



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale in Marketing e
Comunicazione

Tesi di Laurea

—
Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

La Pubblicità Ingannevole e Comparativa: il caso Dash - Dixan

Relatore

Ch. Prof. Alessandra Zanardo

Laureando

Alessandra Rossi

Matricola 822319

Anno Accademico

2013 / 2014

INDICE

INTRODUZIONE.....	7
-------------------	---

CAPITOLO I

La Pubblicità

1.1 Storia della pubblicità.....	11
1.2 Evoluzione della disciplina normativa della pubblicità.....	18
1.3 Evoluzione della pubblicità ingannevole in Europa.....	23
1.3.1 Francia - 1.3.2 Gran Bretagna - 1.3.3 Germania - 1.3.4 Spagna	
1.4 Evoluzione della pubblicità comparativa in Europa.....	26
1.4.1 Francia - 1.4.2 Gran Bretagna - 1.4.3 Germania - 1.4.4 Spagna	

CAPITOLO II

La pubblicità Ingannevole e Comparativa

2.1 Pubblicità Ingannevole.....	32
2.1.1 La Direttiva n. 1984/450/CEE.....	32
2.1.2 Il Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74.....	34
Le definizioni di pubblicità, pubblicità ingannevole e operatore pubblicitario (art. 2) - Elementi di valutazione (art. 3) - Trasparenza del mercato (art. 4) - Prodotti Pericolosi (art. 5) - La tutela dei bambini e degli adolescenti (art. 6) - L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 7) - Autodisciplina (art. 8)	
2.2. Pubblicità Comparativa.....	53
2.2.1 La Direttiva n. 97/55/CE.....	54
2.2.2 Il Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 67.....	58
I requisiti del confronto - Non ingannevolezza e prova di veridicità - Soddisfacimento degli stessi bisogni o propongono gli stessi obiettivi - Confronto oggettivo delle caratteristiche - Confusione - Discredito e denigrazione - Denominazione di origine - Indebito vantaggio - Imitazione o contraffazione	

2.3 Offerte speciali.....	68
2.4 Messaggi comparativi.....	69
2.5 Exceptio veritatis.....	71
2.5 Comparazione basata su dati di fonte neutrale.....	72
2.6 Test di gradimento e blind test.....	73

CAPITOLO III

I Decreti Legislativi 2 agosto 2007, nn. 145 e 146

3.1 Il Codice del Consumo.....	74
3.2 La Direttiva n. 2005/29/CE.....	77
3.3 La Direttiva 2006/114/CE.....	84
3.4 Il Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n.145 – Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.....	86
3.5 Il Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n.146 - Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004.....	93

CAPITOLO IV

Il caso Dash - Dixan

4.1 Il caso Dash – Dixan.....	112
4.2 Provvedimento n. 24522, 18 settembre 2013.....	113
4.3 Provvedimento n. 24873, 9 aprile 2014.....	118
Appendice.....	125
Bibliografia.....	131

INTRODUZIONE

Il presente elaborato traccia una disamina sulla evoluzione normativa della pubblicità ingannevole e comparativa, unitamente alla presentazione di due diversi casi di pubblicità ingannevole e comparativa messi in atto dalle multinazionali Henkel Italia S.p.A. e Procter&Gamble s.r.l.

In particolare nei primi capitoli verrà presentato il contesto storico della pubblicità e successivamente il contesto normativo delle due fattispecie di pubblicità presentate, allo scopo di tracciare una visione d'insieme per comprendere i due provvedimenti riportati nell'ultimo capitolo.

Nel primo capitolo si delinearanno i principali cambiamenti storici riguardo alla pubblicità, a partire dal periodo dei Greci e dei Romani, quando nascevano le prime forme pubblicitarie. Progressivamente entrano in gioco nuovi strumenti di comunicazione, grazie ai quali si evolve anche la pubblicità, tanto che essa assume in tutta Europa un termine specifico: *reclamè*.

In Italia, la Rivoluzione Industriale porta grandi novità: dalla diversificazione dell'offerta all'introduzione di nuovi prodotti che contribuiscono a favorire, nonostante il Paese sia ancora economicamente povero, un adeguato contesto per lo sviluppo della pubblicità.

Prendono vita le prime agenzie pubblicitarie: la prima è fondata da Attilio Manzoni, il quale si occupa della commercializzazione di prodotti farmaceutici, ma vede nella pubblicità un valore aggiunto da introdurre per incrementare la sua attività.

Lo sviluppo delle aziende e il miglioramento economico e sociale delle famiglie che vedono nella città il luogo in cui fare fortuna, permette al manifesto di affermarsi come nuovo strumento di comunicazione pubblicitaria. Esso, infatti, viene inserito nel contesto urbano e moltissimi artisti, anche italiani, si affermano perché ideatori di manifesti per aziende note ancora oggi nel mercato.

Intorno agli anni Venti, la pubblicità vede un ulteriore incremento dovuto allo sviluppo delle imprese e alla nascita della società dei consumi. Un traguardo importante la pubblicità lo raggiunge grazie alla diffusione della radio prima, e della televisione poi in particolare con la nascita di *Carosello* alla fine degli anni Cinquanta. *Carosello* è pensato

come uno spettacolo dove alla fine vengono dedicati alcuni secondi alla promozione di un determinato prodotto. L'ultimo *siparietto* di Carosello va in onda nel 1977, quando una simile forma di pubblicità risulta oramai sorpassata.

Grazie ad una serie di rivoluzioni in ambito economico, sociale, politico e finanziario si sviluppa una nuova concezione di pubblicità: non è più il consumatore che si adegua all'offerta dell'impresa, ma ora sono le imprese che devono adattarsi alla domanda. Di conseguenza la pubblicità deve riuscire a farsi ricordare e imprimersi nella mente del consumatore.

