

Web, televisione, pubblicità: diritti, tutele, risarcimenti

Milano 5 dicembre 2011

**Il risarcimento del danno da
comunicazione scorretta: profili tendenze**

Cesare de Sapia

Risarcimento del danno norme del codice civile

Art. 2056

- Il **risarcimento** dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli **articoli 1223, 1226 e 1227**.
- Il **lucro cessante** è valutato dal giudice con **equo apprezzamento** delle circostanze del caso.

Art. 1223 (principio di causalità diretta e immediata)

- Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quando ne siano **conseguenza immediata e diretta**.

Art. 1226 (valutazione equitativa)

- Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con **valutazione equitativa**.

Art.1227 (Concorso del danneggiato).

Art. 125 c.p.i.

Risarcimento del danno nel c.p.i. e restituzione dei profitti dell'autore della violazione

- **1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.**
- **2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.**
- **3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento.**

Risarcimento del danno in tema di concorrenza sleale

- ***mancato guadagno del titolare***
- ***benefici realizzati dall'autore della violazione***
- ***canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare***
- ***danno morale (solo in caso di reato)***
- ***danno all'immagine***

Risarcimento del danno in tema di concorrenza sleale

- ***In tema di concorrenza sleale per liquidare il danno morale occorre che si configuri un reato.***
- ***Non si applica l'agevolazione prevista dall'art. 125 c.p.i., secondo la quale è possibile ricorrere ad una "liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano", ma può farsi ricorso alla liquidazione equitativa, prevista dall'art. 1226 C.C.***
- ***Non può farsi ricorso alla retroversione degli utili conseguiti dall'autore della violazione***

Elemento psicologico

- Necessario ai sensi dell'**art. 2043 cc**, ai fini della configurabilità del danno.
- In materia di **concorrenza sleale**, l'art. 2600, 3° co., cc, stabilisce una presunzione di colpa: *“Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume”*.
- Tale presunzione vale anche nel caso dei diritti non titolati, protetti sia dal c.p.i., che dalle norme in materia di concorrenza sleale.
- La presunzione di colpa opera anche **a carico di chi mette in commercio** i prodotti

Danno emergente

- Può essere rappresentato: dalle **spese sopportate per l'accertamento dell'illecito**;
- dalle spese di costituzione di parte civile in un parallelo processo penale;
- dai costi per spese promozionali necessarie a contrastare gli effetti della contraffazione;
- dai costi per la pubblicazione di diffide attraverso i media;
- dalla perdita di valore del marchio (danno all'immagine o da discredito), per **effetto di una comunicazione scorretta**.

Lucro cessante

- In tema di concorrenza sleale il criterio di quantificazione del danno è dato dall'**utile perduto per effetto della concorrenza sleale**, dovendosi sottrarre dal mancato ricavo i (soli) costi variabili (C. App. Mi, 13.1.98, rep. GADI 99, 1751).

UTILE LORDO E UTILE NETTO

mancato guadagno

- Il **danno da mancato guadagno** va commisurato all'**utile**, del soggetto danneggiato (altrimenti **l'utile medio**), al **lordo delle imposte** (infatti il risarcimento del **danno** è sottoposto a **tassazione**).
- **dai ricavi vanno detratti i soli costi variabili**, che **non** sono stati **sopportati** (costi di produzione, quali la materia prima, l'energia elettrica... e costi di commercializzazione, quali costi di agenzia...).

Notare che

- i costi di **pubblicità rientrano fra quelli fissi**, in quanto non sono comprimibili. Nella pratica può anzi accadere che vengano incrementati al fine di contrastare l'illecito (ma in tal caso rappresentano un danno emergente).

Eccezione:

- Se la **merce è stata prodotta ed è rimasta invenduta**, il mancato guadagno è pari **all'intero ricavo**, senza detrazione dei costi variabili, salva eventuale successiva vendita come stock e relativa detrazione.

