

N. R.G. 30071/2017



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
SEZIONE XV CIVILE

SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

Il Tribunale di Milano in composizione collegiale nelle persone dei magistrati:

Dott. Angelo Mambriani	Presidente
Dott. Amina Simonetti	Giudice
Dott. Daniela Marconi	Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. 30071 del ruolo generale degli affari contenziosi civili per l'anno 2017 promossa da

MEDIASET S.P.A. e RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A. con sede rispettivamente a Milano e Roma, in persona ciascuna del legale rappresentante Marco Giordani, elettivamente domiciliate a Milano presso lo studio dell'avv. Laura Salvaneschi che le rappresenta e difende unitamente agli avvocati Vincenzo Mariconda, Sergio Erede, Gianpiero Succi e Daniele Gambirasio per procura speciale in calce all'atto di citazione,

FINANZIARIA DI INVESTIMENTO FINIVENVEST S.P.A. con sede a Roma, in persona del legale rappresentante Danilo Pellegrino, elettivamente domiciliata a Milano Corso di Porta Vittoria n. 46, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Di Porto, Niccolò Ghedini, Aldo Baldaccini, Simone Conti e Matteo Pericoli che la rappresentano e difendono per procura speciale a margine dell'atto di citazione,

ATTRICI

contro



VIVENDI S.A., con sede a Parigi, in persona del legale rappresentante Arnaud de Puyfontaine, elettivamente domiciliata a Milano, presso lo studio dell'avv. Francesca Gesualdi che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Giuseppe Scassellati Sforzolini, Ferdinando Emanuele, Gianluca Faella, Paolo Rainelli, Roberto Argeri, Federico Cenzi Venezze, per procura speciale in calce alla comparsa di risposta e alla comparsa di costituzione in data 18.9.2020,

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Nell'interesse delle società attrici Mediaset s.p.a. R.T.I. s.p.a. e Fininvest s.p.a.: Voglia il Tribunale adito, contrariis reiectis, per i motivi esposti in narrativa negli atti già depositati, previa ogni opportuna e occorrenda pronuncia, anche in via incidentale:

1. accertare e dichiarare:

(a) la violazione da parte di Vivendi SA del divieto di acquisto di azioni di Mediaset s.p.a. sulla stessa gravante per effetto del Contratto stipulato in data 8.4.2016;

e/o

(b) la nullità degli acquisti di azioni di Mediaset s.p.a. per effetto dell'accertata violazione da parte di Vivendi SA dell'art. 43 Tusmar;

e/o

(c) che i comportamenti di Vivendi SA, culminati con l'acquisto delle azioni Mediaset S.p.A., e meglio descritti in narrativa costituiscono atti di concorrenza sleale vietati dall'art. 2598, n. 3, cod.civ.;

2. per effetto degli accertamenti di cui sopra sub 1."a", dichiarare la risoluzione per inadempimento imputabile a Vivendi SA, ex art. 1453 cod. civ., del Contratto stipulato in data 8.4.2016;

3. per effetto degli accertamenti di cui sopra sub 1 (o anche solo di uno degli stessi):

(a) ordinare a Vivendi SA la dismissione della partecipazione in Mediaset S.p.A., da effettuarsi secondo modalità e tempi non elusivi della pronuncia e tali da non alterare il corso di borsa del titolo, fissando altresì, ai sensi dell'art. 614 bis cod. proc. civ., la somma di denaro dovuta dalla stessa Vivendi SA per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della condanna, somma che si chiede sin d'ora di determinare in un ammontare comunque non inferiore ad euro 500.000,00 (al giorno);

(b) dichiarare che Vivendi SA non è legittimata a - e in ogni caso inibire alla stessa di - esercitare i diritti sociali (o quantomeno i diritti amministrativi) inerenti le azioni per cui è richiesto l'ordine di dismissione;

4. inoltre, per effetto degli accertamenti di cui al precedente punto 1.(c):

pagina 2 di 40

Firmato Da: MARCONI DANIELA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 4db14088cdfce14320b0f2b79b0f0314
Firmato Da: PORTALE MARIA LUISA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 2b7414df22ddfd64955cd67f03640055
Firmato Da: MAMBRIANI ANGELO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 689c025b48da5bc40693f5bd2bada7bc



(a) inibire in via generale a Vivendi SA la continuazione dei suddetti comportamenti e, in particolare, ordinare alla medesima Vivendi SA di astenersi dal procedere ad ulteriori acquisti di azioni Mediaset S.p.A., nonché dal lanciare un'OPA/OPS volontaria su Mediaset S.p.A. stessa, fissando altresì, ai sensi dell'art. 614 bis cod. proc. civ., la somma di denaro dovuta dalla stessa Vivendi SA per ogni violazione o successiva inosservanza alla condanna, somma che si chiede sin d'ora di determinate in un ammontare comunque non inferiore ad euro 500.000,00 (cinquecentomila) per ciascuna violazione al divieto di acquisto di azioni, e non inferiore ad euro 500.000,00 (cinquecentomila), per la violazione al divieto di lanciare un'OPA/OPS volontaria su Mediaset S.p.A.;

(b) condannare Vivendi SA, ai sensi dell'art. 2600 cod. civ., al risarcimento del danno cagionato a Fininvest S.p.a., a Mediaset S.p.A. e a Reti Televisive Italiane S.p.a. di cui si è detto in narrativa, che in questa sede si quantifica:

(i) quanto a Fininvest, in una somma non inferiore a euro 1.000.000.000 (un miliardo) - comprensivi del danno da perdita di valore del pacchetto azionario acquistato in fase di difesa, del danno connesso al costo del capitale impiegato per gli acquisti, del danno da riduzione della "marketability" del pacchetto acquistato, che, alla data odierna, ammontano, rispettivamente, ad euro 118.332.449, euro 76.692.834, ed euro 11.919.779 - ovvero nella maggiore o minore somma meglio ritenuta, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria;

(ii) quanto a Mediaset e a Reti Televisive Italiane, in una somma non inferiore a euro 2.000.000.000 (due miliardi) ovvero nella maggiore o minore somma meglio ritenuta, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

In via istruttoria: ammettere tutte le prove richieste nella memoria istruttoria da intendersi ivi integralmente trascritte.

Con vittoria di spese diritti e compensi, oltre IVA e CPA come per legge, oltre accessori.

Nell'interesse della società convenuta Vivendi s.a.: Voglia il Tribunale, contrariis reiectis,

1. in via istruttoria:

(a) soltanto nella denegata ipotesi in cui l'Ecc.mo Tribunale lo ritenesse necessario, sospendere il presente giudizio ex art. 295 c.p.c. per pregiudizialità del giudizio dinanzi al TAR Lazio (R.G. n. 5880/2017) instaurato da Vivendi S.E. onde ottenere l'annullamento della delibera AGCom n. 178/17/CONS in data 18 aprile 2017;

(b) ammettere le istanze articolate nelle memorie di Vivendi S.E. ex art. 183, comma 6, nn. 2-3, c.p.c., qui da intendersi integralmente richiamate e trascritte;



2. in via pregiudiziale di rito:

(a) dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse delle attrici in conseguenza della sentenza emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in data 3 settembre 2020 (causa 719/18, Vivendi S.E. c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni);

(b) in subordine, accertare e dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario ex art. 37 c.p.c. a pronunciarsi sulle domande di ordinare la dismissione delle azioni Mediaset S.p.A. acquistate da Vivendi S.E. e di inibire l'esercizio dei relativi diritti sociali per effetto della pretesa violazione dell'art. 43 del Tusmar;

(c) comunque, accertare e dichiarare l'inammissibilità di tutte le domande formulate da Finanziaria di Investimento Fininvest S.p.A., Reti Televisive Italiane S.p.A. e Mediaset S.p.A. per difetto di legittimazione attiva e/o interesse ad agire;

3. nel merito e in ogni caso, dichiarare infondate e, per l'effetto, rigettare tutte le domande formulate da Finanziaria di Investimento Fininvest S.p.A., Reti Televisive Italiane S.p.A. e Mediaset S.p.A., anche in conseguenza della citata sentenza emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in data 3 settembre 2020 (causa 719/18, Vivendi S.E.

c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni).

Con vittoria di spese, competenze professionali e onorari del presente giudizio (oltre IVA e CPA come per legge).

MOTIVAZIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato il 19 giugno 2017, Mediaset s.p.a., R.T.I. s.p.a. e Fininvest s.p.a. hanno convenuto in giudizio Vivendi s.a. sostenendo che, nel mese di dicembre 2016, la società convenuta aveva illegittimamente proceduto ad una scalata ostile per contendere a Fininvest s.p.a. il controllo di Mediaset s.p.a., attraverso il progressivo acquisto sul mercato di azioni quotate a prezzo di "sconto", sino a detenere una partecipazione pari al 28,8% del capitale sociale di Mediaset che le assicurava il 29,9% dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria.

Le società attrici hanno sostenuto, in particolare, che Vivendi era riuscita a detenere una partecipazione rilevante di "blocco" in Mediaset, acquistando le sue azioni al prezzo ribassato di € 2,22 contro € 3,32 della quotazione del giorno della sottoscrizione dell'accordo di scambio azionario paritetico dell'8 aprile 2016 - concluso con Mediaset e RTI allo scopo di realizzare un'alleanza strategica tra i due gruppi imprenditoriali per lo sviluppo di iniziative congiunte nel settore della *pay tv* -, dopo aver intenzionalmente determinato il fallimento dell'operazione con l'inadempimento degli obblighi

pagina 4 di 40

contrattuali e dopo aver provocato il crollo del prezzo del titolo in borsa, attraverso la diffusione di dati allarmanti sulla situazione finanziaria di Mediaset Premium.

La vicenda negoziale si era rivelata una sorta di “cavallo di Troia” che aveva consentito a Vivendi di carpire a Mediaset le informazioni riservate necessarie per valutare dall’interno la situazione del mercato italiano della *pay tv* e, nello stesso tempo, di provocare il crollo del prezzo del titolo in borsa derivato dall’eco mediatica del fallimento dell’operazione. La manovra le aveva consentito l’acquisto della partecipazione di “blocco” in Mediaset con cui si era garantita una posizione rilevante nell’azionariato di una sua diretta concorrente, realizzando l’obiettivo di paralizzarla nella ricerca di un partner strategico, indispensabile per poter competere nel mercato delle *pay tv*, a tutto vantaggio della sua controllata Telecom che aveva già annunciato il suo ingresso nel mercato della trasmissione di film, serie TV, musica, eventi sportivi ed il suo intento di partecipare all’asta per l’aggiudicazione dei diritti calcistici, costituenti il *core business* della *pay tv* di Mediaset.

Nella situazione descritta la scalata a Mediaset, che aveva condotto la società convenuta a detenere la partecipazione del 28,8% del capitale sociale “rastrellando” azioni sul mercato a prezzo di “sconto”, doveva essere ritenuta illegittima, innanzitutto, perché attuata in violazione dell’accordo del 8 aprile 2016 di scambio azionario paritetico concluso da Vivendi con Mediaset e RTI a cui era collegato il patto parasociale tra Vivendi e Fininvest, contenente il regolamento contrattuale dei limiti di acquisto di ulteriori partecipazioni sociali in Mediaset dopo il *closing*.

Con il primo accordo, nell’ottica della costituzione fra le parti di un sodalizio strategico a livello internazionale nel settore dei contenuti audiovisivi, Vivendi s.a. si era impegnata all’acquisto dell’intero capitale sociale della Mediaset Premium s.p.a., partecipata da RTI s.p.a., nonché di una partecipazione pari al 3,5% del capitale sociale di Mediaset s.p.a. in cambio dell’acquisto da parte di Mediaset s.p.a. e RTI s.p.a. della titolarità di una partecipazione complessivamente pari al 3,5% del capitale sociale di Vivendi s.a.

Per espressa previsione dell’accordo di scambio azionario, al momento del *closing* dell’operazione di permuta delle azioni, Fininvest e Vivendi avrebbero dovuto sottoscrivere, per mantenere le proprie partecipazioni in Mediaset al di sotto delle soglie dell’OPA obbligatoria da consolidamento e stabilizzare gli assetti proprietari in Mediaset in modo da garantire a Fininvest la conservazione della propria posizione di controllo, un patto parasociale che prevedeva, in estrema sintesi:

- il divieto per Vivendi, nel primo anno dalla sottoscrizione del patto, di acquistare direttamente o



indirettamente ulteriori azioni di Mediaset s.p.a. con “ blocco totale” della facoltà di acquisto;

- il divieto per Vivendi, nel secondo e terzo anno dalla stipulazione del patto, di acquistare direttamente o indirettamente ulteriori azioni di Mediaset s.p.a. che la portassero a possedere una partecipazione complessiva superiore al 5% del suo capitale con la previsione di un “tetto complessivo” quale limite alla facoltà di acquisto;

- la facoltà per Fininvest di effettuare direttamente o indirettamente ulteriori acquisti di azioni Mediaset nei limiti previsti dalle norme applicabili in materia di OPA obbligatoria.