Dopo questa presentazione storica, si procede con l'analisi dell'evoluzione normativa in merito alla pubblicità e, in particolare, si prenderanno in esame la pubblicità ingannevole e la pubblicità comparativa.

Dopo aver fornito un insieme di importanti definizioni, necessarie per comprendere il contesto, si analizzeranno una serie di normative introdotte prima a livello europeo e in seguito attuate dagli Stati membri della Ue.

Nel secondo capitolo, si analizzeranno in maniera dettagliata le due principali direttive sulla pubblicità ingannevole e comparativa: la Direttiva n. 84/450/CEE e la Direttiva n. 97/55/CE, mettendo in luce le principali differenze ravvisate.

Successivamente si prenderanno in considerazione i due decreti legislativi, ora abrogati, che hanno dato attuazione alle direttive europee nel nostro Paese: il decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 e il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 67.

Nel terzo capitolo, dopo una breve introduzione al Codice del Consumo, si analizzeranno le Direttive nn. 2005/29/CE e 2006/114/CE; la prima relativa alle "pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno" dell'11 giugno 2005 e la seconda in merito alla pubblicità ingannevole e comparativa del 12 dicembre 2006. In Italia, tali direttive sono state recepite mediante due decreti legislativi distinti e consecutivi: il d.lgs. n. 145/2007 e il d.lgs. n. 146/2007.

Per quanto riguarda il decreto legislativo n. 145/2007 che dà attuazione alla direttiva n. 2006/114/CE ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. La normativa è applicabile nei soli rapporti tra imprenditori, escludendo quindi i consumatori.

Le novità più importanti riguardano la possibilità per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di agire d'ufficio, l'aumento dell'entità delle sanzioni nel caso di

inosservanza delle regole e la possibilità di addivenire ad un sorta di “ravvedimento operoso”, mediante l’impegno da parte del professionista a porre fine all’infrazione.

Il decreto legislativo n. 146/2007, invece, modifica le norme relative alla pubblicità ingannevole e comparativa contemplate dapprima nel Codice del Consumo. Tale disciplina è applicabile alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, dando una definizione dettagliata del termine *consumatore*.

Per quanto riguarda la tutela amministrativa e giurisdizionale del d.lgs. n. 146/2007, l’Autorità può intervenire d’ufficio, oltre che su istanza di un soggetto o di un’organizzazione, che ne abbia interesse.

Infine nel quarto e ultimo capitolo, si analizzeranno due provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, entrambi inerenti alle società multinazionali Procter&Gamble s.r.l. e Henkel Italia S.p.A. Mentre nel primo caso, P&G agisce come professionista e Henkel come segnalante, per un caso di pubblicità ingannevole mediante uno spot televisivo, nel secondo caso Henkel Italia S.p.A. assume il ruolo di professionista, mentre P&G agisce come segnalante per il caso di pubblicità comparativa illecita nelle confezioni di prodotto del segnalante.

CAPITOLO I

LA PUBBLICITA'

1.1 STORIA DELLA PUBBLICITA'

La pubblicità è una particolare forma di comunicazione, che ha origine in tempi remoti, allo scopo di raggiungere e attirare i consumatori.

Nell'antica Grecia ma anche a Roma e Pompei, quando i negozianti dai luoghi aperti dedicati alla vendita, passano agli ambienti chiusi delle botteghe devono servirsi di insegne vistose, dipinte o a mosaico, con iscrizioni e immagini, destinate a una popolazione ancora analfabeta.¹

Nel Seicento, con l'evoluzione della stampa compaiono le "gazzette": giornali di uscita settimanale, contenenti notizie e informazioni utili, rivolte prevalentemente all'alta borghesia, a politici, uomini d'affari, commercianti, letterati ossia a coloro che sapevano leggere e scrivere.

Le gazzette sono un evento importante, oltre che per la stampa, anche per le nuove tecniche di comunicazione, in quanto al loro interno dedicano largo spazio alla *réclame*. Il termine francese è utilizzato per indicare quella che si può definire la prima forma di pubblicità e in particolare la sua prima definizione comparsa nel *Novo Dizionario Universale della lingua italiana* è: "Avviso spesso ciarlanatesco per richiamar l'attenzione della gente su cose commerciali, per farsi un nome".²

Nello stesso periodo nella maggior parte dei Paesi europei iniziano a comparire le prime *réclame*: nel 1625 sul giornale inglese *Mercurius Britannicus*, in Francia verso il 1630 su la *Gazette*, mentre in Italia nel 1691 sul *Protogiornale Perpetuo Veneto*, un almanacco

¹ CODELUPPI, *Storia della Pubblicità Italiana*, Roma, Carrocci Editore, 2013, 13.

² CESERANI, *Storia della Pubblicità in Italia*, Roma, Ed. Laterza, 1988, 31.

contente informazioni sulle feste religiose e civili, sui perdoni, le indulgenze, processioni, mercati, fiere, trasporti.

Oltreoceano, invece, le prime forme di pubblicità compaiono all'inizio del Settecento: Benjamin Franklin colloca i primi annunci pubblicitari su *Pennsylvania Gazette* nel 1729.³

In Italia è la Rivoluzione Industriale, verso la fine dell'Ottocento a dare un grande impulso allo sviluppo della pubblicità ossia un'epoca caratterizzata dalla crescita del numero di imprese, dall'aumento della gamma di prodotti e dalla diversificazione dell'offerta, in contrapposizione ad un contesto caratterizzato da un numero elevato di persone analfabete che lascia le campagne per trovare fortuna in città e che destina la maggior parte del reddito alla spesa alimentare.