Mancato guadagno

Primario

- Il risarcimento può essere commisurato alle perdite che l'imprenditore subisce direttamente in relazione al prodotto denigrato

Indotto

- *"I collanti e i solventi costituiscono **prodotti accessori che i clienti acquistano normalmente** dal fornitore delle vernici per vetri, per cui lo sviamento della clientela di vernici per vetri si è risolto anche in una **perdita di clientela per i collanti e solventi**" (Concorrenza sleale **confusoria** relativa a vernici, App. Firenze 16.3.1972 GADI 1972, 89).*

Segue Mancato guadagno

- In giurisprudenza, la Corte d'Appello di Milano (sent. n 1117/03, del 25/3-1/04/03, in materia di concorrenza sleale per denigrazione), ha liquidato il danno sulla base del mancato guadagno del soggetto leso, con riferimento ai singoli clienti persi a seguito della denigrazione:
- la Corte premette: *“la consulente ha puntualmente e senza contestazioni ricostruito, per ciascun rapporto commerciale indicato – oltre agli eventuali danni emergenti – anche e soprattutto (sulla scorta dei costi fissi e variabili, delle quantità prodotte, dei prezzi di vendita praticati) il **variabile margine di contribuzione semilordo** che la parte lesa dalla concorrenza sleale (...) avrebbe ottenuto per ciascun singolo apparecchio in tesi non venduto”* ed ha liquidato le somme in relazione ai singoli rapporti persi.

Segue Mancato guadagno

- Va richiamata, a tal proposito, la sentenza del Tribunale di Milano, n. 4836/03, del 7/4/03, in materia di concorrenza sleale per denigrazione (già citata): dove è stato riconosciuto, oltre al danno emergente (spese di pubblicità, per contrastare la denigrazione), il lucro cessante, come mancato guadagno primario, sulla base del *“margine operativo lordo del (prodotto originale), ossia del margine di guadagno conseguente alla sua commercializzazione (dato dalla differenza tra ricavi e costi”, tenuto conto dei “costi di acquisto delle componenti del prodotto ... ma anche degli altri oneri ... afferenti (... sconti e le provvigioni) ... non sono invece stati imputati in detrazione i costi di pubblicità in quanto ‘considerati dalla dottrina economico-aziendale costi fissi e pertanto non correlati, né comunque correlabili, ai volumi di vendita”.*

Segue Mancato guadagno

- il Tribunale di Modena, sezione distaccata di Carpi (20/04/05, GADI 2005, 4873) in tema di concorrenza sleale per abuso di informazioni commerciali riservate, ha liquidato il lucro cessante in € 59.850,00, sulla base dell'**utile netto che il soggetto leso “avrebbe conseguito sul fatturato realizzato ... con i clienti sottratti”**. La percentuale di redditività è stata calcolata nella misura del 28% dal CTU, che ha *“escluso dai costi variabili le spese di amministrazione, gli ammortamenti e i costi generali ... ritenendo che un incremento delle dimensioni stimate ... non avrebbe comportato un incremento dei costi fissi, vale a dire quelli non influenzati dal volume delle vendite”*.
- Il Tribunale di Modena ha anche riconosciuto il danno derivato dal **ribasso dei corrispettivi della manutenzione**, pari ad € 3.800,00.

Utile del concorrente sleale

- In tema di concorrenza sleale (sentenza n. 6029/09), il Tribunale di Milano ha quantificato il **vantaggio competitivo, indebitamente acquisito dal soggetto responsabile di concorrenza sleale** da imitazione servile di una linea di capi di abbigliamento per bambini (*Pappa & Ciccia*), attraverso l'espletamento di una ctu contabile.
- All'utile netto della convenuta calcolato dal ctu, è stato applicato un **abbattimento** in funzione "*delle più limitate capacità di diffusione della commercializzazione dell'attrice...*". Tale abbattimento è stato giustificato dall'esigenza di riconoscere un danno non superiore alla riduzione patrimoniale effettivamente subita dal soggetto leso.
- A fronte di un importo di € 283.120,64, calcolato dal ctu, è stata liquidata la somma di € 150.000,00.

