

Francesca De Vittor

**CONCORRENZA SLEALE,
PROVVEDIMENTI CAUTELARI E
*ASTREINTE***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE DI ANCONA

Ord. del 20 maggio 1999

PRES.: MOGETTA

REL.: RUSSO

PARTI: "IL MESSAGGERO" S.P.A.

(AVV.TI CAVASOLA E GALVANI),

S.E.A. SOCIETÀ EDITORIALE

ADRIATICA S.P.A.

(AVV.TI FRANCESCHELLI E ONOPRI)

POLIGRAFICI EDITORIALE S.P.A.

(AVV. TI RUFFOLO E FORIA)

CONCORRENZA SLEALE, PROVVEDIMENTI CAUTELARI E ASTREINTE

a cura di FRANCESCA DE VITTOR (*)

L'ordinanza del Tribunale di Ancona che qui si commenta riguarda la vicenda della vendita abbinata dei quotidiani "Il Messaggero" e "Il Corriere Adriatico" di cui già si è parlato in questa rivista (v. BARATELLA « *Tandem* » di quotidiani e illecito concorrenziale: *nature e presupposti della « vendita sottocosto* », in questa *Rivista*, 1998, III, 371; e ID., *Vendita sottocosto di quotidiani tra inibitoria e astreinte*, *ivi*, 1999, II, 197 ss.). Ciò che in questa sede interessa, però, non è tanto la questione relativa alla valutazione dell'illecito concorrenziale, quanto la decisione in merito alla richiesta di *astreinte*. Il giudice, infatti, rigetta la domanda proposta dalla Poligrafici Editoriale S.p.A., qualificando la misura richiesta come sanzione civile, per la quale si renderebbe necessaria una espressa previsione legislativa.

Così sintetizzabili i fatti che hanno preceduto il provvedimento.

1.

L'operazione commerciale in causa ha avuto inizio in data 2 agosto 1998, quando due note società editrici avviarono la vendita abbinata dei due quotidiani al prezzo di uno. Tale comportamento fu qualificato come illecito concorrenziale, e fu inibito con decreto *inaudita altera parte*. Dal 22 agosto la vendita abbinata fu riproposta ad un prezzo di poco superiore, ma, in data 31 agosto, intervenne un ulteriore ordine inibitorio da parte del medesimo giudice (entrambi provvedimenti furono poi confermati dalle ordinanze rese in sede di reclamo il 19 settembre 1998). Ciononostante le suddette case editrici

(*) Dottore in giurisprudenza.

decisero di proseguire la vendita abbinata elevando nuovamente il prezzo: anche di questa terza operazione fu ordinata la cessazione con decreto del 20 novembre. Le società tuttavia non ottemperavano, continuando la campagna commerciale di "vendita abbinata". Di qui una serie di ulteriori ricorsi, anche in corso di causa, da parte della Poligrafici Editoriale S.p.A., finalizzati, tra l'altro, ad ottenere il rispetto del provvedimento inibitorio già ottenuto, anche attraverso l'espedito dell'*astreinte*.

2.