E' in questo contesto che nasce la prima concessionaria di pubblicità fondata dal giovane farmacista Attilio Manzoni a Milano nel 1863; l'agenzia si occupa del commercio di prodotti farmaceutici e chimici.

Manzoni vuole guardare "oltre" e vede la possibilità di utilizzare gli spazi pubblicitari sui giornali, oltre che per promuovere i prodotti italiani, anche per la promozione di prodotti farmaceutici stranieri.

Successivamente nel 1886 la società tedesca *Haasenstein & Volger* apre la sede in Italia: UPI Unione Pubblicità Italiana, una vera e propria "fabbrica" di campagne pubblicitarie.

La pubblicità inizia ad essere uno strumento di grande interesse e ad essere utilizzata anche in altri contesti, non più solo all'interno dei giornali.

E' in questo periodo che nasce il manifesto.

Fu inizialmente la Francia, il paese che ha contribuito alla sua evoluzione, non a caso in quel periodo è uno dei paesi più avanzati dal punto di vista socio-economico.

A ruota seguono gli altri Paesi europei, Italia compresa.

Il primo manifesto viene realizzato nel 1863 da Rossetti per l'opera lirica *Faust* di Charles Gounod.

I primi manifesti sono di grandi dimensioni, creati in formato orizzontale, con immagini gigantesche a colori, che contribuiscono notevolmente a dar loro una grande efficacia espressiva.

Inizialmente vengono posti in luoghi strategici come le strade che divengono, in questo periodo luogo centrale di espressione, in conseguenza anche al processo di urbanizzazione che stanno vivendo le città.

³ CODELUPPI, *op.cit.*, 14.

Anche l'utilizzo di mezzi di trasporto come i tram e altre nuove forme di comunicazione come "uomini sandwich" il cui compito è quello di girare per la città portando addosso un doppio manifesto pubblicitario (fronte e retro), hanno contribuito allo sviluppo della pubblicità e incrementarne l'inserimento nei contesti urbani.

Numerosissimi artisti, inoltre, contribuiscono alla diffusione del manifesto in Italia: tra i più noti il livornese Leonetto Cappiello che ha lavorato soprattutto a Parigi tra la fine dell'Ottocento e inizio Novecento.

Quest'ultimo contribuisce alla nascita del "manifesto-marchio": una nuova elaborazione che attraverso l'immagine grafica mira a comunicare l'essenza del prodotto allo scopo di renderlo memorabile. Il medesimo, attraverso questa concezione, crea numerosi personaggi surreali come la zebra rossa per il Vermouth Cinzano (1910), il folletto in calzamaglia rossa a pois che nasce da un'arancia per il Bitter Campari (1921).⁴

Con i primi anni del Novecento in particolare negli anni Venti e Trenta la pubblicità vive un vero e proprio cambiamento, in concomitanza con la nascita della società dei consumi e l'industrializzazione, non solo in Italia ma anche nel resto del mondo.

Negli Stati Uniti in particolar modo, il messaggio pubblicitario diventa meno immediato, più articolato e complesso e con uno stimolo all'acquisto molto più efficace. Cambia inoltre la concezione della pubblicità: dalle forme di comunicazione create dagli artisti attraverso manifesti che ricordano una marca o un prodotto, alla nuova concezione, quale strumento per esaltare la qualità e le prestazioni del prodotto.

Anche l'Italia vive un periodo di notevole sviluppo, affiancandosi a nuove concessionarie di pubblicità accanto a quella di Manzoni e all'UPI, come la Goffredo Bedeschi nel 1900 e la Massimo Fano nel 1911.⁵

Anche i futuristi contribuiscono allo sviluppo della pubblicità attraverso elementi caratterizzanti quali la grande libertà nell'utilizzo dello spazio della pagina, l'utilizzo di volantini, striscioni, affissioni di manifesti, annunci, slogan.

L'esempio più eclatante è rappresentato dal caso Campari, il quale è ricorso a numerosi artisti futuristi per la creazione di pubblicità innovative e uniche trovando in Depero l'artista che meglio ha rappresentato l'identità del brand⁶.

Altre novità importanti per la pubblicità italiana lo stesso termine *pubblicità* in sostituzione dell'ottocentesco *réclame* introdotto nel *Novo Dizionario universale delle lingua italiana*

⁴ CODELUPPI, *op.cit.*, 41.

⁵ CODELUPPI, *op.cit.*, 46.

⁶ Cfr. M. MOJANA, A. MASOERO, *Depero con Campari, Catalogo della mostra (Sesto San Giovanni, 18 marzo – 18 giugno 2010)*, 2010.

di Policastro Petrocchi e in secondo luogo la nascita della prima agenzia di pubblicità organizzata secondo criteri moderni: ACME - Dal Monte fondata nel 1922. Luigi Dal Monte ha tratto spunto dalle moderne agenzie statunitensi riuscendo a collaborare con molte aziende importanti quali Cinzano, Cirio, Nestlé, La Rinascente.

Una novità importante riscontrata all'interno delle imprese italiane su ispirazione delle imprese americane, è il nuovo spazio dedicato all'*advertising*.

La pubblicità travolge le imprese le quali cominciano ad impiegare risorse e dedicare spazi aziendali al loro interno, al fine di investire nella pubblicità e nella promozione dei loro prodotti. I primi esempi: AlfaRomeo, Fiat, Campari, Motta, Rinascente.

