione a quello principale (ai fini che qui interessano, del premio in denaro, previa estrazione dei biglietti non vincenti della lotteria nazionale) può essere un incentivo all'acquisto dello stesso prodotto principale (nella specie, di un quotidiano) e costituire, quindi, una forma di pubblicità "comprende ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano i mezzi utilizzati". (Omissis)

Il giudice di rinvio, designato in diversa Sezione della Corte di Appello di Palermo, procederà a nuovo esame della controversia, attenendosi — in particolare — al principio di diritto secondo cui, nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto degli atti di concorrenza posto dall'art. 2598 n. 3 c.c., costituiscono parametri di valutazione della correttezza professionale e commerciale, alla cui tutela la norma civilistica è finalizzata.

Con riferimento al caso di specie, quindi, il giudice di rinvio dovrà verificare se, in presenza di una situazione di concorrenzialità ed indipendentemente dalla legittimità dell'utilizzazione della stessa idea promozionale attuata dal Corriere della Sera, costituisca o meno atto non conforme a correttezza professionale — perché eventualmente vietato all'art. 13 del Codice di autodisciplina pubblicitaria.— l'applicazione concreta che tale idea ne ha fatto il Giornale di Sicilia, mediante l'imitazione pedissequa delle, relative modalità. (Omissis)