Presupposto implicito del complesso regolamento contrattuale richiamato, funzionale all’attuazione di un’alleanza strategica paritetica, era l’obbligo di mantenere invariata la “situazione di partenza” su Mediaset sino alla conclusione dell’operazione così che, nel periodo tra la sottoscrizione dell’accordo dell’8 aprile 2016 e il *closing*, doveva ritenersi precluso a Vivendi l’ingresso nella compagine sociale di Mediaset mentre dopo il *closing* ulteriori acquisti di azioni Mediaset da parte di Vivendi avrebbero potuto essere effettuati solo nei ristretti limiti previsti dal patto parasociale.

Gli impegni contrattuali assunti da Vivendi erano strutturalmente incompatibili con la possibilità di acquisto di azioni Mediaset in tempi e quantità diversi da quelli presupposti dall’accordo e disciplinati dal patto parasociale e, dunque, con l’acquisto di un pacchetto azionario di dimensioni tali da indebolire o pregiudicare il controllo di fatto esercitato da Fininvest su Mediaset.

La scalata ostile attuata da Vivendi nel mese di dicembre 2016 costituirebbe, quindi, grave inadempimento degli impegni contrattuali assunti con la stipulazione dell’accordo dell’8 aprile 2016 anche sotto il profilo del dovere di comportarsi secondo buona fede per mantenere integre le ragioni dell’altro contraente, con conseguente necessità, al fine di consentire la manutenzione del contratto e la realizzazione del sinallagma contrattuale, di ottenere la dismissione da parte di Vivendi delle azioni Mediaset nel frattempo acquistate con riconoscimento del diritto di Mediaset di rifiutare, nelle more, l’esercizio dei diritti sociali relativi alle azioni illegittimamente acquistate anche ai sensi dell’art. 83 *septies* TUF.

L’acquisto della partecipazione di “ blocco” in Mediaset da parte di Vivendi era, inoltre, avvenuto in violazione dell’art. 43 comma 11 del Tusmar che vieta alle imprese i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche sono superiori al 40% dei ricavi complessivi di quel settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% del sistema medesimo, a tutela della concorrenza e del pluralismo dell’informazione, a pena di nullità degli atti giuridici che contrastino con



il divieto, sancita all'art. 43 comma 5 Tusmar.

La violazione della previsione richiamata da parte di Vivendi, nella sua qualità di controllante di Telecom, attiva nel comparto delle comunicazioni elettroniche, attraverso l'acquisto della partecipazione in Mediaset, attiva nel settore integrato delle comunicazioni, era già stata accertata dalla Agcom nella delibera 178/17/CONS del 18 aprile 2017, con la conseguente nullità dell'acquisto delle azioni di Mediaset in misura superiore alla soglia consentita.

La nullità degli acquisti delle azioni Mediaset effettuati da Vivendi in violazione dell'art. 43 del Tusmar determinerebbe la necessità della dismissione della partecipazione ed il divieto dell'esercizio del diritto di voto in assemblea sino al ripristino della situazione di legalità.

Il comportamento di Vivendi, culminato nell'acquisto delle azioni Mediaset, aveva costituito, infine, il coronamento di una spregiudicata strategia di concorrenza sleale attuata in violazione dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. in danno di Fininvest e di Mediaset.

In particolare, la società convenuta avrebbe compiuto atti di concorrenza sleale nei confronti di Fininvest, andando a contenderle il controllo di Mediaset, in spregio a primarie norme di ordine pubblico economico e alle più elementari regole di correttezza professionale che l'art. 2598 n. 3 c.c. pone a presidio della concorrenza tra imprese.

Le due società sono, infatti, entrambe operatori primari del "*mercato del controllo societario*" disciplinato nell'ambito della legislazione finanziaria all'art. 91 Tuf, ove sarebbero in naturale rapporto di concorrenza, contendendosi l'acquisto di partecipazioni di controllo delle società che operano nel settore delle comunicazioni, dei media e delle *pay tv*.

Nell'insidiare il controllo di Fininvest su Mediaset attraverso la scalata ostile la società convenuta aveva, non solo, violato le regole pubblicistiche a presidio dell'integrità e trasparenza del mercato azionario contenute nel TUF e le regole di efficienza del mercato delle telecomunicazioni dettate dall'art. 43 del Tusmar ma aveva agito in violazione dei doveri di correttezza professionale nella sua veste di impresa concorrente sullo stesso mercato del controllo societario. Le aveva, così, provocato un danno da concorrenza sleale di almeno un miliardo di euro, per aver messo in discussione il suo controllo di fatto su Mediaset ed aver inciso profondamente sulle sue strategie di riassetto del Gruppo, costringendola ad attuare manovre difensive di consolidamento della propria partecipazione in Mediaset, attraverso acquisti di azioni sino al 30,53% del capitale con un esborso "pronta cassa" di oltre 200 milioni di euro.



Il comportamento complessivo di Vivendi integrerebbe l'illecito di concorrenza sleale previsto dall'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. anche nei confronti di Mediaset e RTI, trattandosi di società appartenenti a due gruppi che agiscono in diretta concorrenza sia nel mercato europeo delle *pay tv*, attraverso le rispettive società controllate Canalplus e Mediaset Premium, sia nel mercato italiano dei *media*, ove Mediaset opera storicamente come *leader* e Vivendi era di recente penetrata con l'acquisizione del controllo di Telecom.

La concorrenza sleale di Vivendi nei confronti di Mediaset e RTI era stata perpetrata in gravissima violazione dei principi di correttezza professionale attraverso la strumentalizzazione della vicenda negoziale, che le aveva consentito di acquisire informazioni riservate necessarie per "sbarcare" sul mercato della *pay tv* italiana con la controllata Telecom, e mediante l'acquisto della partecipazione di "blocco" nel capitale Mediaset che le aveva consentito di paralizzare l'attività della concorrente, occupando illecitamente nell'azionariato Mediaset la "casella" del *partner* strategico indispensabile per continuare ad operare con profitto nel settore, con il potere di sabotare *sine die* ogni futura scelta gestoria della sua concorrente.

Per effetto delle condotte descritte Mediaset e RTI avevano subito un danno quantificabile in misura non inferiore a due miliardi di euro.

Dall' illecito concorrenziale delineato derivava non solo il diritto di Fininvest, Mediaset e RTI al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2600 c.c., ma anche l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 2599 c.c. da attuarsi, la sanzione ripristinatoria, mediante ordine a Vivendi di dismissione di tutte le azioni Mediaset acquistate per effetto di atti di concorrenza sleale con inibizione, nelle more, dell'esercizio dei diritti sociali connessi alla partecipazione e, la sanzione inibitoria, mediante divieto di procedere ad ulteriori acquisti.

Le società attrici chiedevano, pertanto, previo accertamento della violazione dei divieti contrattuali e legali di acquisto delle azioni Mediaset da parte di Vivendi e relativa declaratoria di nullità dei relativi atti di acquisto oltre che del compimento di atti di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c., l'emissione nei confronti di Vivendi:

-dell'ordine di dismissione della partecipazione in Mediaset con inibitoria nelle more dell'esercizio dei diritti sociali a pena del pagamento, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., della somma di € 500.000 per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione,

-dell'inibitoria a procedere ad ulteriori acquisti di azioni Mediaset nonché dell'ordine di astenersi dal



lanciare un'OPA o un'OPS volontaria su Mediaset a pena del pagamento, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., della somma di € 500.000 per ciascuna violazione del divieto,

- della condanna al risarcimento del danno mediante pagamento a Fininvest di una somma non inferiore a un miliardo di euro e a favore di Mediaset e RTI di una somma non inferiore a due miliardi di euro.

Nel costituirsi in giudizio Vivendi ha contestato la ricostruzione distorta della vicenda da parte delle società attrice sostenendo di aver rifiutato l'esecuzione dell'accordo dell'8 aprile 2016, non certo in attuazione di una strategia illecita premeditata, ma per legittima reazione al tentativo di Mediaset di scaricare il peso della grave situazione economica e finanziaria di Mediaset Premium, sventato dall'esito della successiva *due diligence* che aveva evidenziato la sua dolosa reticenza nel corso delle trattative su dati fondamentali per la valutazione dell'operatività dell'impresa e la stima dell'attendibilità dei livelli di crescita esposti nel *business plan*.

Sosteneva, poi, di aver proceduto all'acquisto delle azioni Mediaset nel mese di dicembre 2016, soltanto dopo che era venuta meno ogni possibilità di realizzazione dell'alleanza strategica originariamente prevista e non certo a prezzo di sconto ma ad un prezzo medio per azione pari ad € 3,69, superiore alla quotazione del giorno antecedente la stipulazione del contratto, quando era pari ad € 3,32, sostenendo un esborso complessivo di oltre 1,2 miliardi di euro.

Negava, inoltre, di aver in alcun modo paralizzato l'attuazione di alleanze strategiche da parte di Mediaset con altri operatori nel settore della *pay tv* o insidiato a Fininvest il suo controllo, rimasto saldamente nelle sue mani di socio di maggioranza, così come nessuna della società controllate, ivi compresa la Tim, aveva partecipato alle aste per l'aggiudicazione dei diritti calcistici del 10-14 giugno 2017 o compiuto un qualsiasi altro atto di concorrenza sleale nei confronti di Mediaset.

Riferiva, infine, di aver impugnato innanzi al Tar del Lazio la deliberazione dell'Agcom 178/17/CONS del 18 aprile 2017 che aveva accertato la violazione da parte di Vivendi con l'acquisto delle azioni Mediaset dell'art. 43 del Tusmar in difetto dei presupposti e di avere, comunque, nel frattempo adottato il piano di trasferimento di parte delle azioni detenute in Mediaset a soggetto indipendente, piano di cui l'Autorità Garante aveva preso atto in data 13 settembre 2017.

Eccepiva, pertanto, in via pregiudiziale,

- il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 37 c.p.c., in relazione alle domande delle società attrice dirette ad ottenere l'ordine di dimissione delle azioni di Mediaset



- e l'inibitoria del diritto di voto, trattandosi di misure ripristinatorie della pretesa violazione dell'art. 43 del Tusmar di competenza esclusiva dell'autorità garante e, dunque, della pubblica amministrazione;
- il difetto di legittimazione o interesse ad agire di Fininvest rispetto sia alle domande di natura contrattuale, dal momento che non era stata parte dell'accordo dell' 8 aprile 2016, stipulato da Vivendi con Mediaset e RTI, né poteva ritenersi titolare di diritti derivanti dal patto parasociale mai sottoscritto né divenuto efficace, sia alle domande fondate sulla presunta concorrenza sleale, per l'inconfigurabilità di qualsiasi rapporto di concorrenza tra una *holding* di partecipazioni come Fininvest e una società industriale attiva nel mercato dei *media* come Vivendi;
 - il difetto di legittimazione ed interesse ad agire di tutte le società attrici rispetto alle domande dirette ad ottenere la dismissione delle azioni di Mediaset sulla base della pretesa nullità degli acquisti per violazione dell'art. 43 del Tusmar, posto che la restituzione delle prestazioni eseguite in forza di atti negoziali nulli spetta, ai sensi dell'art. 2033 c.c., solo all'altra parte contraente e cioè, agli originari alienanti delle azioni Mediaset, e che, per far valere la nullità di atti negoziali a presidio dell'interesse generale al pluralismo dell'informazione, è necessario evidenziare in concreto la lesione di un proprio diritto derivante dalla violazione;
 - la pregiudizialità amministrativa, in ragione della contemporanea pendenza del giudizio innanzi al Tar del Lazio adito per l' annullamento della deliberazione dell'Agcom su cui si fondano le domande delle società attrici, che renderebbe necessaria la sospensione del presente giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

Nel merito contestava le domande delle società attrici fondate sulla pretesa violazione di obblighi contrattuali evidenziando che l'accordo dell'8 aprile 2016, sospensivamente condizionato al rilascio delle autorizzazioni nazionali e sovranazionali necessarie all'attuazione dello scambio azionario entro il 30 settembre 2016, non prevedeva alcun obbligo di mantenimento dello *status quo* nell'azionariato Mediaset prima del *closing* mentre l'unico accordo che avrebbe comportato per Vivendi limiti all'acquisto delle azioni Mediaset avrebbe dovuto essere sottoscritto da Fininvest contestualmente allo scambio azionario mai avvenuto.