Un contributo significativo alla pubblicità è stato dato dall'introduzione della radio negli anni successivi al primo conflitto mondiale. Grazie a questo nuovo apparecchio, le aziende possono ora arrivare direttamente ai consumatori anche se i medesimi non sono ancora in grado di leggere né di scrivere.

Mentre negli Stati Uniti il sistema radiofonico è presente già dal 1922 e nel 1926 vede la sua piena maturità con la costruzione del network NBC (National Broadcasting Corporation), in Italia l'arrivo della pubblicità via radio avviene nel 1926 con la nascita della concessionaria SIPRA (Società Italiana Pubblicità Radiofonica Anonima⁷) soltanto grazie alla fondazione nel 1924 dell'URI (Unione radiofonica italiana⁸)⁹ che nel 1927 diventa EIAR e nel 1944 RAI.

I primi messaggi messi in onda attraverso radio sono per lo più di interesse locale, diffusi per la stragrande maggioranza dei casi in dialetto.

Dopo la pubblicità radiofonica si assiste alla nascita della pubblicità televisiva.

E' il 1941 quando in America la WBNT¹⁰ trasmette per la prima volta lo spot degli orologi *Bulova* all'interno del primo programma sponsorizzato *Truth of Consequences* promossa dalla *Procter&Gamble*.¹¹

Negli Stati Uniti durante gli anni Cinquanta, la pubblicità ha attraversato un notevole sviluppo grazie all'arrivo del modello basato sugli spot, ma soprattutto in conseguenza di una spettacolare espansione dei consumi.

Essa è uno strumento necessario per informare la clientela ma diventa anche mezzo per far "preferire" un prodotto rispetto a quello del concorrente.

⁷ Cfr. www.raipubblicita.it, 17/11/2014.

⁸ URI rappresenta la concessionaria esclusiva per le trasmissioni radiofoniche che dall'qualche anno dopo diventerà EIAR con Arnoldo Mondadori, che ne sarà il primo presidente. (V. www.raipubblicita.it).

⁹ Cfr. BALLOTTA, BRIGIDA, *Radio e pubblicità*, Torino, Gruppo Editoriale Forma, 1982.

¹⁰ La WBNT allora (nel 1940) era la televisione newyorkese.

¹¹ CODELUPPI, *op.cit.*, 81.

L'Italia, nel 1945, è un paese distrutto dal secondo conflitto mondiale nonostante gli aiuti americani del Piano Marshall: la popolazione dedica la maggior parte del reddito alla spesa alimentare¹², i mezzi di trasporti sono arretrati, l'inflazione è alle stelle e la produzione industriale è ancora molto arretrata; necessita inoltre di una riconversione industriale in conseguenza della fine del conflitto, che avverrà qualche anno più tardi. Le aziende infatti durante questi anni erano state costrette a modificare la loro produzione per rispondere alle esigenze della guerra, mandando in produzione carri armati, aerei leggeri e così via.

La pubblicità in tutto questo contesto, risente della crisi attraversata dal Paese ritrovandosi in una fase di arretramento rispetto al moderno sistema americano.

Il sistema pubblicitario italiano è caratterizzato ancora da cartellonisti e il manifesto è ancora molto diffuso e le uniche agenzie presenti sono quelle ante-guerra.

A farsi spazio in questo periodo è il cartellonista Armando Testa che, nel 1956, apre un'agenzia (prima studio grafico) destinata ad un enorme successo.

Tra i lavori più noti di Testa si ricorda il manifesto per Pirelli rappresentato da un pneumatico associato ad un elefante.

Mentre le agenzie italiane assomigliano ancora a botteghe di tipo artigianale, ruotanti essenzialmente attorno al carisma personale del titolare, le agenzie americane sono dotate di rigorosa cultura aziendale incentrata sul marketing e ricerche di mercato organizzate al loro interno con ruoli professionali ben definiti.

La ricostruzione italiana dura quasi un decennio, fino a quando gli economisti sulla base dei dati del prodotto interno lordo, rilevano l'inizio del c.d. "boom consumistico"¹³: la popolazione italiana apporta nel proprio stile di vita una grande rivoluzione attraverso l'utilizzo di numerosi beni di consumo e l'acquisto dei primi mezzi motorizzati, alcuni di questi divenuti veri e propri miti come "Vespa" e "Lambretta".

Inoltre un gran numero di persone si trasferisce nelle grandi città per trovare lavoro nella grandi aziende come Fiat e Pirelli.

Solo nel decennio successivo, negli anni '60, si assiste ad un vera e propria crescita del sistema "pubblicità", quando le famiglie cominciano ad avere maggiore, seppur ancora limitate, possibilità economiche.

In questa cornice, il 3 febbraio 1957 va in onda la prima puntata di *Carosello*¹⁴.

¹² S.SOMOGYI, *L'alimentazione nell'Italia Unita*, in *Storia d'Italia*, Torino, Einaudi, 1973.

¹³ CODELUPPI, *op.cit.*, 92.

¹⁴ FALABRINO, *Storia della pubblicità in Italia dal 1945 ad oggi*, Roma, Carocci, 2007, 32; ROFFI, FRANCO (a cura di), *La storia della radio e della televisione*, Milano, Gruppo Editoriale JCE, 2005.

Esso nasce per combinare le esigenze dei pubblicitari con le esigenze del pubblico. Si tratta di una sorta di “spettacolo” della durata complessiva di 135 secondi, caratterizzato da uno spettacolo rigorosamente non pubblicitario della durata di 100 secondi e dal famoso “codino” della durata di 15 secondi, dedicato alla pubblicità vera e propria.