Istituto francese di origine giurisprudenziale, l'*astreinte* è una condanna pecuniaria, accessoria ed eventuale, generalmente fissata a un tanto per ogni giorno di ritardo, che si cumula alla condanna principale nel caso in cui essa non sia eseguita entro il termine prescritto dal giudice e che tende ad ottenere dal debitore, attraverso la minaccia di un aumento progressivo del suo debito, l'esecuzione in natura di una prestazione che presuppone un suo fare (o non fare) personale (J. e L. BORÉ, voce *Astreintes*, civil II, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 1996; cfr. anche, tra i tanti, P. MALAURIE e L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, 8a ed., Cujas Paris, 1997; CARBONNIER J., *Droit Civil*, t. 4, *Les obligations*, 20a ed., PUF Paris, 1996, e H., L. e J. MAZEAUD e F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, t. 2, 8a ed., Monchrestien 1991). Tale misura coercitiva è stata utilizzata per la prima volta in Francia dal *Tribunal civil* di Croy il 25 marzo 1811 (*Dalloz jur. Gén.*, *V chose jugée*, n. 386), e approvata dalla Cour de Cassation il 28 dicembre 1824 (Cass. civ., 28 dicembre 1824, *Dalloz*, 1825, I, 141); quasi un secolo più tardi A. ESMEIN pubblicò il primo testo scientifico a sostegno della iniziativa giurisprudenziale, « *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte* » (in *Revue Trim. Droit civ.*, 1903, I, 5). Solo con la legge n. 72-626 del 5 luglio 1972, l'*astreinte* fu riconosciuta dal legislatore (F. CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, in *Dalloz*, chronique, 1972, 271), mentre al momento attuale essa è regolata dalla legge n. 91-650 del 9 luglio 1991 e dal decreto n. 92-755 del 31 luglio 1992 (E. BLANC, *Les nouvelles procédures d'exécution, Commentaire article par article de la loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 et des décrets d'application*, 2a ed., Montchrestien 1994; F. CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, in *Dalloz*, chr., 1992, 299).

In Italia una misura coercitiva indiretta analoga all'*astreinte* è prevista solo dagli artt. 83 e 86 del r.d. n. 1127 del 29 giugno 1939,

c.d. legge brevetti, e dagli artt. 63 e 66 del r.d. n. 929 del 21 giugno 1942, c.d. legge marchi (cfr. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 118 ss.; SANZO, *La concorrenza sleale*, Padova, 1998, 474 ss.).

L'ordinanza in commento ripropone dunque l'annoso e irrisolto problema dell'esecuzione delle decisioni giurisdizionali comportanti obbligazioni infungibili. Infatti, nel rispetto del principio chioventiano secondo cui il processo deve dare a chi ha diritto, per quanto è possibile praticamente, tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire, si è correttamente osservato che *“o l'ordinamento conosce forme diverse dall'esecuzione forzata per assicurare l'adempimento di quegli obblighi che sono insuscettibili di esecuzione forzata, o non può non trarsi la gravissima conseguenza che con riferimento ad una serie numerosa di obblighi [...] il processo è de jure e non solo di fatto impotente ad attuare la legge, impotente cioè ad assolvere lo scopo cui istituzionalmente — anche ai sensi dell'art. 24 comma 1° cost. — è preordinato”* (A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 622. Cfr. anche, ID., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982; G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino, 1958; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 ss.).

La definizione delle *astreintes* data dal Tribunale di Ancona è molto simile a quella loro attribuita nell'ordinamento francese. Si tratta, infatti, di

misure coercitive volte ad assicurare l'adempimento della prestazione infungibile di non fare imposta alle resistenti, attraverso la condanna a pagare una somma di denaro determinata per ogni violazione;

... la misura invocata avrebbe non tanto lo scopo di riparare al pregiudizio derivante dall'inottemperanza all'inibitoria, quanto quello di indurre le controparti ad adempiere con la minaccia della sanzione pecuniaria

Una volta definita in questo modo la misura invocata, il Tribunale procede valutando se un tale provvedimento sia legittimo *de iure condito* nell'ordinamento italiano.

Il primo elemento analizzato è la possibilità di applicazione analogica della normativa vigente in materia di brevetti industriali e marchi. In merito il Collegio ritiene che

*le sanzioni civili previste in tema di privative industriali dagli artt 86 legge 29.6.1939 e 66 legge 21.6.1942 per le ipotesi di violazione ed inosservanza dei provvedimenti di inibitoria, abbiano natura eccezionale, non esistendo nel nostro ordinamento un istituto a carattere generale equivalente a quello delle *astreintes* nel diritto francese. Nella specie non si tratta, infatti, di uno strumento volto alla liquidazione preventiva del danno, ma di una sanzione civile, per la quale si rende necessaria una espressa previsione legislativa.*

(...) La giurisprudenza è pressoché unanime nell'escludere la possibilità di condanna al pagamento di penali per violazioni future in materia di concorrenza sleale, poiché non si ritiene possibile l'applicazione analogica delle norme vigenti in materia di privative industriali (v. Trib. Milano, 12 giugno 1986; Trib. Torino, 26 marzo 1979; Trib. Roma, 16 luglio 1979).