In ogni caso l'acquisto delle azioni Mediaset era stato effettuato nel mese di dicembre 2016, quando l'accordo dell'8 aprile 2016 era divenuto definitivamente inefficace per il mancato avveramento della condizioni sospensiva e dopo che, con l'iniziativa giudiziaria del deposito, il 5 ottobre 2016 da parte di



Mediaset del ricorso per sequestro giudiziario del 3,5% delle sue azioni, era ormai tramontata ogni possibilità di rinegoziare le condizioni dell'alleanza strategica, come comunicato al mercato il 19 ottobre 2016.

La società convenuta sosteneva, quindi, che al momento dell'acquisto delle azioni Mediaset era svincolata da qualsiasi previsione esplicita o implicita contenuta nell'accordo dell'8 aprile 2016, ormai divenuto definitivamente inefficace, senza alcun possibilità di applicazione dell'invocata *fiction iuris* di avveramento prevista dall'art. 1359 c.c. in ragione della natura dell'evento dedotto in condizione costituito dall'autorizzazione amministrativa da parte della Commissione europea, indispensabile per la conclusione dell'operazione di scambio azionario programmata.

Contestava, altresì, le domande delle società attrici fondate sulla pretesa violazione dell'art. 43 del Tusmar sostenendo che la norma sarebbe stata erroneamente applicata dall'Agcom con riferimento a società collegate ed in difetto del raggiungimento da parte della società convenuta delle soglie previste e che, comunque, la norma come interpretata dall'Autorità garante, sarebbe incompatibile con i principi fondamentali del diritto Ue in tema di libera circolazione dei capitali e libera prestazione dei servizi.

La nullità dell'acquisto delle azioni prevista dall'art. 43 comma 5 del Tusmar e le misure ripristinatorie mediante dismissione e inibitoria del diritto di voto non sarebbero, comunque, effetto automatico dell'accertamento della violazione della norma ma seguirebbero ad un'apposita verifica dell'Autorità garante che, nel caso in esame, ha richiesto l'adozione di misure alternative volte alla sterilizzazione dell'esercizio di taluni diritti inerenti alle azioni che eccedono il 9.99% del capitale sociale in modo da eliminare l'influenza dominante in assemblea.

Contestava, infine, l'applicabilità nella fattispecie della disciplina della concorrenza sleale prevista all'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. in mancanza di un qualsiasi rapporto di concorrenza tra Vivendi e le società attrici.

In particolare Fininvest e Vivendi non potrebbero neanche astrattamente operare in concorrenza perché non si rivolgono allo stesso mercato e non condividono la stessa clientela, neanche nel presunto "*mercato del controllo societario*", espressione funzionale ad indicare il regolamento delle transazioni e operazioni nell'ambito del mercato di capitali da cui possono scaturire mutamenti del controllo societario, priva di rilevanza nell'applicazione delle norme civilistiche in tema di concorrenza sleale.

Nel caso specifico, poi, la società convenuta non avrebbe concorso neanche nel mercato del controllo societario posto che ha acquistato in Mediaset solo un "pacchetto di minoranza" che non le conferisce il



controllo della società.

La società convenuta negava anche di essere in concorrenza con Mediaset, non essendo configurabile un mercato europeo delle *pay tv*, che è mercato tipicamente a dimensione nazionale in considerazione del regime normativo e delle barriere linguistiche, e non avendo mai operato sul mercato italiano della *pay tv* neanche attraverso la controllata Tim che era attiva nel diverso settore dell'offerta di servizi televisivi a pagamento via internet.

Negava, comunque, di aver mai compiuto atti di concorrenza sleale nei confronti delle società attrice dato che non aveva in alcun modo utilizzato le informazioni apprese su Mediaset Premium all'esito della *due diligence* per ottenere vantaggi competitivi né aveva tratto alcun vantaggio concorrenziale dalla pretesa violazione dell'art. 43 del Tusmar o delle norme del TUF, posto non aveva affatto acquistato le azioni Mediaset a prezzo di sconto.

Contestava, infine, l'ammissibilità delle domande di ripristino e di inibitoria formulate dalle società attrici con riferimento ad una presunta attività concorrenza sleale, ormai conclusa da tempo, nonché la fondatezza delle iperboliche domande risarcitorie.

A quest'ultimo proposito sottolineava che Fininvest aveva sempre mantenuto saldamente il controllo di Mediaset e non era stata in alcun modo costretta ad ampliare la sua partecipazione con l'acquisto di nuove azioni della società controllata che, comunque, le restavano in portafoglio senza recarle alcun pregiudizio.

Neanche Mediaset aveva subito danno né alcuna paralisi della sua attività tanto che aveva concluso alleanze con altri operatori del settore, in particolare con il gruppo francese TF1 e quello tedesco ProSeibenSat.1, ed aveva regolarmente partecipato all'asta per l'aggiudicazione dei diritti calcistici della UEFA Champions League.

La società convenuta chiedeva, pertanto, la sospensione del presente giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c. in attesa della definizione del giudizio pendente innanzi al Tar del Lazio per l'annullamento della delibera Agcom 178/17/CONS del 18 aprile 2017 ed il rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE alla Corte di Giustizia dell'UE per la valutazione della compatibilità dell'art. 43 commi 4 e 11 del Tusmar con le previsioni del medesimo trattato.

Quindi, in via pregiudiziale di rito, insisteva per la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle domande fondate sulla violazione dell'art. 43 del Tusmar per ottenere



l'emanazione di provvedimenti riservati alla pubblica amministrazione e di inammissibilità delle domande proposte dalle società attrici in difetto di legittimazione ed interesse ad agire e, comunque, per il rigetto nel merito di tutte le domande proposte dalle società attrici.

All'udienza di trattazione della causa le società attrici chiedevano la riunione del presente giudizio alle cause riunite, pendenti fra le stesse parti al n. RG 47205/2016 e 47575/2016, per la manutenzione del contratto di scambio azionario dell'8 aprile 2016 ed il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inadempimento imputabile a Vivendi, ed il giudice istruttore assegnava alle parti i termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c.

Nella prima memoria di trattazione le società attrici contestavano le eccezioni pregiudiziali di rito sollevate dalla società convenuta sostenendo, in particolare, la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di accertamento in sede civile della nullità degli atti negoziali compiuti in violazione dell'art. 43 del Tusmar che sussisterebbe a prescindere dai provvedimenti rimediali adottati dall'Autorità garante e l'inesistenza della pregiudizialità amministrativa dal momento che l'illiceità degli acquisti delle azioni Mediaset discende direttamente dalla violazione della norma richiamata e non dipende dal provvedimento amministrativo.

Contestavano, poi, la pretesa incompatibilità dell'art. 43 del Tusmar con i principi fondamentali del diritto della UE, trattandosi di norma indistintamente applicabile indipendentemente dalla nazionalità degli operatori interessati, a presidio del pluralismo dell'informazione, valore tutelato anche dall'ordinamento europeo, del tutto coerente con il principio di proporzionalità nell'apposizione dei limiti all'acquisto di partecipazioni in società collegate che operino, al contempo, nel mercato delle comunicazioni elettroniche e in un mercato diverso, riconducibile al sistema integrato delle comunicazioni.

Nella prima memoria di trattazione la società convenuta riferiva della verifica di fatti nuovi che renderebbero evidente l'inammissibilità e l'infondatezza delle domande proposte dalle società attrici per ottenere l'emissione dell'ordine di dismissione delle azioni Mediaset in vista dell'esecuzione coattiva dell'accordo dell'8 aprile 2016.

Riferiva, in particolare, di aver dato integrale esecuzione alla delibera dell'Agcom del 18 aprile 2017, trasferendo, in data 10 aprile 2018, le proprie azioni in Mediaset eccedenti il 9,99% del capitale sociale alla società indipendente Simon Fiduciaria s.p.a., e di aver cessato l'attività di direzione e coordinamento su TIM con il rinnovo del consiglio di amministrazione in data 4 maggio 2018, così da



superare ogni questione di nullità degli acquisti e di obbligo di dismissione delle azioni, fondata sulla violazione dell'art. 43 comma 11 del Tusmar.

Dal canto suo, Fininvest aveva acquistato ulteriori azioni di Mediaset sino a divenire titolare, dal mese di marzo 2018, del 40,28% del capitale sociale, corrispondente al 41,86% del diritti di voto, così da consolidare la propria posizione di controllo mentre Mediaset aveva concluso, il 30 marzo 2018, un accordo di collaborazione con Sky Italia s.r.l. che rendeva visibili sulla piattaforma satellitare di Sky i canali Cinema e Premium di Mediaset Premium e, il 10 maggio 2018, un accordo strategico con Tim per permettere ai clienti Timvision di vedere tutti i canali in chiaro di Mediaset, così da rendere non più attuabile l'alleanza strategica programmata nell'accordo con Vivendi dell'8 aprile 2016 di cui aveva chiesto in giudizio l'adempimento.

All'udienza del 4 dicembre 2018 le società attrici insistevano nell'istanza di riunione dei processi e modificavano la domanda di adempimento del contratto dell'8 aprile 2016 e del patto parasociale in domanda di risoluzione del vincolo per inadempimento di Vivendi al divieto di acquisto di azioni Mediaset, ai sensi dell'art. 1453 c.c., mantenendo ferme tutte le altre domande e chiedendo termine per l'integrazione delle istanze istruttorie.

Il giudice istruttore, preso atto della modificazione della domanda da parte delle società attrici assegnava loro il termine per l'integrazione delle istanze istruttorie e alla società convenuta un termine per la replica. Respingeva, invece, l'istanza di riunione, ritenendo insussistenti i presupposti di economia processuale che potessero giustificarla in considerazione della pendenza, solo nel presente giudizio, delle richieste di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE che, ove accolte, ne avrebbero ritardato la definizione, rendendo inopportuna la trattazione in unico processo con le altre due cause.

Nella memoria autorizzata dopo il mutamento della domanda da parte delle società attrici, Vivendi eccepiva il difetto di legittimazione di Fininvest a chiedere la risoluzione del contratto di cui non era stata parte e la mancanza di legittimazione delle società attrici a pretendere l'emissione dell'ordine di dismissione delle azioni di Mediaset in conseguenza della domanda di risoluzione una volta venuto meno l'interesse alla realizzazione dell'operazione nei termini concordati.

Contestava, quindi, l'ampliamento delle domande risarcitorie operato dalle società attrici attraverso la produzione delle relazioni dei consulenti tecnici di parte prof. Massari e prof. Borrè, in quanto fondate su fatti costitutivi diversi da quelli oggetto della domanda originaria di adempimento che riguardava



l'asserito inadempimento dell'obbligazione c.d. di *standstill*, implicita nell'accordo dell'8 aprile 2016 e non dell'obbligazione di acquistare Mediaset Premium.

Eccepsiva, pertanto, l'inammissibilità delle domande risarcitorie relative a voci di danno diverse da quelle conseguenti al tentativo di scalata.

Successivamente, con ordinanza del 29 luglio 2019, il giudice istruttore, rimessa al Collegio ogni valutazione delle richieste istruttorie delle parti all'esito della decisione sulle richieste di sospensione del giudizio e sulle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito sollevate dalla società convenuta, fissava udienza di precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 22 settembre 2020 la società convenuta produceva la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 3 settembre 2020, pronunciata nella causa tra Vivendi e l'Agcom sulla questione della compatibilità dell'art. 43 del Tusmar con l'ordinamento europeo e le parti precisavano le conclusioni chiedendo tutte la discussione orale della causa innanzi al Collegio, ai sensi dell'art. 275 c.p.c., a cui il giudice rimetteva le cause per la decisione con assegnazione alle parti dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e memorie di replica.

Dopo la scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica e prima dell'udienza dell'11 febbraio 2021 fissata dal Presidente per la discussione orale delle cause innanzi al Collegio, le società attrici, con istanza depositata il 1 febbraio 2021, chiedevano di essere rimesse in termini ai sensi dell'art. 153 comma 2 c.p.c. per la produzione di documenti estratti dal fascicolo delle indagini preliminari concluse dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano nei confronti di Vincent Bolloré e Arnaud De Puyfontaine, in relazione al reato contestato di manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 185 TUF, sostenendo di aver avuto accesso al fascicolo delle indagini preliminari solo in data 8 gennaio 2021 e di aver estratto documentazione rilevante a conferma della tesi sostenuta della preordinazione dell'inadempimento al contratto preliminare di scambio di partecipazioni azionarie da parte di Vivendi al fine di far crollare il prezzo del titolo Mediaset in borsa ed agevolare la scalata ostile volta ad acquistare "a sconto" una partecipazione di "blocco" nel capitale di Mediaset.