Utile del concorrente sleale

- Ancora in materia di concorrenza sleale da imitazione servile di borse (di Hermès), il Tribunale di Milano con la sentenza n. 4815/09 ha determinato il danno previa individuazione (a mezzo di ctu contabile) dell'utile del concorrente sleale (€ 228.571,00) ed ha liquidato in favore di parte attrice la somma di € 155.000,00, *“tenuto conto –idealmente- della quota del **contributo** ... riferibile effettivamente al contenuto imitativo del prodotto nella **scelta d'acquisto** effettuata dalla clientela della convenuta”*.

Onere di allegazione

- Il Tribunale di Bologna, con sentenza del 13.4.03, in materia di **concorrenza sleale** per imitazione servile, (Gadi, 2004, 4673), ha ritenuto infondata la domanda di danni formulata “**senza alcuna concreta allegazione** sia in ordine alle sue distinte componenti quali il **danno emergente** (ad es. assistenza legale stragiudiziale) o **lucro cessante** (inteso quale possibile diminuzione delle vendite provocata dall’atto illecito concorrenziale), essendosi altresì la parte limitata, nella genericità di ogni deduzione probatoria, a richiederne la liquidazione in via equitativa: al riguardo questo Giudice si richiama al costante orientamento di merito e di legittimità in forza del quale **la liquidazione equitativa non esime la parte dal proprio onere probatorio** consentendo al giudice soltanto di colmare le inevitabili lacune insite in un’attività di allegazione per molti versi difficile nella sua dimensione di concretezza storica ed economica...”.

Liquidazione equitativa

- Anche in materia di concorrenza sleale, la quantificazione del danno può avvenire in via equitativa, secondo il criterio di cui all'art. 1226 cc, e può anche fondarsi sulla comprovata diminuzione delle occasioni di espansione e di incremento delle vendite.
- Infatti, nella sentenza del Tribunale di Bologna, del 5.1.2000, GADI 01, 4217, in materia di **concorrenza sleale per denigrazione**, si è affermato che: *“in mancanza della prova diretta (documentale o testimoniale) dell'effettiva diminuzione del fatturato determinata dall'illecito concorrenziale, una volta accertata la illiceità del comportamento e la sua potenzialità lesiva, il giudice può addivenire ad una liquidazione anche equitativa del danno, che può essere costituito anche dalla **presumibile diminuzione delle occasioni di espansione e di incremento delle vendite**”*.
- È stato quindi liquidato il lucro cessante da denigrazione, pur in mancanza di prova sia della perdita di potenziali affari che della diminuzione del fatturato, in una somma pari a lire 10.000.000 (si trattava della diffusione in fiera di un catalogo, nel quale ci si riferiva al fenomeno delle importazioni parallele, ipotizzandosi implicitamente che il concorrente poteva trattare prodotti non originali o di seconda scelta).

Segue Liquidazione equitativa

- Il Tribunale di Bologna premette: *“Il danno patrimoniale non è stato provato nella sua precisa entità da parte attrice, la quale, da un lato, si è limitata sul punto a dedurre capitoli di prova privi di specificità, rettamente respinti in sede istruttoria, o comunque comprovabili documentalmente, senza poi produrre alcun documento, che dimostrasse una effettiva diminuzione del fatturato in seguito ai fatti lamentati.”*
- ed osserva: *“Tuttavia una volta accertata la illiceità del comportamento e la sua potenzialità lesiva, il giudice può addivenire ad una liquidazione anche equitativa del danno, che può essere costituito anche dalla presumibile diminuzione delle occasioni di espansione e di incremento delle vendite (Trib. Milano, 8 febbraio 1990, in GADI 1990, 330)”*.

DANNO IMMAGINE

- Il danno all'immagine può essere liquidato in somma pari alle:
"Maggiori spese per attività promozionali (pubblicità) per un rilancio della propria attività commerciale, sensibilmente colpita dalla concorrenza sleale", per denigrazione (Trib. Torino 2.10.1976 GADI 1976 862).

Publicazione della sentenza

- *“L’ordine di pubblicazione è contemplato dall’art. 2600 c.c. soltanto per la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale, non anche per quella che ne ritenga l’insussistenza”* Corte d’Appello di Bari (21.09.00, GADI 01, 4239/2, concorrenza sleale per imitazione servile).