Carosello non è solo una pubblicità ma un mondo in cui regnano felicità e benessere, un mondo affascinante per la gente sopraffatta da povertà e disagi.

Non a caso viene trasmesso in linguaggio molto familiare per il target che va a colpire.

Tra i primi inserzionisti si ricordano Shell, l’Oreal, Singer, Cynar.

In *Carosello* possono essere classificati due principali filoni: i film d’animazione che si distinguono in cartoni animati e “passo uno”, i quali entrano nell’immaginario collettivo con personaggi di fantasia come Toto e Tata di Motta, Carmencita e Caballero (Caffè Paulista), mentre i film dal vivo vengono rappresentati con personaggi in carne ed ossa.

Carosello va in onda fino al 1977, quando il siparietto è sorpassato per gli elevati costi e lo spazio comunicativo ridotto di cui necessitano le imprese.¹⁵

Gli anni Settanta sono caratterizzati da pubblicità spesso con testi molto lunghi e componenti visive ridotte al minimo connotate da messaggi ribelli e trasgressivi.

Gli anni Ottanta vedono invece la nascita delle prime emittenti televisive private: da un sistema chiuso gestito interamente dalla RAI, ad un sistema aperto come risposta ai notevoli investimenti delle aziende italiane nella pubblicità.

La grande crescita, ma soprattutto i notevoli investimenti hanno permesso l’istituzione nel 1986 del sistema Auditel: un sistema elettronico di misurazioni quantitative per gli ascolti televisivi¹⁶.

Gli anni Ottanta hanno ricoperto, in sostanza, un ruolo fondamentale per lo sviluppo e la crescita della pubblicità.

Con gli anni Novanta, in un mondo industriale ormai avanzato si assiste in primis alla crisi della marca, la quale rappresenta per l’azienda un punto strategico per arrivare ai consumatori i quali però, in questo periodo, non avvertono più la marca come un fattore chiave nei propri acquisti. Il consumatore infatti è più maturo, più informato in merito ai suoi acquisti anche se la sua disponibilità economica è ancora limitata, perciò è disposto ad acquistare prodotti non di marca.

La pubblicità risponde a questa crisi con campagne pubblicitarie sempre più affascinanti e coinvolgenti per i consumatori, ma nonostante ciò dimostra la sua arretratezza rispetto agli

¹⁵ L.BALLIO, A.ZANACCHI, *Carosello story*, Torino, Eri, 1987.

¹⁶ VALERI, *Pubblicità italiana*, Milano, Il Sole 24 Ore Libri, 1986.

Stati Uniti. Mentre questi ultimi riescono a realizzare spot creativi e innovativi, l'Italia ricorre all'uso di testimonial famosi, all'utilizzo di brani musicali accattivanti, corpi nudi maschili e femminili tipici esempi di una pubblicità che manca di originalità.

Inoltre il linguaggio utilizzato dalla pubblicità non si discosta di molto dal linguaggio utilizzato nel Carosello: scenette divertenti dove fondamentale è la presenza di un dialogo verbale, in cui predomina la comicità.

Con l'arrivo del terzo millennio, anche la pubblicità deve fare i conti con cambiamenti radicali nel rapporto con la platea di consumatori.

La nascita e la frammentazione delle audiences riguardano oltre che la tv, anche i nuovi media.

Internet, pc, e altri strumenti rendono più difficoltoso per la pubblicità raggiungere contemporaneamente più persone ed è per questo che le aziende devono essere capaci di adattarsi, creando messaggi pubblicitari che colpiscano più target differenti nello stesso momento, declinabili su una grande varietà di mezzi senza che questi perdano di intensità ed efficacia comunicativa.

Negli ultimi anni si assiste, invece, al fenomeno della creazione della pubblicità da parte dello stesso consumatore: è il produttore pubblicitario che attraverso l'analisi del comportamento e dei bisogni del consumatore, deve capire quali esigenze ha, e sulla base di esse deve riuscire a creare una pubblicità *ad hoc*.

In altre parole, quello che la pubblicità deve fare oggi, dati i numerosi strumenti attraverso il quale viene trasmessa e l'alta concorrenza, è farsi notare ma soprattutto ricordare.

1.2 EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NORMATIVA DELLA PUBBLICITA'

Nel panorama europeo, la comunicazione commerciale ha assunto un ruolo sempre più rilevante dopo la Rivoluzione Industriale; dal momento in cui si sviluppa, comincia a prendere piede la *réclame*.

L'evoluzione della pubblicità, la nascita di nuovi strumenti di informazione e le nuove modalità con le quali si comunica ai consumatori colgono impreparati i legislatori dei principali Paesi, non solo europei.

Oltretutto la crescita dei consumi e nuove aziende in concorrenza tra loro, nonché, l'aumento degli investimenti in pubblicità contribuiscono a far sì che i Paesi necessitino di una legislazione adeguata in tema di pubblicità.

Negli anni successivi al secondo conflitto mondiale, nei vari Stati si comincia allora a prendere in considerazione il problema della comunicazione pubblicitaria ingannevole.

La protezione dei consumatori è presa in considerazione già alla fine degli anni Sessanta dal Consiglio D'Europa, che nel 1973, emana la "Carta della protezione del consumatore".¹⁷

Nel 1975 viene approvato il "Programma preliminare della CEE per una politica di tutela e informazione dei consumatori" nel quale è prevista l'adozione di mezzi per la tutela del consumatore dalla pubblicità falsa e ingannevole.

Negli anni successivi sono numerosi gli emendamenti e le proposte di modifica del testo, fino al 1978 quando viene emanata la Proposta di Direttiva revisionata l'anno successivo dal Parlamento Europeo, dal Comitato Economico e Sociale della CEE.