Con memoria depositata il 9 febbraio 2021 la società convenuta contestava le produzioni documentali avversarie, inammissibilmente eseguite dopo la rimessione della causa in decisione, in quanto estrazione parziale e selettiva di una ventina di documenti dal fascicolo delle indagini preliminari che ne conterrebbe oltre 27.000, e produceva a sua volta, in replica, una serie di documenti, scoperti solo



dopo l'accesso al fascicolo delle indagini preliminari, a conferma delle proprie tesi difensive, proponendo, a sua volta, istanza di rimessione in termini ai sensi dell'art. 153 comma 2 c.p.c.

Nel corso dell'udienza di discussione le parti non si opponevano alle produzioni documentali tardive della controparte a condizione dell'ammissione delle proprie e dopo ampia discussione delle questioni oggetto di controversia anche alla luce delle risultanze dei nuovi documenti, la causa veniva trattenuta in decisione.

Le questioni processuali e le eccezioni pregiudiziali di rito.

Preliminarmente deve essere esaminata l'istanza di remissione in termini formulata da entrambe le parti ai sensi dell'art. 153 comma 2 c.p.c. con riferimento alla produzione dei documenti allegati alle note depositate il 1.2.2021 ed il 9.2.2021, dopo la scadenza dei termini per il deposito delle memorie di replica, a ridosso dell'udienza fissata per la discussione orale della causa innanzi al Collegio.

Come noto l'art. 153 comma 2 c.p.c. consente alla parte di ottenere la rimessione in termini per l'esecuzione di attività processuale preclusa per effetto della scadenza del termine perentorio a cui è sottoposta, ove dimostri di essere incorsa nella decadenza per causa non imputabile alla sua sfera giuridica.

Nel caso in esame entrambe le parti invocano la rimessione in termini sostenendo di aver avuto la disponibilità della documentazione in questione solo dopo aver ottenuto, l'8 gennaio 2021, l'autorizzazione da parte del Pubblico Ministero all'estrazione delle copie dal fascicolo delle indagini preliminari del procedimento penale avviato nei confronti di Vincent Bolloré e Arnaud De Puyfontaine, in relazione al reato di manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 185 TUF.

Nella situazione descritta nessuna delle parti ha contestato l'esistenza del presupposto della non imputabilità della causa della decadenza dal potere di produrre documenti, maturata nel presente processo il 9 luglio 2018 con la scadenza del termine assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 183 comma 6 c.p.c., e deve, pertanto, ritenersi l'ammissibilità della tardiva produzione dei documenti in questione, ancorché effettuata dopo la chiusura della fase istruttoria e la rimessione in decisione delle cause, per evidenti ragioni di economia processuale, trattandosi di materiale probatorio che, comunque, potrebbe essere acquisito al processo nella fase di appello, ai sensi dell'art. 345 c.p.c.

L'ammissione delle parti alla produzione documentale ultra tardiva non può, a scanso di equivoci,



tradursi nel superamento della barriera delle preclusioni riferite alla trattazione delle cause, restando ferma la sua utilizzabilità ai fini della decisione per l'accertamento dei soli fatti e circostanze tempestivamente dedotte dalle parti prima della maturazione delle preclusioni assertive, come noto, connessa alla scadenza del termine perentorio per il deposito della memoria di trattazione ai sensi dell'art. 183 comma 6 n. 1 c.p.c.

Resta, infine, ferma l'inutilizzabilità ai fini della decisione dei documenti che avrebbero dovuto essere prodotti entro il termine di decadenza e che sono, invece, stati allegati dalle parti alle comparse conclusionali e memorie di replica, come lo studio del prof. Bini (allegato n. 1 alla comparsa conclusionale di parte attrice) ed i pareri *pro veritate* del prof. Anelli e del prof. Cassese (doc. 117 e 120 allegati alla comparsa conclusionale di parte attrice), che sono documenti di formazione successiva alla scadenza del termine per causa imputabile alla stessa parte che li ha tardivamente commissionati ai propri consulenti.

Procedendo all'esame delle eccezioni pregiudiziali di rito sollevate dalla società convenuta con riferimento alle domande delle società attrici fondate sulla violazione dell'art. 43 del Tusmar e della richiesta di sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della definizione del giudizio pendente innanzi al giudice amministrativo sull'impugnazione della deliberazione dell'Agcom 178/17/CONS in data 18 aprile 2017, ogni questione deve ritenersi assorbita dalla sopravvenuta pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE del 3 settembre 2020 sull'interpretazione dell'art. 49 TFUE in relazione ai limiti desumibili dalla disciplina dell'art. 43 del Tusmar, emessa a seguito di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, ad opera del Tar del Lazio nel giudizio di impugnazione della delibera dell'Agcom.

La pronuncia in questione, pur non avendo determinato la cessazione della materia del contendere a fronte del persistente contrasto fra le parti sui suoi effetti nell'ordinamento interno, impone di affrontare la questione prioritaria, attinente alla fondatezza nel merito delle domande delle società attrici, della compatibilità della norma interna invocata con l'ordinamento dell'UE sulla base delle indicazioni desumibili dalla pronuncia.

Non si ravvisa, quindi, la necessità della sospensione del presente giudizio in attesa della definizione del giudizio pendente innanzi al giudice amministrativo sull'impugnazione della delibera dell'Agcom 178/17/CONS del 18 aprile 2017, peraltro, nel frattempo annullata con sentenza del Tar del Lazio del 23 dicembre 2020 n. 13958.



Né pare possibile affrontare la questione del difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 37 c.p.c., a pronunciarsi sulle domande dirette ad ottenere le misure rimediale alla pretesa violazione dell'art. 43 del Tusmar, una volta divenuta prioritaria la questione della disapplicazione con efficacia retroattiva della norma di diritto interno invocata dalla società attrice a fondamento delle predette domande, la cui soluzione è senza alcun dubbio riservata al potere giurisdizionale.

Al riguardo è sufficiente rilevare che l'esercizio del potere di disapplicazione della norma interna in contrasto con l'ordinamento dell'UE, non attiene ai limiti esterni delle attribuzioni del giudice rispetto ai poteri della pubblica amministrazione ma alla decisione nel merito, e non investe, pertanto, la giurisdizione (Cass. SU 10.1.1992 n. 187; Cass. 23.9.2020 n. 19952).

Anche le eccezioni di difetto di legittimazione o interesse ad agire, sollevate dalla società convenuta con riferimento alla prospettazione da parte delle società attrici di posizioni giuridiche soggettive di derivazione contrattuale o extracontrattuale di cui non sarebbero in realtà titolari o alla cui tutela non avrebbero interesse, sono prive di fondamento.

Il fatto che la parte attrice nella formulazione della domanda giudiziale vanti di essere titolare di una posizione giuridica soggettiva di cui non è effettivamente titolare non implica, infatti, la mancanza della condizione dell'azione costituita dalla legittimazione ad agire in giudizio, che richiede la prospettazione a fondamento dell'azione di un diritto altrui, ma si traduce in una possibile ragione di infondatezza nel merito della domanda ove, all'esito del giudizio, dovesse risultare inesistente il diritto vantato. Allo stesso modo, costituisce un profilo di possibile infondatezza nel merito della domanda, l'individuazione da parte dell'attore di un interesse alla pronuncia del provvedimento giurisdizionale che dovesse rivelarsi giuridicamente privo di tutela all'esito del giudizio.

In particolare le eccezioni di difetto di legittimazione ad agire di Fininvest sollevate dalla società convenuta rispetto sia alle domande di natura contrattuale - rilevando che la società era rimasta estranea all'accordo dell'8 aprile 2016 e non poteva vantare diritti in forza di un patto parasociale mai sottoscritto né divenuto efficace - sia alle domande fondate sulla presunta concorrenza sleale - sostenendo l'inconfigurabilità del rapporto di concorrenza - costituiscono evidente contestazione dell'esistenza della titolarità dei diritti vantati come propri dalla società attrice, sotto il profilo della mancanza dei presupposti del loro sorgere in relazione alle fattispecie invocate, attinenti a profili di fondatezza nel merito delle domande.

Allo stesso modo l'eccezione di difetto di interesse ad agire di tutte le società attrici rispetto alla

domanda di natura contrattuale diretta ad ottenere l'ordine di dismissione delle azioni Mediaset e l'inibitoria del diritto di voto, riproposta dopo il mutamento della domanda originaria di adempimento dell'accordo del 8 aprile 2016 e del patto parasociale accessorio in domanda di risoluzione del vincolo, attiene non al profilo della mancanza di interesse attuale e concreto all'emissione del provvedimento giurisdizionale richiesto, ma all'esistenza del diritto ad ottenerlo come pronuncia conseguente alla domanda di scioglimento del vincolo ai sensi dell'art. 1458 c.c.

Tutte le eccezioni pregiudiziali di rito sollevate dalla società convenuta devono, pertanto, essere disattese.

Deve procedersi, quindi, all'esame nel merito delle domande proposte dalle società attrici.

Le domande delle società attrici fondate sull'inadempimento contrattuale.

Le tre società attrici Fininvest, Mediaset e RTI per sostenere l'illiceità della scalata ostile a Mediaset tentata da Vivendi nel mese di dicembre 2016 acquistandone le azioni quotate in borsa sino a detenere una partecipazione di "blocco" pari al 28,8 % del capitale sociale, hanno lamentato, innanzitutto, la violazione da parte della società convenuta dell'accordo preliminare di scambio azionario dell'8 aprile 2016, stipulato con Mediaset e RTI, per la creazione di un'alleanza strategica nel settore dei *media* a livello internazionale e del patto parasociale accessorio che avrebbe dovuto sottoscrivere con Fininvest al momento del trasferimento reciproco delle azioni.

Con il tentativo di scalata Vivendi avrebbe violato, in particolare, la previsione implicita nel regolamento contrattuale e sottesa allo scopo della realizzazione di un'alleanza strategica paritetica, dell'obbligo di mantenere invariata "la situazione di partenza" dell'azionariato di Mediaset implicante la preclusione a Vivendi dell'ingresso nella compagine sociale prima dell'esecuzione dello scambio azionario programmato, quando, con la sottoscrizione del patto parasociale sarebbero divenuti vincolanti i limiti quantitativi degli ulteriori acquisti di azioni Mediaset pattuiti per evitare l'OPA obbligatoria.

In particolare, nello scopo della complessa operazione negoziale mirante alla creazione tra i due gruppi imprenditoriali di un'alleanza paritetica e nel contenuto complessivo del regolamento contrattuale doveva ritenersi implicita, secondo l'interpretazione ed esecuzione di buona fede del contratto, la previsione di una vera e propria clausola di *standstill* che vietava a Vivendi di acquistare azioni Mediaset prima del *closing*.



L'alleanza strategica avrebbe, infatti, dovuto essere realizzata attraverso l'attuazione di un regolamento contrattuale che prevedeva, al momento della conclusione dell'operazione, la permuta di azioni pari al 3,5% del capitale di Mediaset e al 100% del capitale di Mediaset Premium con azioni pari al 3,5% del capitale di Vivendi e la contestuale stipulazione di un patto parasociale che sottoponeva a limiti quantitativi gli ulteriori acquisti di azioni Mediaset da parte di Vivendi.

Nella prospettiva della domanda di adempimento del contratto, dal momento che gli acquisti azionari effettuati da Vivendi in violazione della clausola di *standstill* avrebbero precluso la conclusione dell'operazione nei termini concordati, le società attrici avevano richiesto la condanna della società convenuta alla dismissione delle azioni di Mediaset nel frattempo acquistate da Vivendi e l'inibitoria, nelle more, dell'esercizio dei diritti sociali inerenti la partecipazione illegittimamente acquisita.

Successivamente con il mutamento della domanda di adempimento in risoluzione ai sensi dell'art. 1453 comma 2 c.c. le società attrici si sono limitate a ribadire la domanda di emissione dell'ordine di dismissione delle azioni Mediaset e di inibitoria all'esercizio dei diritti sociali che, solo nella comparsa conclusionale, hanno qualificato come domanda di risarcimento in forma specifica del danno derivato dall'inadempimento, dimenticando di aver prodotto con la memoria di integrazione delle istanze istruttorie una relazione del consulente tecnico di parte prof. Borrè, diretta alla quantificazione per equivalente del danno subito in conseguenza della scalata (v. doc. 99 da pag. 36).

L'incoerenza derivante dal progressivo stratificarsi di nuove difese e dalla proposizione indistinta delle azioni da parte delle tre società attrici, in posizione molto diversa rispetto alla fonte negoziale dei diritti invocati, impone di procedere all'esame delle domande di matrice contrattuale dopo aver chiaramente distinto la diversa situazione delle società attrici.

