Milano, 15 febbraio 2019

|  |  |
| --- | --- |
| Spettabile  FCP  Federazione Concessionarie Pubblicità  Via Petrarca n° 6 - 20123 Milano  C.A. Presidente Dott. Massimo Martellini  Via email | **CMS Adonnino Ascoli &**  **Cavasola Scamoni**  Galleria Passarella, 1  20122 Milano  Italia  **T** +39 02 8928 380 0  **F** +39 02 4801 291 4  Via A. Depretis, 86  00184 Roma  Italia  **T** +39 06 47815 1  **F** +39 06 48375 5  cms.law |

**Oggetto: Parere legale su tema gare media**

Egregio Dottor Martellini,

a seguito della Sua richiesta di un parere legale relativo a gare nel settore media, con particolare riferimento all’esame delle garanzie di confidenzialità ed a quelle a tutela dell’industria media, Le precisiamo quanto segue.

**1) Garanzie di confidenzialità**

La figura dell’Auditor nell’ambito delle gare indette tra Centri Media è fondamentale e destinata ad essere regolata nella invocata disciplina del settore, che però richiede che si tratti di figure “super partes” che garantiscano profili di imparzialità e, sembra superfluo doverlo rimarcare, non incorrano in conflitto di interessi. Dovere dell’Auditor deve essere, pertanto, quello di cancellare i dati riservati di una determinata persona giuridica dopo la gara o comunque restituirli e, in ogni caso garantirne la riservatezza. Una diversa condotta non può che sostanziare molteplici e concorrenti aspetti di illegittimità, e in generale palesare una “mala gestio” delle gare a svantaggio di tutti i soggetti coinvolti: le criticità riscontrabili vanno dalla generica mancanza di correttezza nelle trattative, a dispregio dell’art. 1337 del Codice Civile, al rischio di vedere palesate prassi non trasparenti destinate ad essere sanzionate se le gare, come si auspica, dovranno essere motivate nel loro esito, anche al fine di ipotizzare un rimborso per le partecipanti non vincitrici.

È esatto affermare che il risultato di una trattativa commerciale, o soprattutto i correttivi determinati allo stesso dall’improprio utilizzo di informazioni riservate, determina un illecito assimilabile alla violazione del segreto industriale.

Il Decreto Legislativo n. 63 del 2018, che ha introdotto modifiche ed integrazioni al Codice della proprietà industriale, ha attuato una Direttiva europea in materia di know-how e riservatezza delle informazioni commerciali, partendo da una significativa modifica della loro definizione: le informazioni commerciali riservate sono ora definite “segreti commerciali” a riprova di un’accresciuta necessità di tutela a contrasto di condotte che aggirano anche la necessaria confidenzialità che una gara in linea di principio richiede.

I segreti commerciali vengono, così, definiti dalla nuova normativa alla stregua “(del)*le informazioni aziendali e (del)le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:*

*a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;*

*b) abbiano valore economico in quanto segrete;*

*c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.».*

È previsto che la rivelazione illecita di segreti commerciali, in quanto aventi le caratteristiche suddette, determini conseguenze quantificate in un equo indennizzo valutato in base all’impatto che la rivelazione da parte del detentore, che può essere l’Auditor nel caso in esame, determina nel risultato di un gara; la valutazione della gravità della condotta illecita può spaziare dalla lesione di interessi legittimi di terzi, all’interesse pubblico generale, alla tutela di diritti fondamentali. È indubbio che alterare il risultato di una gara per portare il prezzo al ribasso, in un ambito attualmente di crescente concorrenza, possa integrare una delle condotte punite dalla normativa invocata.

L’Auditor quindi sarà responsabile per i fatti e per i danni conseguenti ai sensi dell’art. 2043 del codice civile che prevede che qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, anche in assenza di un diretto rapporto contrattuale. In questa ottica, il fondamento di questa responsabilità andrebbe ascritto all’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale della c.d. “tutela aquiliana del credito”, ovvero della “responsabilità aquilana da contratto”, dove in tal caso l’Auditor diverrebbe responsabile avendo esercitato la propria influenza, nell’ambito di un preesistente o nascente rapporto contrattuale. Per tali fattispecie si è registrata in giurispredenza la condanna per le più disparate condotte: dalla c.d. induzione all’inadempimento alla stipulazione di un contratto incompatibile, fino, appunto, agli illeciti concorrenziali.

La sottoscrizione di un NDA rappresenterebbe, inoltre, una tutela (contrattuale) in più per garantire la piena soddisfazione del diritto a riscuotere penali, finendo per costituire un ulteriore deterrente di più rapida esecuzione che non richiederebbe la dimostrazione dell’entità del danno subito dal soggetto che lo lamenta.

**2) Garanzie a tutela dell’industry.**

Il Centro Media è chiamato ad elaborare un piano mezzi, ovvero un’attività di planning in forza di un incarico/delega conferitagli dal Cliente: il raggio di azione del Centro Media dovrebbe essere contrattualmente precisato e delimitato. Siamo nell’ambito del principio della promessa del fatto del terzo, con la conseguente applicazione del principio codicistico di cui all’art. 1381 c.c. se effettivamente il Media Owner può qualificarsi come terzo, ovvero se risulta estraneo alla promessa nel senso che non vi ha preso parte, né l’ha autorizzata, né l’ha avallata ex post; in tali casi è legittimo il rifiuto della prestazione da parte del Media Owner, ove impossibile o comunque non autorizzata, con la conseguente responsabilità dell’agenzia.

\* \*

Restiamo a disposizione per ogni ulteriore necessità od integrazione di quanto sopra esposto ed in attesa di un incontro nel quale poter ulteriormente approfondire la questione.

Cordiali saluti.

Avv. Fabrizio Spagnolo Avv. Paolo Scarduelli