L'iter non si conclude subito ma ben cinque anni più tardi, nel 1984, quando il Consiglio approva e adotta la Direttiva in materia di pubblicità ingannevole.

La Direttiva, di estrema semplicità, ha come obiettivo quello di dettare le linee guida alle quali gli stati membri devono attenersi nella repressione della pubblicità ingannevole.

Dopo aver definito l'oggetto della tutela, l'attenzione viene riportata sui soggetti tutelati e sulla definizione di "ingannevole", quale pubblicità che induca o sia atta ad indurre in errore i suoi destinatari rivelandosi pregiudizievole per questi o per le imprese concorrenti, indicando altresì gli elementi cui riferirsi per stabilire l'ingannevolezza.

¹⁷ Cfr. il rapporto CONSEIL DE L'EUROPE, *Protection des consommateurs*, Strasburgo, 1972.

La Direttiva lascia inoltre lo spazio agli stati membri di decidere quale sia l'organo competente ad esercitare il potere di reprimere la pubblicità ingannevole.

In sostanza l'allora Comunità Economica Europea, oggi Unione Europea, ha come obiettivo quello di uniformare le legislazioni di tutti i paesi membri dettando le linee guida a cui gli Stati devono fare riferimento in materia di pubblicità.

A seguito della Direttiva sulla pubblicità ingannevole, viene emanata la Direttiva n. 1997/55/CE, che modifica la precedente Direttiva in materia di pubblicità ingannevole e introduce per la prima volta la pubblicità comparativa.

Tale Direttiva ha lo scopo di fissare per gli stati membri una disciplina comune in merito alla comparazione pubblicitaria, in modo tale che le imprese adottino lo stesso strumento di competizione, per garantire ai consumatori una maggiore informazione sui prodotti immessi nel mercato.¹⁸

In tale Direttiva, in particolare, vengono introdotti i principi di liceità per i quali è consentita la pubblicità comparativa e in merito ai quali ogni Paese membro deve rispettare e introdurre nel proprio ordinamento.

In ordine di tempo viene poi introdotta la modifica della direttiva n. 1984/450/CEE, attraverso la Direttiva n. 2005/29/CE, "relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno". Si tratta di una normativa che ha lo scopo di assicurare il pieno funzionamento del mercato interno inteso come da art. 14 della stessa direttiva, "uno spazio senza frontiere interno, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi".

Come per le altre direttive, anche la Direttiva del 11 giugno 2005, n. 29 è un corpo normativo atto ad armonizzare le legislazioni nazionali attraverso il quale gli organi comunitari hanno inteso assicurare ai consumatori un livello elevato di tutela e nel contempo "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno".

Al contrario di altri Paesi, l'Italia vede già dagli anni Venti una legislazione in tema di tutela dei consumatori dalla pubblicità ingannevole

Il primo intervento risale al 1925, quando nel disciplinare la produzione e il commercio di prodotti agrari, viene introdotto il divieto di fare pubblicità in modo da abusare della buona fede dei consumatori o da indurli in errore¹⁹.

Negli anni successivi non vi sono radicali mutamenti legislativi, se non l'emanazione di alcune disposizioni nel settore degli alimenti

¹⁸ R.ROSSOTTO, *La pubblicità comparativa un altro modo di comunicare*, Milano, 1998.

¹⁹ Regio Decreto Legge 15 ottobre 1925, n. 2033.

In sostanza il quadro legislativo italiano rimane lo stesso presente nel periodo precedente la seconda guerra mondiale: nessun cambiamento radicale ma solo una serie di nuove disposizioni di contenuto diverso, limitate tra l'altro ad alcuni settori merceologici²⁰.

Negli anni Sessanta poi, sulla falsariga del *Code della Chambre de Commerce Internationale*, viene pubblicato nel 1966 dal Comitato permanente di collegamento tra le principali organizzazioni pubblicitarie, il "Codice della Lealtà Pubblicitaria" successivamente rinominato in *Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*.²¹

È il 1951 quando il primo "Codice morale della pubblicità" varato dall'UPA²², mentre l'anno successivo viene emanato quello della Federazione Italiana della Pubblicità.

La vera svolta avviene nel 1963, in occasione del VII Congresso nazionale della pubblicità, nel quale viene condivisa la relazione del dottor Roberto Cortopassi, co-fondatore dell'Istituto e presidente IAP, sulla responsabilità sociale della pubblicità.

Trattasi di un Codice composto da quarantasei articoli suddivisi in sei titoli. *In primis* vengono richiamate le Norme Preliminari e generali all'interno delle quali vengono specificate le finalità del Codice e vengono introdotte le principali definizioni quali "prodotto" indicato come oggetto della comunicazione commerciale e si intende perciò esteso anche al servizio, metodo, trattamento, diritti, obbligazioni e simili. Altre definizioni vengono date in merito a "consumatore" e "messaggio". Vengono inoltre indicati i soggetti vincolati (utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, gli obblighi degli enti firmatari) e gli obblighi a cui sono sottoposti gli enti firmatari.

Il Titolo I (artt. 1- 16) comprende al suo interno le "Regole di comportamento" ossia come deve presentarsi la pubblicità in maniera da non risultare decettiva.

Il Titolo II (artt. 17 - 28) riporta le "Norme Particolari" circa le modalità di vendita punto *a)* e al punto *b)* cosa devono e non devono riportare le comunicazioni commerciali in determinati settori merceologici.

Al Titolo III (artt. 29 - 35) viene data una descrizione dettagliata in merito agli "Organi e la loro competenza"; vengono descritte competenze e funzioni del Giurì e del Comitato di Controllo.