Iniziando dall'esame delle domande contrattuali proposte dalla Fininvest, la loro palese infondatezza emerge dalla semplice constatazione che sono fondate sul contratto preliminare di scambio azionario sospensivamente condizionato, stipulato l'8 aprile 2016 da Mediaset e RTI, a cui è rimasta estranea, oltre che sul patto parasociale mai sottoscritto con Vivendi e, dunque, mai tradottosi in un accordo giuridicamente vincolante.

L'azione di risoluzione del vincolo contrattuale per inadempimento è rimedio contrattuale riservato alle parti contraenti di un vincolo negoziale validamente perfezionato e non è appannaggio di soggetti rimasti estranei alla pattuizione mentre non può essere invocata dal terzo, a fondamento delle proprie pretese risarcitorie, una clausola di previsione dell'impegno nei confronti dei contraenti a concludere



un patto parasociale, mai divenuta efficace in ragione del mancato avveramento di una condizione sospensiva.

L'art. 8 dell'accordo concluso da Mediaset e RTI secondo cui “ *Al closing Vivendi e Finanziaria d'Investimento Fininvest s.p.a. sottoscriveranno il Patto parasociale accluso al presente, nella forma concordata, come allegato N*”, contiene, essenzialmente, la previsione dell'impegno assunto da Vivendi nei loro confronti di stipulare con Fininvest il patto parasociale alle condizioni del testo allegato e non ha mai prodotto effetti obbligatori in ragione del mancato avveramento della condizione sospensiva del rilascio dell'autorizzazione *antitrust* europea necessaria per l'attuazione dello scambio azionario a cui il contratto era sottoposto, rispetto alla quale non era neanche immaginabile l'operatività della *fictio iuris* di avveramento.

Alla clausola n. 2.1 dell'accordo le parti avevano, infatti, subordinato l'efficacia del vincolo negoziale al verificarsi della condizione sospensiva dell’*“ottenimento, entro i termini di legge, di tutte le approvazioni, i permessi e le autorizzazioni di qualsiasi autorità competente nazionale e sovranazionale (comprese eventuali autorizzazioni obbligatorie in materia di controllo sulle fusioni) necessari per completare le operazioni.”*

L'inapplicabilità del meccanismo della *fictio iuris* previsto dall'art. 1359 c.c. secondo cui la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento deriva: (i) dal carattere bilaterale della condizione, chiaramente apposta dai contraenti nell'interesse di entrambe le parti alla costituzione dell'alleanza strategica; (ii) dalla natura dell'evento dedotto in condizione, costituito dal rilascio di autorizzazioni amministrative, indispensabili a realizzare la finalità economica del contratto, che non possono essere sostituite dalla semplice finzione legale della loro effettiva emanazione.

Afferma, al riguardo, la giurisprudenza di legittimità che la previsione dell'art. 1359 c.c. “ *non è applicabile alla "condicio iuris" sospensiva non potendosi sostituire con una semplice finzione legale la effettiva emanazione dell'atto amministrativo di autorizzazione, richiesto dalla legge come requisito legale dell'efficacia del negozio e come tale, peraltro, eventualmente considerato dalle stesse parti private.*” (v. Cass. 22.3.2001 n. 4110 in motivazione; Cass. 2.6.1992 n. 6676; Cass. 5.2.1982 n. 675).

Nel caso in esame, il mancato avveramento della condizione del rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità preposta alla verifica della compatibilità della concentrazione con il mercato comune, prevista dall'art. 7 comma 1 del Regolamento 139/2004 CE, quale che ne fosse la ragione, ha

comportato l'impossibilità dello scambio azionario, fonte potenziale di una concentrazione di dimensione comunitaria, e non avrebbe potuto in alcun modo essere surrogata dalla finzione di avveramento. (v. sentenza Tribunale di Milano nella causa RG 47205 e 47575/2016 da pag. 39 a pag. 41 che si richiama integralmente).

Nessun diritto potestativo di risoluzione del contratto o pretesa di risarcimento del danno per inadempimento può vantare, quindi, Fininvest in relazione alle previsioni contrattuali richiamate né in relazione al patto parasociale che non è stato mai stipulato.

Tutte le azioni contrattuali e risarcitorie di Fininvest fondate sull'inadempimento contrattuale sono, pertanto, prive di fondamento.

Anche la domanda formulata da Mediaset e RTI di risoluzione dell'accordo dell'8 aprile 2016 sospensivamente condizionato per inadempimento da parte di Vivendi del divieto implicito di acquisto delle azioni Mediaset prima del *closing* è priva di fondamento in ragione della presenza nel regolamento contrattuale di una specifica previsione di scioglimento del vincolo allo scadere del termine pattuito per l'avveramento della condizione sospensiva e dell'inconfigurabilità nella fattispecie descritta dell'inadempimento lamentato.

Sotto il primo aspetto la questione della configurabilità del rimedio della risoluzione giudiziale per inadempimento del contratto sospensivamente condizionato, già inefficace in ragione del mancato avveramento della condizione, nei limiti della necessità di uno dei contraenti di recidere un vincolo negoziale perfetto e valido ove la condizione sia mancata per effetto della violazione da parte dell'altro degli obblighi prodromici specificamente derivanti dal dovere di comportarsi secondo buona fede in pendenza della condizione previsto dall'art. 1358 c.c., è superata dalla presenza nel regolamento negoziale di una pattuizione espressa sulle sorti del vincolo alla scadenza del termine previsto per l'avveramento della condizione. (v. sentenza Tribunale di Milano nella causa RG 47205 e 47575/2016 da pag. 41 a pag. 43 che si richiama integralmente).

Proprio per evitare l'indefinita persistenza degli effetti prodromici del contratto sospensivamente condizionato le parti hanno, infatti, stabilito il termine del 30 settembre 2016 entro cui la condizione avrebbe dovuto verificarsi, prorogabile una sola volta sull'accordo di entrambe, scaduto il quale “ *il presente Accordo sarà risolto e ciascuna delle Parti sarà completamente sollevata da ogni obbligo in esso previsto, fatti salvi quelli relativi a eventuali inadempienze occorse prima di tale risoluzione.*” (v. doc. 1 di parte attrice a pag. 8 e 9).



Dall'inutile scadenza del termine previsto per l'avveramento della condizione sospensiva, in mancanza di qualsiasi accordo per la sua proroga, il contratto condizionato si è, dunque, risolto per effetto della specifica pattuizione in tal senso delle parti, ferme restando le obbligazioni risarcitorie derivanti dalle inadempienze già verificatesi.

Ne deriva l'impossibilità dell'adozione della pronuncia costitutiva di risoluzione invocata dalle società attrici, essendo lo scioglimento del vincolo dell'accordo condizionato al 30 settembre 2016 già avvenuto per effetto della specifica previsione contrattuale di cui all'art. 2.2 ultimo periodo.

Nella fattispecie in esame l'azione di risoluzione per inadempimento del contratto condizionato è, comunque, infondata anche per l'inconfigurabilità, dopo la scadenza del citato termine, del lamentato inadempimento dell'obbligo di Vivendi di comportarsi secondo buona fede in pendenza della condizione, astenendosi dalla modificazione dell'assetto azionario di Mediaset in attuazione della clausola implicita di *standstill*.

Invero, l'inesistenza del fatto di inadempimento lamentato dalle società attrici risulta evidente dal semplice esame della cronologia degli eventi, senza necessità di addentrarsi nella questione dibattuta fra le parti della configurabilità dell'obbligazione implicita di *standstill* in presenza del rifiuto di Mediaset, nel corso delle trattative, di inserirla nel testo contrattuale, desumibile dalla lettera dello studio legale che assisteva Vivendi del 31 marzo 2016 (v. doc. 193 di parte convenuta). Anche perché, una volta riconosciuta l'esistenza della clausola implicita, sarebbe necessaria, comunque, un'attenta valutazione della sua conformità alla disciplina dei patti parasociali - in particolare di quelli stipulati sotto la forma del divieto di acquisto di azioni implicante un sindacato di blocco finalizzato alla conservazione degli assetti proprietari in una società quotata, riconducibili alla previsione dell'art. 122 comma 5 lett. b) del TUF -, oltre che della possibilità di ricondurla sotto l'egida del dovere di comportarsi secondo buona fede in pendenza di condizione, pretendendo l'osservanza di un impegno contrattuale invalido.

Infatti, anche ammesso che la società convenuta fosse tenuta, in pendenza della condizione a cui era sottoposto l'accordo di scambio azionario dell'8 aprile 2016, a mantenere invariata la situazione di fatto presupposta dai contraenti ai fini dell'attuazione dell'alleanza strategica nei termini concordati, astenendosi dall'acquisto di azioni Mediaset sul mercato di borsa sino al *closing*, l'impegno non avrebbe, di certo, potuto sopravvivere alla scadenza del termine del 30 settembre 2016, stabilito per l'avveramento della condizione né all'effetto risolutivo del vincolo condizionato che ne seguiva per l'espressa previsione della clausola 2.2 dell'accordo.



Gli acquisti di azioni Mediaset attraverso cui Vivendi ha attuato il tentativo di scalata sono pacificamente avvenuti tra il 12 dicembre ed il 22 dicembre 2016, dunque ben oltre il termine di cessazione dell'efficacia del vincolo contrattuale condizionato, e quando, peraltro, la proposizione da parte delle società attrici del ricorso per sequestro giudiziario delle azioni di Vivendi, aveva indotto Vivendi a chiudere ogni spiraglio di rinegoziazione dell'operazione e ad annunciare al mercato il 19 ottobre 2016 il fallimento di ogni tentativo di definizione bonaria della vicenda (v. doc. 40 di parte convenuta).

In sintesi il fatto storico che, secondo la prospettazione delle società attrici avrebbe configurato l'inadempimento ad un'obbligazione di *standstill* implicita nel regolamento del contratto sospensivamente condizionato e nel dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione, si è verificato quando il mancato avveramento della condizione era divenuto definitivo a seguito della scadenza del termine pattuito ed ogni effetto del vincolo negoziale condizionato era cessato per espressa previsione contrattuale, e, dunque, quando non era più neanche ipotizzabile la persistenza di un simile impegno.

Né rileva, sotto il profilo della produzione degli effetti risolutivi del vincolo derivanti dalla scadenza del termine di avveramento della condizione per espressa previsione contrattuale, l'imputabilità dell'arresto dell'*iter* contrattuale all'inadempimento di Vivendi rispetto all'obbligo di compiere tutta l'attività necessaria per favorire l'esito positivo del procedimento di rilascio dell'autorizzazione *antitrust*, trattandosi di comportamento che trova la sua sanzione solo nelle obbligazioni risarcitorie o indennitarie derivanti dall'inadempienza, fatte salve dalla clausola risolutiva.

Del resto la persistenza indefinita di un patto di *standstill* implicito e ad effetto "reale", nei rapporti tra due società quotate in borsa, presupposta dalla difesa delle società attrici allorché hanno richiesto l'emissione dell'ordine di dismissione delle azioni acquistate in violazione, non sarebbe compatibile con i principi fondamentali che regolano il mercato finanziario, ispiratori delle specifiche previsioni legislative che impongono la trasparenza degli assetti proprietari delle società quotate in borsa anche sotto il profilo delle coalizioni derivanti dai patti parasociali e rigorosi limiti di durata dei vincoli pattizi alla circolazione delle azioni.

Le domande di risoluzione del contratto e le connesse domande di risarcimento del danno fondate da Mediaset e RTI su un fatto di inadempimento insussistente devono, pertanto, essere respinte.

Le domande delle società attrici fondate sulla violazione dell'art. 43 del decreto legislativo 31



luglio 2005 n. 177 recante il Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (Tusmar).

Le società attrici hanno richiesto l'accertamento della nullità degli acquisti di azioni Mediaset operati da Vivendi nel mese di dicembre 2016 e la conseguente condanna alla dismissione della partecipazione con inibitoria dei diritti sociali connessi sino alla sua attuazione, invocando la previsione dell'art. 43 comma 4 del Tusmar.

La norma, nel disciplinare la concorrenza e vietare la formazione di posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni a tutela del pluralismo dell'informazione, prevede, oltre ai poteri conformativi dell'autorità garante che ne abbia accertato la violazione, la sanzione civilistica della nullità degli atti stabilendo che *“gli atti giuridici, le operazioni di concentrazione e le intese che contrastano con i divieti di cui al presente articolo sono nulli.”*

L'acquisto della partecipazione di “blocco” in Mediaset da parte di Vivendi, sulla base dell'accertamento compiuto dall'Agcom nella delibera 178/17/CONS del 18 aprile 2017, avrebbe comportato la violazione dell'art. 43 comma 11 del Tusmar secondo cui *“le imprese, anche attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai sensi dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore, non possono conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo.”*

All'esito dell'istruttoria dell'autorità garante, infatti, era emerso che Vivendi, nella sua qualità di controllante di Telecom, attiva nel comparto delle comunicazioni elettroniche, attraverso l'acquisto della partecipazione rilevante in Mediaset, attiva nel settore integrato delle comunicazioni, aveva superato le soglie stabilite dalla norma richiamata, tanto che l'autorità garante le aveva imposto di rimuovere la posizione integrante la violazione accertata.