Sebbene quello accolto dal Giudice sia conforme all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, vanno ricordate alcune recenti decisioni di merito che si discostano dal fronte, precedentemente compatto, che affermava l'inammissibilità delle *astreintes* in materia di concorrenza sleale. In particolare, il Tribunale di Milano ha affermato che « *può essere disposta una penale per ogni violazione accertata successivamente all'emanazione del provvedimento che inibisce atti di concorrenza sleale e per ogni giorno di ritardo nell'attuazione dello stesso* » (Trib. Milano, 23 aprile 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 480; cfr. anche Trib. Ancona, ord. 5 agosto 1994, *ivi*, 1994, 867). Inoltre, la non eccezionalità delle misure coercitive previste dalle leggi sui marchi e sui brevetti è stata più volte sostenuta da autorevoli studiosi, tanto da poter affermare che la dottrina maggioritaria resta orientata per l'ammissibilità di tale sanzione accessoria (S. SANZO, *La concorrenza sleale*, cit., 475, con riferimento in particolare a A. FRIGNANI, *Ancora sulle penalità di mora nella concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1976, 1, 207 ss., e a M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, IV, Padova,

1981, 284; *contra*, M. S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione*, cit., 143 ss., che ritiene l'orientamento maggioritario della giurisprudenza « difficilmente controvertibile »). Interessante sembra in proposito quell'orientamento dottrinale che propone di considerare la coercizione prevista dalle norme in parola, non come eccezione inestensibile, ma come esplicita applicazione di un principio insito nell'ampia discrezionalità giudiziaria propria delle inibitorie (L. MONTESANO, *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 777-778). In materia di concorrenza sleale, quindi, il giudice sarebbe legittimato ad adottare *astreintes* o misure analoghe ogniqualvolta ne riscontrasse la necessità.

Va rilevato inoltre che il riferimento agli articoli 83 e 86 L. brev. inv. e 63 e 66 L. marchi può essere considerato soltanto come indicativo del fatto che istituti di questo tipo sono presenti nel nostro ordinamento, non al fine di una mera applicazione analogica di tali norme, bensì come dimostrazione della non contrarietà ai principi fondamentali del diritto nazionale di misure coercitive indirette quali le *astreintes*. Quest'ultima osservazione deve essere letta alla luce di quel recente orientamento che, prendendo spunto dalla dottrina tedesca che distingue tra richiamo facoltativo e richiamo obbligatorio al diritto straniero nel diritto internazionale privato (U. DROBNIG, *Die Nutzung der Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung*, in *Rabels Z.*, vol. 50, 1986, 610 ss.), propone l'utilizzo del diritto comparato, al fine di trovare norme che regolino « casi simili o materie analoghe » per l'interpretazione analogica ai sensi dell'art. 12 disp. prel., in caso di lacuna nazionale (MONATERI e SOMMA, "Alien in Rome". *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, 51). Ove si accogliesse la citata teoria, di fronte alla mancanza di misure a garanzia dell'efficacia dell'ordine inibitorio impartito dal giudice, bisognerebbe valutare quali esempi offerti dal diritto comparato potrebbero essere introdotti nell'ordinamento interno, con il solo limite della non contrarietà dei loro effetti all'ordine pubblico (*ex art. 16 L. n. 218 del 31 maggio 1995*), e, per quanto riguarda le *astreintes*, il fatto che esse siano già previste dalla normativa in materia di marchi e brevetti sarebbe un valido indice di tale non contrarietà.