²⁰ FUSI, TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, 13.

²¹ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, 42.

²² UPA: Associazione che riunisce le imprese utenti di pubblicità.

Il Titolo IV (artt. 36 - 42) esplica le “Norme procedurali e sanzioni” quindi illustra i procedimenti legislativi attuati dagli organi e le sanzioni cui possono essere assegnate.

Infine al Titolo V viene tutelata la creatività. Tale titolo si compone di tre articoli: art. 43 relativo ai “Progetti creativi”, l’art. 44 in tema di “Avvisi di protezione” e il penultimo articolo, n. 45 sulla “Comunicazione svolta all’estero”.

Nell’ultimo titolo (Titolo VI) viene proposto un solo articolo, dedicato alla “Comunicazione Sociale”.

Tale quadro legislativo rimane immutato fino all’inizio degli anni Ottanta quando il legislatore prende atto delle lacune in tema di pubblicità e legislazione pubblicitaria.

Prima dell’attuazione della Direttiva n. 84/450/CEE, il legislatore italiano emana una serie di disposizioni sulla disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato.²³

In seguito viene emanata anche la Direttiva comunitaria n. 552 del 1989 in materia di sponsorizzazione televisiva che riporta le nozioni di “pubblicità televisiva”, “pubblicità clandestina” e “sponsorizzazione” ; essa viene attuata attraverso la Legge 6 agosto 1990, n. 223.

Nella stessa legge è previsto inoltre che il Ministro delle Poste e delle Comunicazioni proponga una più dettagliata regolamentazione in materia di sponsorizzazioni.

Il Ministro ha risposto con due decreti: il Decreto Ministeriale del 1991 n. 439 e il Decreto Ministeriale del 30 novembre, n. 425 i quali hanno completato la disciplina delle sponsorizzazioni radiotelevisive e della pubblicità audiovisiva di tabacco e alcolici.

Nell’ordinamento italiano molte furono le disposizioni emesse e successivamente abrogate, in materia di pubblicità, ma nessuna di queste faceva esplicito riferimento al tema.

Soltanto il 25 gennaio 1992, la Direttiva n. 84/450/CEE viene recepita a livello nazionale, grazie al Decreto Legislativo n. 74. Il suo recepimento, come riportato nell’art. 1 di detto decreto, ha lo scopo di “tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”.

La finalità quindi del decreto è quella di tutelare il singolo acquirente, il rapporto tra imprenditori, nonché l’interesse generale che si estrinseca nella collettività e nel mercato.

La pubblicità comparativa viene introdotta solo successivamente con la Direttiva n. 1997/55/CE, inglobando in essa anche la Direttiva del 1984.

²³ La disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato veniva regolamentata dalla “Legge Mammi” del 6 agosto 1990, n. 223, in attuazione della Direttiva 89/552/CEE.

Tale Direttiva viene recepita nel nostro ordinamento con il Decreto Legislativo il 25 febbraio 2000, n. 67, il quale disciplina entrambe le fattispecie citate, con il titolo di “Pubblicità ingannevole e comparativa”, abrogando la legge n. 74/1992.

Nel decreto legislativo in questione, dopo la definizione di pubblicità (art. 3²⁴), viene fornita quella di pubblicità comparativa indicata come “*qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*”.

Successivamente il Decreto Legislativo n. 67/2000 viene assorbito dagli articoli 18 - 27 nel (Pubblicità e altre comunicazioni commerciali) del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, intitolato “Codice del Consumo” allo scopo di tutelare il consumatore.

In altre parole, il Codice di Consumo riporta all’interno di questa sezione, i contenuti dell’abrogato Decreto legislativo n. 74/1992 e del successivo n. 67/2000.

La successiva Direttiva emanata in materia di pubblicità, e più precisamente in materia di pratiche commerciali sleali, risale all’11 giugno 2005, n. 29 “relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”.

Tale Direttiva “intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori”.²⁵

Essa si suddivide in due parti: la prima (artt. 2 - 13) contiene la nuova regolamentazione delle “pratiche commerciali sleali”, la seconda parte prevede l’introduzione di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14).

Il legislatore nazionale ha dato attuazione a detta Direttiva nel 2007, adottando due decreti legislativi distinti: 2 agosto 2007, nn. 145 e 146, destinati rispettivamente a regolamentare i rapporti tra i professionisti (n. 145/2007) e le pratiche intraprese da questi ultimi nei confronti dei consumatori (n. 146/2007).

Le disposizioni del primo decreto, (n. 145/2007) “hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”, riportando nei seguenti articoli definizioni, e determinando le condizioni di liceità.

²⁴ Il testo dell’art. 3 del D.lgs. n. 67 del 2000 è il seguente: “1. All’art. 2, 1° comma, del D.lgs. n. 74 del 1992, dopo la lett. *b*) è aggiunta la seguente: “*b-bis*) per ‘pubblicità comparativa’, qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”.

²⁵ V. ART. 1 DIRETTIVA 2005/29/CE.

Il D.lgs. immediatamente seguente (n. 146/2007) interviene nel Codice di Consumo sostituendo gli artt. 18 - 27 del Decreto Legislativo n. 206/2005, con l'introduzione di una normativa generale sulle "pratiche commerciali scorrette".

1.3 EVOLUZIONE DELLA PUBBLICITA' INGANNEVOLE IN EUROPA

A partire dal primo dopoguerra, nei paesi più evoluti si comincia ad interrogarsi in merito ad una legislazione che regolamenti la pubblicità.