Nonostante l'intervenuto annullamento della delibera dell'Agcom che aveva accertato la violazione dell'art. 43 comma 11 del Tusmar, con sentenza del TAR del Lazio del 23 dicembre 2020 n. 13958 a seguito alla disapplicazione della norma invocata, contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione Europea secondo l'interpretazione resa dalla stessa Corte di Giustizia adita in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE, le società attrici hanno insistito per l'accertamento della nullità degli acquisti azionari in questione, sollecitando l'esercizio da parte del giudice ordinario del potere di interpretazione conformativa all'ordinamento dell'UE della norma interna e l'accertamento autonomo, nell'ambito del giudizio civile, della sua violazione.



Le richieste delle società attrici sono, tuttavia, prive di fondamento avuto riguardo al tenore della sentenza della Corte di Giustizia EU, resa con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non lascia al giudice nazionale alcuna alternativa alla disapplicazione della norma.

La sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2020 investita, nell'ambito del giudizio innanzi al giudice amministrativo, della valutazione di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione Europea dell'art. 43 comma 11 del Tusmar, rispetto, in particolare, ai principi della libertà di stabilimento e della libertà e pluralismo dei *media* ha disposto, in modo lapidario, che “ *L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo*” (v. Sentenza Corte di Giustizia 3 settembre 2020, doc. 233 di parte convenuta a pag. 24).

La Corte di Giustizia è giunta a questa conclusione muovendo dalla considerazione secondo cui la normativa nazionale che prevede un divieto, come quello posto dall'art. 43 comma 11 del Tusmar, anche se applicabile senza discriminazioni in base alla nazionalità, costituisce una deroga al principio della libertà di stabilimento, garantita dall'art. 49 del TFUE, nel momento in cui ne ostacola o scoraggia l'esercizio, impedendo ad una società registrata in altro Stato membro di acquisire una partecipazione sociale che le consenta di esercitare il potere di intervenire nella gestione di un'impresa operante in altro Stato membro (v. doc. 233 parte convenuta punti 45, 51, 52).

Una tale restrizione della libertà di stabilimento può essere ammessa solo se giustificata dall'esigenza di tutela di interessi generali di pari rango e sempre che sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito senza eccedere le misure strettamente necessarie a raggiungerlo.

Le limitazioni contenute nell'art. 43 comma 11 del Tusmar a presidio del pluralismo dell'informazione e dei *media* si sono rivelate inidonee all'obiettivo di tutela perseguito, in quanto concepite ignorando la distinzione tra l'attività di produzione dei contenuti, implicante un controllo editoriale, e l'attività di trasmissione dei contenuti che esclude qualsiasi controllo editoriale, fondamentale ai fini di determinare l'impatto della concentrazione di partecipazioni sociali in società del settore sul bene tutelato (v. doc. 233 punti 55,56, 59, 60 62, 63, 66).

In particolare il vizio logico di fondo dell'apparato normativo esaminato si è tradotto nella



formulazione di limitazioni prive di nesso con le esigenze di tutela del pluralismo dell'informazione, sotto il profilo,

- della perimetrazione del mercato delle comunicazioni elettroniche di riferimento che ingiustificatamente esclude mercati “ *di importanza crescente per la trasmissione di informazioni, quali i servizi al dettaglio di telefonia mobile e altri servizi di comunicazione elettronica collegati ad Internet nonché i servizi di radiodiffusione satellitare*”, che oramai costituiscono “ *la principale via di accesso ai media*” (v. doc. 233 punto 74);
- della fissazione di soglie di reddito che “ *non consentendo di determinare se e in quale misura un'impresa sia effettivamente in grado di influire sul contenuto dei media non presentano un nesso con il rischio che corre il pluralismo dei media.*” (v. doc. 233 punto 79);
- dell'equiparazione dei ricavi realizzati tramite società controllate a quelli realizzati tramite società collegate ai sensi dell'art. 2359 comma 3 c.c., che si fonda su una presunzione di influenza notevole connessa al potere di una società di esercitare nell'assemblea dell'altra un decimo dei diritti di voto, circostanze che “ *non sembrano consentire di dimostrare che la prima società possa concretamente esercitare sulla seconda un'influenza tale da pregiudicare il pluralismo dei media e dell'informazione.*” (v. doc. 233 punto 77).

In tal modo la Corte di Giustizia ha concluso per la radicale inidoneità della norma a tutelare il bene giuridico che si propone di salvaguardare e ha adottato una pronuncia che, come già affermato dalla sentenza del giudice amministrativo, preclude all'interprete ogni diverso approdo esegetico (v. sentenza TAR Lazio 23.12.2020 n. 13958 allegata alla comparsa conclusionale di parte convenuta).

In sintesi la Corte di Giustizia, nel fornire le linee interpretative del principio della libertà di stabilimento e descrivere i limiti del potere di deroga delle legislazioni nazionali a tutela di interessi di pari rango ha specificamente indicato come incompatibili con l'ordinamento UE i criteri derogatori desumibili dall'art. 43 del Tusmar, demolendone le fondamenta e non lasciando alternativa alla disapplicazione della norma da parte del giudice nazionale.

La sentenza della Corte di Giustizia dichiarativa del contrasto di un norma nazionale con l'ordinamento dell'Unione Europea ha, come noto, efficacia vincolante per l'autorità giudiziaria dello Stato membro e chiarisce la portata della norma come avrebbe dovuto essere intesa o applicata sin dal momento della sua entrata in vigore, con effetto retroattivo analogo a quello di una sentenza di declaratoria di illegittimità costituzionale, salvo il limite dei rapporti esauriti (v. Cass. 8.2.2016 n. 2468; Cass. SU



16.6.2014 n. 13676 in motivazione).

La disapplicazione della norma invocata a supporto dell'azione di accertamento della nullità degli acquisti opera, dunque, con effetto retroattivo analogo a quello della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con l'ordinamento dell'UE, e priva *ab origine* di ogni fondamento giuridico la domanda di accertamento della nullità degli acquisti azionari di Vivendi.

Disapplicata la norma che prevede la violazione a cui la sanzione della nullità si riferisce, dunque, gli acquisti azionari non possono che essere ritenuti, sotto il profilo in esame, pienamente validi.

Né rileva ai fini della decisione della presente controversia la nuova disciplina dell'art. 4 bis del decreto legge n. 125 del 2020, inserito dalla legge di conversione 27 novembre 2020, n. 159, in vigore dal 4 dicembre 2020 secondo cui *“1. In considerazione delle difficoltà operative e gestionali derivanti dall'emergenza sanitaria in atto, in armonia con i principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 3 settembre 2020, nella causa C-719/18, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e per i successivi sei mesi, nel caso in cui un soggetto operi contemporaneamente nei mercati delle comunicazioni elettroniche e in un mercato diverso, ricadente nel sistema integrato delle comunicazioni (SIC), anche attraverso partecipazioni in grado di determinare un'influenza notevole ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è tenuta ad avviare un'istruttoria, da concludere entro il termine di sei mesi dalla data di avvio del procedimento, volta a verificare la sussistenza di effetti distorsivi o di posizioni comunque lesive del pluralismo, sulla base di criteri previamente individuati, tenendo conto, fra l'altro, dei ricavi, delle barriere all'ingresso nonché del livello di concorrenza nei mercati coinvolti, adottando, eventualmente, i provvedimenti di cui all'articolo 43, comma 5, del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, per inibire l'operazione o rimuoverne gli effetti.*

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano altresì ai procedimenti già conclusi dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in applicazione del comma 11 dell'articolo 43 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177. (...).”

In ordine alla rilevanza della nuova norma ai fini della decisione è sufficiente sottolineare che si limita ad imporre all'Autorità garante l'esecuzione di una nuova istruttoria sulla base dei principi desumibili dalla sentenza della Corte di Giustizia anche in relazione a procedure già concluse ma non sottrae in alcun modo alla disapplicazione la previsione dell'art. 43 comma 11 del Tusmar incompatibile con

l'art. 49 del TFUE secondo l'interpretazione vincolante della Corte di Giustizia, su cui la domanda delle società attrici di accertamento della nullità si fonda né, potrebbe, comunque, trovare applicazione per sancire la nullità di acquisti azionari compiuti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore.

Tutte le domande delle società attrici fondate sulla violazione dell'art. 43 del Tusmar devono, pertanto, essere respinte.

Le domande delle società attrici fondate sulla concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c.

Le società attrici Fininvest e Mediaset hanno, infine, sostenuto che la condotta illecita di Vivendi, iniziata con il rifiuto illegittimo di concludere l'operazione strategica concordata con l'accordo dell'8 aprile 2016 e sfociata nella scalata ostile attraverso il rastrellamento sul mercato delle azioni di Mediaset, avrebbe costituito il coronamento di una spregiudicata strategia di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c., volta a recare danno e bloccare l'attività sociale di entrambe a tutto vantaggio delle sue mire espansionistiche nel mercato italiano ed europeo dei *media*.

Secondo l'originaria prospettazione della domanda Vivendi, nella sua veste di impresa concorrente sullo stesso "*mercato del controllo societario*", avrebbe compiuto atti di concorrenza sleale nei confronti di Fininvest, andando a contenderle il controllo di Mediaset con la scalata ostile in spregio alle regole di correttezza professionale oltre che in violazione delle regole pubblicitiche a presidio dell'integrità e trasparenza del mercato azionario contenute nel Tuf e delle regole di efficienza del mercato delle telecomunicazioni dettate dall'art. 43 del Tusmar.

Le due società, entrambe operatori primari del "*mercato del controllo societario*" disciplinato nell'ambito della legislazione finanziaria all'art. 91 Tuf, sarebbero in naturale rapporto di concorrenza, contendendosi l'acquisto di partecipazioni di controllo delle società che operano nel settore delle comunicazioni, dei *media* e delle *pay tv*.

Il comportamento complessivo di Vivendi avrebbe integrato l'illecito di concorrenza sleale previsto dall'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. anche nei confronti di Mediaset e RTI, trattandosi di società appartenenti a due gruppi che agiscono in diretta concorrenza sia nel mercato europeo delle *pay tv*, attraverso le rispettive società controllate Canalplus e Mediaset Premium, sia nel mercato italiano dei *media*, ove Mediaset opera storicamente come *leader* e Vivendi era di recente penetrata con l'acquisizione del controllo di Telecom.



La concorrenza sleale di Vivendi nei confronti di Mediaset e RTI sarebbe stata perpetrata in violazione dei principi di correttezza professionale attraverso la strumentalizzazione della vicenda negoziale che le aveva consentito di acquisire informazioni riservate necessarie per “ sbarcare” sul mercato della *pay tv* italiana con la controllata Telecom e attraverso l’acquisto della partecipazione di “ blocco” nel capitale Mediaset che le aveva consentito di paralizzare l’attività della concorrente, occupando illecitamente nell’azionariato Mediaset la “ casella” del *partner* strategico indispensabile per continuare ad operare con profitto nel settore, con il potere di sabotare *sine die* ogni futura scelta gestoria della sua concorrente.

La suggestiva narrazione della vicenda, aggiornata pressoché in tempo reale all’evoluzione degli eventi, si è arricchita nel corso del giudizio di addebiti diversi sino a ricomprendere, in comparsa conclusionale, anche l’imputazione del “sabotaggio” giudiziario del c.d. Progetto MFE, volto a creare un polo di aggregazione di *media company* a livello internazionale attraverso la fusione transfontaliera di Mediaset Espana Comunicaciòn s.a. e Mediaset s.p.a. nella società Mediaset Investment N.V. a cui Vivendi si era opposta innanzi alle autorità giudiziarie di Italia, Spagna e Olanda.

Con riferimento a questo nuovo addebito le società attrici hanno esposto anche nuove ragioni di danno stimate secondo il metodo econometrico che esulano, ovviamente, dall’oggetto del giudizio (v. studio Prof. Bini all. 1 alla comparsa conclusionale di parte attrice).

Restando nel perimetro dei fatti costitutivi dell’illecito di concorrenza sleale delineato nella fase di trattazione della causa, le domande sono prive di fondamento perché esulano dalla fattispecie privatistica dell’illecito civile di concorrenza sleale fra imprese operanti sullo stesso mercato di beni e servizi, delineato dall’art. 2598 comma 1 n. 3 c.c.