Infine, *de iure condendo* e con particolare attenzione alle direttive comunitarie che il legislatore dovrà attuare in tempi brevi sembra

necessario ricordare la direttiva 98/27/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (in G.U. delle Comunità Europee, 11 giugno 1998, L 166/51. Per un commento alla normativa, cfr. G. ALPA, *La proposta di direttiva comunitaria sulla azione inibitoria promossa dalle associazioni dei consumatori*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 153). Ai sensi dell'art. 2, lettera c), al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni pronunciate a tutela degli interessi dei consumatori contemplati da una serie di precedenti direttive (ad esempio in materia di pubblicità ingannevole, contratti negoziati fuori dei locali commerciali, credito al consumo, clausole abusive, ecc.), gli Stati membri, nella misura in cui il loro ordinamento giuridico lo permetta, devono designare gli organi giurisdizionali competenti a *“condannare la parte soccombente a versare al Tesoro pubblico o ad altro beneficiario designato nell'ambito o a norma della legislazione nazionale, in caso di non esecuzione della decisione entro il termine fissato dall'organo giurisdizionale o dalle autorità amministrative, un importo determinato per ciascun giorno di ritardo o qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni”*. L'*astreinte* prevista dall'art. 2 lett. c), si differenzia nettamente dall'istituto francese classico — così come da quello simile previsto dalle leggi italiane in materia di marchi e brevetti — nella parte in cui prevede che la somma sia versata al Tesoro pubblico e non alla parte che ha vinto la causa (B. STARCK, H. ROLAND e L. BOYER, *Obligations, III Régime général*, Litec Paris, 1997, 238); questa soluzione, affine a quella adottata in Germania (cfr. i §§ 888-890 ZPO), non può stupire ove si ricordi che l'azione inibitoria prevista dalla direttiva 98/27/CE è un'azione collettiva a tutela di interessi diffusi: sarebbe quindi impossibile individuare una “parte lesa” dal mancato rispetto della decisione. Va altresì rilevato che la norma non prevede un'*astreinte* generale o in qualche modo attinente alla materia della concorrenza sleale, ma viceversa una misura applicabile solo nei casi di violazione di obblighi imposti a tutela dei consumatori in quanto “contraente debole”; inoltre, il legislatore comunitario stesso la limita alla “misura in cui l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permetta”. Ciò non toglie, comunque, che l'art. 2 lett. c) sia indicativo di un favore del diritto europeo nei confronti della misura coercitiva indiretta d'oltralpe (la quale, d'altronde, è stata accolta già da tempo in numerosi Paesi membri).

Ancora con riferimento alle proposte di origine comunitaria, pare opportuno ricordare gli studi in materia di armonizzazione del diritto processuale che si sono succeduti sin dalla fine degli anni ottanta, ed in conclusione ai quali quasi sempre si è auspicata la diffusione dell'*astreinte* in tutti i paesi membri, al fine di garantire un migliore ed effettivo rispetto del diritto sostanziale. Data l'estrema conflittualità dei rapporti di tipo privatistico nella società contemporanea, infatti, è evidente come la disomogeneità delle leggi processuali costituisca un ostacolo di rilievo alla libera circolazione di persone, mezzi e capitali. Sulla base di questa considerazione, alla fine del 1987, la Commissione Europea diede incarico ad un gruppo di dodici esperti, presieduto dal prof. Marcel Storm, di svolgere un'indagine per valutare i modi e le possibilità di ravvicinamento del diritto processuale in Europa. Uno dei maggiori problemi affrontati dalla c.d. Commissione Storm fu quello dell'efficacia delle decisioni giurisdizionali: dal lato della semplificazione processuale il gruppo di esperti propose l'introduzione di un titolo esecutivo europeo che rendesse superfluo l'*exequatur*, mentre la soluzione al problema dell'efficacia sostanziale venne individuata in una proposta di direttiva sull'*astreinte* che, in caso di adozione da parte del Consiglio Europeo e di conseguente attuazione, avrebbe portato all'introduzione generalizzata della procedura anche nel nostro Paese. I lavori della Commissione Storm però, non furono mai tradotti in diritto vigente.