La norma richiamata si colloca nel contesto dell’ordinamento che, all’art. 41 della Costituzione, promuove la libertà di iniziativa economica purché non in contrasto con l’utilità sociale a cui fa da contrappunto la libera concorrenza delle imprese sul mercato, quale condizione di migliore efficienza dell’azione economica a tutela dell’interesse dei consumatori a soddisfare i propri bisogni con prodotti e servizi di qualità al minor prezzo.

La tutela del dinamismo del mercato nell’interesse prioritario dei consumatori è assicurata dalla normativa pubblicistica *antitrust* mentre l’illecito civile di concorrenza sleale accorda tutela privatistica all’imprenditore danneggiato nella sua sfera giuridica dalla scorrettezza del concorrente, con possibilità di intersezione tra i due piani di tutela nell’ipotesi in cui l’imprenditore abbia perduto clientela sul



mercato in cui opera per effetto della violazione da parte del concorrente della norma pubblicistica.

La legittimità in linea generale della competizione fra imprenditori sul mercato in attuazione del principio di libera concorrenza esige un'interpretazione rigorosa dei contorni fondamentali dell'illecito civile di concorrenza sleale come desumibili dalla norma operante nel predetto contesto, riservandone l'applicazione alla fattispecie privatistica di relazione fra imprenditori che si contendono la clientela sullo stesso mercato territoriale di beni e servizi con strumenti contrari ai "*principi della correttezza professionale*", come desumibili dall'ordine pubblico economico.

Presupposti indefettibili dell'illecito di concorrenza sleale di natura privatistica sono, dunque,

a) il rapporto di concorrenza fra gli imprenditori che, come competizione tra soggetti economici per l'affermazione sul mercato attraverso l'acquisizione ciascuno di maggiore clientela a scapito dell'altro, si traduce nella contesa di una clientela comune e postula che, entrambi, operino sullo stesso mercato territoriale per il soddisfacimento, attraverso i beni o servizi offerti, degli stessi bisogni dei destinatari finali (v. fra le molte Cass.18.5.2018 n. 12364; Cass.22.10.2014 n. 22332; Cass. 22.7.2009 n. 17144).

b) la conduzione della competizione con danno per l'altrui impresa in violazione dei "*principi della correttezza professionale*" che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, è formula da riferire non a soggettivi ed inafferabili precetti etici ma ai valori della collettività sottesi alle norme a presidio dell'utilità sociale dell'attività di impresa, dunque, a tutela dei consumatori e del "mercato più che dei mercanti" (v. Cass. 26.1.2006 n. 1636 e Cass. 7.2.2020 n. 2980 in motivazione).

Così delineati i contorni essenziali dell'illecito civile di concorrenza sleale è escluso che la norma possa essere invocata con riferimento a relazioni di concorrenza, in senso lato, riferite alla competizione fra gruppi imprenditoriali per la realizzazione di un medesimo progetto industriale o alla gara per l'acquisizione sul mercato di uno stesso bene, avulse dalla contesa della clientela che ne costituisce l'essenza.

Né la norma, chiaramente riferita al mercato dei prodotti, può essere traslata ad operare sul mercato dei capitali, riconducibile al mercato dei fattori produttivi, o la slealtà derivante dalla clausola generale della violazione dei "*principi di correttezza professionale*" invocata per tacciare di illiceità una qualsiasi competizione fra imprenditori che, in mancanza di specifiche violazioni di norme a tutela del dinamismo del mercato, corrisponde all'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita.

Ciò chiarito, si può iniziare l'esame della singolare fattispecie di concorrenza sleale all'interno del



mercato del controllo societario, prospettata da Fininvest nella sua veste di socio titolare del potere di controllo di fatto su Mediaset che ha visto insidiata la sua posizione di dominio all'interno della compagine sociale della società emittente dall'ingresso del socio sgradito Vivendi attraverso una scalata ostile compiuta in pretesa violazione dei principi di correttezza professionale, approfittando della situazione di ribasso del titolo derivata dal suo illegittimo rifiuto a dare esecuzione all'accordo di alleanza strategica.

Con riferimento al presupposto indefettibile dell'illecito di concorrenza sleale costituito dall'operare degli imprenditori in lizza sullo stesso mercato, Fininvest ha sostenuto che entrambe le società, nell'esercizio della loro attività di *holding* di partecipazioni, sarebbero operatori primari sul “mercato del controllo societario” disciplinato dalla legislazione finanziaria all'art. 91 del TUF, in naturale rapporto di concorrenza derivante dall'essere in competizione economica per l'acquisto di partecipazioni di controllo delle società che operano nel settore delle comunicazioni, dei media e delle *pay tv*.

La società convenuta ha contestato la configurabilità di un rapporto di concorrenza rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. nel contesto del mercato del controllo societario ove le imprese non operano offrendo beni e servizi sul mercato ma solo acquistando partecipazioni sociali ed ha sottolineato, in concreto, che nessuna relazione concorrenziale potrebbe sussistere tra Fininvest che, come *holding* privata di partecipazioni, svolge attività finanziaria non nei confronti del pubblico e Vivendi che, come società industriale, offre servizi sul mercato nel settore dell'intrattenimento.

A prescindere dall'estrema genericità nella delimitazione del perimetro anche geografico del mercato comune individuato da Fininvest nella formulazione del suo addebito verso Vivendi, prioritaria e dirimente è la questione della configurabilità del mercato del controllo societario come possibile scenario della concorrenza sleale delineata dall'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c.

La società attrice a riprova dell'esistenza di un vero e proprio mercato del controllo societario ha invocato l'art. 91 del TUF che delinea i poteri della Consob stabilendo che debba esercitarli “*avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali*”.

In realtà, secondo l'interpretazione predominante, l'espressione “mercato del controllo societario” non alluderebbe ad un mercato diverso dal mercato dei capitali ove vengono negoziati titoli, ma sarebbe una locuzione utilizzata dal legislatore in funzione descrittiva del complesso delle regole ed istituti che



disciplinano l'avvicendamento nella titolarità delle partecipazioni di controllo che, nelle società quotate, assicurano l'intervento e l'influenza sulla gestione dell'impresa, su cui la vigilanza della Consob deve appuntarsi in modo tale da assicurarne il dinamismo e la trasparenza.

In questa ottica l'individuazione di spazi applicativi dell'art. 2598 c.c. appare, già a prima vista, ardua sia per la mancanza del presupposto indefettibile del mercato come luogo di negoziazione delle partecipazioni di controllo sia per la specialità della disciplina pubblicitica che ne regola il trasferimento a cui deve farsi esclusivo riferimento per la valutazione di illiceità della condotta denunciata.

Sotto questo profilo il complesso della disciplina del trasferimento delle partecipazioni rilevanti che incidono sul controllo delle società quotate tende a favorire il mutamento degli assetti proprietari promovendo, in un contesto connotato dalla normale inattività degli azionisti di minoranza, la "contendibilità" delle società emittenti quale antidoto al rischio di comportamenti opportunistici degli amministratori (c.d. *moral hazard*) e dei soci di controllo che esercitino i loro poteri con modalità dissipative delle risorse dell'impresa sociale per estrarre un beneficio privato dalla loro posizione, o quale rimedio all'inefficienza della gestione dell'impresa sociale attraverso la possibilità della sostituzione nella *governance* di soggetti inefficienti o disonesti.

Nel sistema, invece, non è tutelato l'interesse del soggetto che detiene il pacchetto di controllo a conservarlo, atteso il *favor* dell'ordinamento per la sua contendibilità onde evitare arroccamenti nocivi per l'efficienza del mercato, se non nei limiti della possibilità di attuare le c.d. manovre difensive, ammesse in deroga al principio generale della *passivity rule*, espresso dall'art. 104 comma 1 Tuf, che impone alla società emittente di astenersi da comportamenti ostativi al mutamento degli assetti proprietari in presenza di offerta pubblica di acquisto dei suoi titoli.

L'esistenza ed il dinamismo del mercato del controllo societario sono, in particolare, assicurati dalla disciplina che impone, agli articoli 120-122 del Tuf, la trasparenza degli assetti proprietari mentre il crocevia della sua regolamentazione, a tutela principalmente degli azionisti di minoranza, è costituita dalla disciplina dell'Opa obbligatoria, agli articoli 106 - 112 del Tuf.

Fra le strategie di acquisizione della partecipazione di controllo rientrano, come noto, l'OPA volontaria o la scalata mediante rastrellamento di azioni sul mercato sino ad aggregare una partecipazione rilevante, che sono entrambe definite "ostili" allorché vengano attuate senza il consenso del soggetto che in quel momento detiene il potere di controllo anche solo di fatto della società emittente.



Ma il carattere dell'ostilità non le rende perciò solo illecite.

L'avvicendamento nella posizione di controllo è, infatti, lecito a prescindere dal consenso del soggetto che la detiene e dalla strategia impiegata per l'acquisizione, purché l'operazione sia compiuta nell'osservanza del complesso apparato di norme che, nel preminente interesse generale degli azionisti investitori, regola l'acquisizione di partecipazioni rilevanti in modo tale da assicurarne la trasparenza, funzionale a consentire loro di operare consapevolmente le proprie scelte, eventualmente anche di disinvestimento, in occasione del mutamento del governo dell'impresa.

Non solo la scalata ostile non è illecita nell'ambito della disciplina speciale sottesa al richiamo da parte della società attrice al “mercato del controllo societario” ma la tutela giuridica dell'interesse a conservare il controllo dell'emittente da parte del socio di maggioranza non è affatto assicurata, e sarebbe, peraltro, in contrasto con la struttura stessa della società quotata che è, per definizione, aperta all'ingresso indiscriminato nella sua compagine sociale di chiunque acquisti le azioni sul mercato dei capitali e all'avvicinarsi nel suo governo di chiunque abbia la forza economica di conquistare la posizione di controllo nell'osservanza delle norme che regolano il mercato.

Nel contesto dei principi ispiratori della disciplina speciale del trasferimento del controllo societario, in estrema sintesi richiamati, appare chiaro che nessuno spazio applicativo potrebbe trovare l'art. 2598 c.c. essendo la “contesa” del pacchetto di controllo di una società quotata sul mercato dei capitali completamente estranea alla fattispecie della concorrenza sleale fondata sulla contesa della clientela nel mercato dei beni e servizi.

Nè la norma che tutela l'interesse privato dell'imprenditore alla correttezza della contesa della clientela all'interno del mercato economico di beni e servizi, può essere invocata a disciplinare la competizione tra due imprenditori che si contendono la partecipazione di controllo della stessa società quotata sul mercato dei capitali, soggetto alla disciplina pubblicistica specifica che lo regola.

Del resto Fininvest, sotto il profilo della legittimità degli acquisti delle azioni Mediaset da parte di Vivendi nell'ordinamento del mercato del controllo societario, si è limitata ad alludere alla ravvisabilità del reato di manipolazione del mercato nel tentativo di scalata a “prezzi di sconto” che Vivendi avrebbe compiuto dopo aver provocato il crollo del prezzo del titolo in borsa, rendendosi inadempiente all'accordo di scambio azionario.

La fattispecie criminosa è rimasta, tuttavia, allo stadio di mera ipotesi accusatoria ancora in attesa di essere sottoposta al vaglio del giudice penale e soprattutto parte attrice non ha proposto, in questa sede,



domanda di risarcimento del danno da reato.

Nel presente giudizio risulta, invece, acquisito un elemento che stride irrimediabilmente con la ricostruzione della vicenda offerta dalla società attrice a supporto della tesi dell'illecito civile da concorrenza sleale: il fatto che le azioni Mediaset sono state acquistate da Vivendi sul mercato, nel mese di dicembre 2016, ad un prezzo medio superiore alla quotazione del giorno antecedente l'accordo dell'8 aprile 2016, come risulta dalla documentazione non contestata prodotta dalla società convenuta (doc. da 155 a 162 di parte convenuta) e dalla nota tecnica della Consob del 20 dicembre 2016 anteriore all'ultima *tranche* di acquisti, ove si legge “ *la maggior parte (il 17% circa del capitale sociale dell'emittente) delle azioni costituenti la partecipazione acquisita da Vivendi è stata acquistata a valori prossimi ai prezzi massimi di periodo; pertanto appare scarsamente verosimile un'ipotesi di manipolazione da parte di Vivendi con l'obiettivo di determinare un ribasso del prezzo del titolo strumentale ad acquisire una partecipazione rilevante in Mediaset a condizioni favorevoli.*” (v. doc. All. G.5 di parte convenuta allegato alla nota depositata il 9.2.2021).

In ordine alla configurabilità dell'illecito civile di concorrenza sleale non si giungerebbe a conclusioni diverse ove si aderisse all'interpretazione dottrinale dell'art. 91 Tuf che vi ravvisa la consacrazione della categoria del “mercato del controllo societario” come sottoinsieme del mercato dei capitali, dove gli strumenti finanziari anziché circolare atomisticamente come beni mobili fungibili, sono negoziati in aggregazioni rilevanti ai fini del controllo della società emittente.

In questa ottica il mercato del controllo societario inteso come sede della negoziazione di titoli azionari “aggregati” in modo tale da consentire l'influenza nel controllo della gestione dell'impresa della società emittente, consentirebbe di configurare un mercato in cui oggetto mediato della contesa sarebbero le stesse imprese.

Tuttavia l'impossibilità della traslazione in questo speciale settore del mercato dei capitali della norma civilistica risulta evidente se si considera che, nella concorrenza sleale delineata dall'art. 2598 c.c., la contesa ha ad oggetto la clientela e non certo il bene offerto sul mercato.

La contesa nell'acquisto della partecipazione di controllo di una società quotata in borsa tra due imprese operanti nel medesimo settore economico potrebbe, in determinate condizioni, sfociare nella creazione di concentrazioni o restrizioni lesive della libera concorrenza in violazione della disciplina pubblicistica di tutela del mercato, come accaduto nel caso Ryanair- Aer Lingus citato dalla società attrice. Ma ciò non vuol dire che si traduca automaticamente in una fattispecie di concorrenza sleale tra



le stesse imprese, nel senso di contesa con modalità scorrette della clientela sul mercato economico di riferimento che possa rilevare ai fini della tutela privatistica invocata.

E meno che mai la fattispecie privatistica potrebbe operare attraverso questo meccanismo con riferimento a società che svolgano la sola attività di *holding* di partecipazioni, come tali prive di clientela e di operatività diretta sul mercato economico dei beni e servizi.

La domanda di Fininvest è, pertanto, priva di fondamento giuridico.

Procedendo all'esame dell'illecito di concorrenza sleale prospettato da Mediaset e RTI, anche da questa angolatura si pone la questione prioritaria e dirimente della configurabilità con Vivendi di un rapporto concorrenziale rilevante ad integrare gli estremi della fattispecie dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c.

Nella prospettazione originaria le società attrici hanno sostenuto, al riguardo, che, in particolare Mediaset e Vivendi, sarebbero società appartenenti a due gruppi che agiscono in diretta concorrenza sia nel mercato europeo delle *pay tv*, attraverso le rispettive società controllate Canalplus e Mediaset Premium, sia nel mercato italiano dei *media*, ove Mediaset opera storicamente come *leader* e Vivendi era di recente penetrata con l'acquisizione del controllo di Telecom.

La società convenuta ha contestato l'esistenza stessa di un mercato europeo delle *pay-tv*, trattandosi di attività che offre un servizio a dimensione tipicamente nazionale in ragione delle barriere linguistiche e culturali, ed ha negato di aver mai operato sul mercato italiano della *pay tv*, anche attraverso la controllata Tim, attiva nel diverso settore dell'offerta di servizi televisivi a pagamento via internet e rimasta sempre estranea alle aste dei diritti sportivi.

Negli atti difensivi successivi alla fase di trattazione della causa la difesa di Mediaset ha, poi, progressivamente attribuito centralità, nella configurazione dell'illecito concorrenziale imputato a Vivendi, all'interesse concorrente di entrambe alla realizzazione del progetto industriale di costituzione di "*un gruppo pan-europeo nel settore dei media*" che Vivendi avrebbe trovato modo di ostacolare attraverso l'ingresso ostile nella compagine sociale di Mediaset che le consentiva di "bloccare" qualsiasi processo di internazionalizzazione dell'attività di Mediaset a tutto vantaggio dell'attuazione del suo progetto industriale di creare "*un campione pan-europeo dell'intrattenimento*" come il sabotaggio dell'operazione MFE aveva dimostrato (v. comparsa conclusionale da pag. 4 a 7, 18 e memoria ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c. pag. 24 di parte attrice).

La società convenuta si è difesa, al riguardo, enumerando le diverse importanti alleanze commerciali



strette, nel frattempo, da Mediaset con operatori sul mercato globale come Netflix e Sky o europei come TF1, ProsiebenSat, Channel 4, e sostenendo che le vere ragioni del fallimento del Progetto MFE sarebbero da ricercarsi nell'illegittimità del tentativo di "blindare" il controllo di Fininvest su MFE mediante l'introduzione nello statuto di azioni a voto multiplo in pregiudizio degli azionisti di minoranza, accertata dalla Corte d'Appello di Amsterdam e dal Tribunale di Madrid.

Al di là della confusione generata, anche sotto questo profilo, dalla stratificazione delle difese di Mediaset è palese l'insussistenza dell'elemento costitutivo dell'illecito di concorrenza sleale attesa la mancata delineazione del mercato merceologico e geografico ove le due società sarebbero in condizioni di contendersi la clientela e l'estraneità alla fattispecie invocata della competizione fra imprenditori avente ad oggetto la realizzazione di uno stesso progetto industriale.

Sotto il primo aspetto l'esistenza del mercato europeo della *pay tv* ove, secondo Mediaset, si sarebbe consumato l'illecito di concorrenza sleale addebitato a Vivendi presuppone la configurabilità di un'utenza europea del servizio televisivo che le barriere, soprattutto linguistiche, impediscono ancora di concepire così che deve escludersi sotto questo profilo la possibilità che si attui fra imprenditori del settore la contesa della clientela che esprima una vera e propria "nazionalità" europea.

Ed è appena il caso di rilevare che non opera su un mercato di dimensioni europee nel senso descritto, l'imprenditore del settore che sia semplicemente attivo, con le sue emittenti, all'interno di una pluralità di singole nazioni degli Stati membri dell'UE, potendo, in tal caso, la contesa dell'utenza essere concepita solo all'interno del mercato di ogni singola nazione.

Tanto è vero che la difesa di Mediaset, nella prospettazione originaria, aveva accennato all'esistenza di un rapporto di concorrenza con Vivendi, a livello quantomeno potenziale, all'interno del mercato italiano della *pay tv*, in ragione dell'intento preannunciato dalla società convenuta di realizzare, tramite la società controllata Telecom, un progetto di ingresso nel settore anche mediante la partecipazione alle aste per l'acquisto del diritto di trasmissione di contenuti sportivi.

Il fugace cenno al rapporto di concorrenza sul mercato italiano della *pay tv* si è, tuttavia, completamente dissolto già nella memoria istruttoria della società attrice (v. memoria ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c. di parte attrice a pag. 24 e 28), probabilmente perché superato dall'evoluzione storica degli eventi, rimanendo completamente privo di supporto probatorio a fronte del contenuto eloquente della missiva che Mediaset aveva inviato a Vivendi il 3 giugno 2016, negando la configurabilità del rapporto di concorrenza con Telecom, in quanto non in condizioni di produrre



contenuti relativi allo sport, e con Tim, in quanto la sua offerta era limitata a contenuti non esclusivi già in circolazione nelle piattaforme concorrenti (v. doc. 150 di parte convenuta).

La mancanza del rapporto di concorrenza esclude, di per sé, la configurabilità nella vicenda narrata da Mediaset dell'illecito di concorrenza sleale previsto dall'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c.

Sotto il secondo aspetto, giova, comunque, rilevare in relazione al mutamento di prospettiva delle difese successive alla chiusura della trattazione della causa, l'estraneità alla fattispecie invocata della semplice competizione fra imprenditori avente ad oggetto la realizzazione di uno stesso progetto industriale.

In particolare, l'ostacolo alla realizzazione del progetto industriale di costituzione di “ *un gruppo pan-europeo nel settore dei media* ” perseguito da Mediaset che Vivendi avrebbe frapposto attraverso l'occupazione “ abusiva ” nella compagine sociale di Mediaset della “ casella ” del *partner* strategico non è materia riconducibile all'illecito di concorrenza sleale per due ordini di ragioni:

- la competizione fra imprenditori in relazione alla realizzazione dei rispettivi progetti industriali non implica necessariamente la contesa della clientela sul mercato dei beni e servizi, tanto più se il progetto prevede la “ creazione ” di un nuovo mercato di sbocco dell'offerta dei propri servizi;
- l'occupazione “ abusiva ” della “ casella ” del *partner* nella compagine sociale di una società quotata in borsa, strutturalmente aperta all'ingresso nell'azionariato di chiunque acquisti il titolo sul mercato dei capitali a cui si rivolge per il finanziamento dell'attività di impresa e, dunque, naturalmente esposta all'eventualità della presenza di soci “ sgraditi ” finanche “ ostili ” o addirittura concorrenti, è un'immagine difficilmente traducibile in termini giuridici di illiceità. Tanto più se si considera che il divieto di concorrenza legalmente stabilito dall'art. 2390 c.c. riguarda gli amministratori e non i soci a cui neanche è precluso, in linea di principio, perseguire politiche economico- commerciali in contrasto o divergenti rispetto a quelle della società partecipata, salvo i limiti, in concreto, derivanti dal conflitto di interessi, come operante ai sensi dell'art. 2373 c.c., o dall'abuso o eccesso di potere nell'esercizio del diritto di voto (v. sulla questione l'ampia ed esaustiva motivazione di Tribunale di Milano 28 novembre 2014 in RG 35766/2014).

L'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. non si presta, in altri termini, a sanzionare con l'eliminazione dalla compagine sociale l'imprenditore concorrente che semplicemente vi abbia fatto ingresso né a reprimere



la condotta del socio concorrente che persegue la realizzazione di un proprio progetto industriale in contrasto con l'interesse della società, trattandosi di situazione che trova rimedio, ove ne ricorrano in concreto i presupposti, nella disciplina del conflitto di interessi tra la società ed il socio nell'esercizio delle sue prerogative assembleari.

Con riguardo, infine, alla vicenda del "sabotaggio" del progetto MFE volto a "creare un polo di aggregazione di media company a livello internazionale" dedotto a dimostrazione dell'intento di Vivendi di paralizzare le attività di pianificazione strategica di Mediaset è sufficiente evidenziare che il progetto di fusione è naufragato non già a seguito di condotte di concorrenza sleale imputabili a Vivendi ma in ragione di provvedimenti emessi dalle autorità giurisdizionali competenti cui Vivendi si era rivolta nel caso di specie a tutela dei propri diritti. (v. sentenza della Corte d'Appello di Amsterdam doc. 237 di parte convenuta).

In conclusione le pretese delle società attrici esulano dalla fattispecie dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. ed involgono, piuttosto, questioni relative alla competizione nella realizzazione di un progetto industriale attraverso la contesa del controllo di una società quotata, pienamente legittima ove attuata nell'osservanza delle previsioni pubblicistiche che regolano il mercato dei capitali, ed al conflitto endosocietario nella riorganizzazione degli assetti di governo dell'impresa fra il socio di maggioranza relativa ed il socio di minoranza titolare di una partecipazione potenziale di "blocco", da risolversi nell'ambito della dinamica assembleare e nell'osservanza dei principi che regolano la materia del conflitto di interessi fra società e soci.

Anche le domande proposte dalle società attrici invocando la previsione dell'art. 2598 comma 1 n. 3 c.c. sono, pertanto, prive di fondamento.

Alla stregua delle superiori considerazioni tutte le domande proposte dalle società attrici nel presente giudizio devono essere respinte.

Le spese processuali.

La sopravvenuta pronuncia della Corte Europea di Giustizia sull'incompatibilità dell'art. 43 comma 1 del Tusmar con l'ordinamento europeo che ne ha imposto la disapplicazione, intervenuta a ridosso dell'udienza di precisazione delle conclusioni, giustifica la compensazione nella misura della metà delle spese processuali che si liquidano, per l'intero - avuto riguardo alla notevolissima entità del valore della controversia ed alla complessità dell'attività difensiva svolta- in € 650.000,00 per compenso di avvocato oltre al 15% per spese generali ed oneri di legge, e si pongono per la restante metà a carico

pagina 39 di 40



solidale di Fininvest s.p.a., Mediaset s.p.a. e RTI s.p.a..

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, nella causa n. 30071/2017 promossa da Mediaset s.p.a., R.T.I. s.p.a. e Fininvest s.p.a. contro Vivendi s.a., con atto di citazione notificato il 19 giugno 2017 disattesa ogni altra istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

- 1) respinge tutte le domande proposte da Mediaset s.p.a., R.T.I. s.p.a. e Fininvest s.p.a. contro Vivendi s.a.;
- 2) dichiara compensate fra le parti nella misura della metà le spese processuali che liquida, per l'intero, in € 650.000,00 per compenso di avvocato oltre al 15% per spese generali ed oneri di legge, e pone per la restante metà a carico solidale di Fininvest s.p.a., Mediaset s.p.a. e RTI s.p.a.

Milano, 18 febbraio 2021

Il Presidente

Angelo Mambriani

Il Giudice estensore

Daniela Marconi