Miglior risultato ha ottenuto invece la relazione « *Il mercato interno dopo il 1992: raccogliere la sfida* », presentata il 26 ottobre 1992 dal *Groupe à haut niveau* presieduto dal prof. Peter Sutherland. In seguito ad essa, infatti, la Commissione CE ha adottato il *Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, in conclusione al quale si afferma che « *il buon funzionamento del mercato unico postula che il principio di libera circolazione si applichi anche alle azioni che permettono di ottenere la cessazione di pratiche (transfrontaliere) illecite* » (COM (93) 576 def., e in *Doc. giust.*, 1994, 533. Cfr. anche gli Atti del seminario *La cooperazione giudiziaria nell'Europa dei cittadini. Situazione esistente e prospettive di sviluppo*, Roma, 11-12 dicembre 1995, in *Doc. giust.*, febbraio 1996). Ancora una volta, quindi, si è auspicata, anche se non imposta, la diffusione dell'*astreinte* in tutt'Europa.

In seconda istanza il Giudice afferma che

il provvedimento d'urgenza è destinato ad assicurare provvisoriamente gli effetti del processo a cognizione piena e deve quindi porsi in relazione strumentale rispetto allo stesso, sicché non sembra ammissibile conferire alla misura cautelare atipica un'efficacia maggiore di quella che potrebbe avere la corrispondente pronuncia definitiva sul merito (la eventuale inibitoria ex art. 2599 c.c. non sarebbe suscettibile di attuazione diretta nelle forme dell'esecuzione forzata), in quanto ne risulterebbe alterata la natura strumentale ed anticipatoria; si deve concludere, in sostanza, che de iure condito l'ambito di eseguibilità coattiva del provvedimento d'urgenza non può essere più ampio di quello della sentenza di condanna, e, nelle ipotesi in cui il fare o il non fare ordinato dal giudice siano infungibili, non si ravvisano altri rimedi all'infuori della sanzione penale ex art. 388 c.p. e degli effetti secondari conseguenti alla pubblicazione del provvedimento ed alla qualificazione della condotta in termini di malafede ai fini della futura liquidazione del danno.

Anche per quanto concerne questo secondo ordine di argomentazioni, il ragionamento del giudicante appare condivisibile. Va altresì considerato, però, che l'art. 700 c.p.c. impone al giudice di adottare *"i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito"*. Ricordata la natura strumentale ed anticipatoria della norma (C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 1997, 369 ss.), occorre, peraltro, considerare che le modalità scelte dal giudice per garantire il rispetto della decisione provvisoria possono essere repute quali provvedimenti volti ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, e come tali sottoposti semplicemente al criterio della idoneità. *L'astreinte*, infatti, si sostanzia in una minaccia destinata a cadere nel nulla qualora la parte condannata rispetti il *dictum* del giudice, che trova giustificazione nel semplice fatto che un ordine cautelare non rispettato è come se non fosse mai stato pronunciato e quindi, se il giudice ha ritenuto necessaria la sua pronuncia al fine di assicurare gli effetti della decisione finale, è necessario agli stessi fini che l'ordine riceva attuazione.

Il ragionamento appena svolto introduce una seconda considerazione. La carenza di misure coercitive che garantiscano l'efficacia della pronuncia giurisdizionale deve essere oggi guardata anche alla luce della sentenza *Hornsby*, con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che anche il tempo dell'esecuzione fa parte di quel "processo" che, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, deve svolgersi in un tempo ragionevole (Cour Eur. D.H., sent. 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, Recueil 1997-II). Se così è, risulta evidente come, nel caso di specie, il *délai raisonnable* non sia stato rispettato, poiché, nonostante le ripetute pronunce inibitorie rese in via cautelare, le società editrici convenute continuavano a vendere sottocosto il loro prodotto, tanto da rendere inutile la pronuncia stessa.