Soltanto con la fine del secondo conflitto mondiale i Paesi iniziano a emanare alcune disposizioni in merito alla illiceità della pubblicità decettiva.

Lo spunto offerto per affrontare il problema della pubblicità, fu dato dal "boom" economico a seguito di importanti investimenti pubblicitari dovuti all'aumento della concorrenza.

Si analizzeranno di seguito le situazioni in quattro paesi europei: Francia, Gran Bretagna, Germania, Spagna.

1.3.1 FRANCIA

In Francia, la pubblicità ingannevole viene vietata per la prima volta nel 1963 con la "Loi des Finances" la quale si applica a "qualsiasi pubblicità effettuata in malafede comportante false affermazioni o inducente in errore, quando tali affermazioni siano precise e si riferiscano ad uno o più dei seguenti elementi..."²⁶. Essa viene ritenuta denigratoria e mezzo per ottenere ingiusto vantaggio.

Tuttavia la disposizione in questione non trova l'adeguata applicazione in particolare verso i consumatori, i quali mettono in luce la sua inefficacia.

Nel 1973, questa legge viene sostituita con la "Loi d'Orientation du Commerce et de l'Artisanat" la quale vieta "qualsiasi pubblicità comportante sotto qualsiasi forma affermazioni, indicazioni o presentazioni false o tali da indurre in errore allorquando si riferiscano ad uno o più sei seguenti elementi...".

²⁶ FUSI, TESA, COTTAFVI, *op.cit.*,1993, 15.

Rispetto a quella precedente del 1963, detta legge sopprime la configurazione dell'illecito, il presupposto della malafede ed è previsto un certo numero di misure al fine di far cessare la pubblicità ingannevole prime della emissione di una decisione definitiva: la competenza è inoltre rimessa ai tribunali penali ordinari.

La suddetta legge è tutt'ora in vigore ma con la legge del 1978, "Loi sur la protection et l'information des consommateurs" sono state inasprite le sanzioni ivi previste.

Più recentemente ancora la *Loi renforçant la protection des consommateurs* no. 92/60 del 18 gennaio 1992, ha ulteriormente irrigidito la tutela, prevedendo inoltre, entro determinati limiti la liberalizzazione della pubblicità comparativa.²⁷

1.3.2 GRAN BRETAGNA

In Gran Bretagna solo nel 1968 con il "Trade Description Act" viene a delinarsi la legislazione in merito all'advertising decettivo per qualsiasi prodotto e servizio prevedendo la responsabilità dell'autore indipendentemente dal suo stato soggettivo, avendo per conto rilievo solo ed esclusivamente gli aspetti decettivi della comunicazione.²⁸

Nel 1972, sempre dallo stesso testo normativo concernente la disciplina della concorrenza e dei prezzi, viene istituito il "Director General of Fair Trading" avente la funzione di indagine e controllo.

A tutela dei consumatori sono stati emanati altri provvedimenti legislativi: il "Consumer Credit Act" del 1974, che disciplina le operazioni finanziarie e di credito e il "Consumer Protection Act" del 1987, relativo alle informazioni sui prezzi di prodotti e servizi.

Il "Trade Description Act" viene successivamente integrato con le disposizioni del "Control of Misleading Advertisement Regulations" del 1988 il quale dà attuazione alla Direttiva comunitaria n. 1984/450/CEE.

Nel 1984 viene infine attuata la Direttiva n. 112 del 1979 circa le descrizioni false o menzognere nel settore alimentare.

²⁷ Cfr. GREFFE-GREFFE, *La publicité et la Loi*, Parigi, 1990.

²⁸ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, 16.

1.3.3 GERMANIA

La Germania è stato uno dei pochi paesi a rimanere fedele alla repressione della pubblicità ingannevole attraverso il ricorso a norme in tema di concorrenza.

La pubblicità decettiva in questo Paese, viene vietata fin dagli inizi del secolo scorso con l'UWG del 1909 che disciplina la concorrenza.

Tuttavia la Legge 21 luglio 1965, legittima anche le associazioni dei consumatori ad agire, prima riservate ai soli imprenditori concorrenti.

Tale normativa mantiene l'onere della prova a carico dell'attore, ma con il correttivo che se quest'ultimo incontra rilevanti difficoltà a tale riguardo, la parte convenuta sarà tenuta a dimostrare la veridicità delle proprie affermazioni.

Nel 1965 viene approvato un emendamento il quale prevede che non siano solo gli imprenditori a poter esercitare le relative azioni, ma anche i consumatori.

1.3.4 SPAGNA

La prima disciplina sistematica della materia veniva attuata con *L'Estatudo de Publicidad* dell'11 novembre 1988, la quale ha dato attuazione alla pubblicità ingannevole, alla Direttiva n. 84/450/CEE. Le sanzioni, tranne nei casi in cui la pubblicità rivesta gli estremi dell'illecito penale, sono prevalentemente di natura amministrativa, ma i tribunali hanno il potere di ordinare in via cautelativa.

1.4 EVOLUZIONE DELLA PUBBLICITA' COMPARATIVA IN EUROPA

Si analizza di seguito, la situazione in quattro Paesi europei in merito alla pubblicità comparativa. Essi sono: Francia, Gran Bretagna, Germania, Spagna.

1.4.1 FRANCIA

La Francia ha adottato da tempo una normativa in tema di pubblicità comparativa, anticipando di fatto il legislatore comunitario.

A partire dal 1986, inizia a mutare l'orientamento giurisprudenziale e ad essere ritenuta lecita, e persino utile quando contribuisce ad assicurare la trasparenza del mercato.

La regolamentazione della pubblicità comparativa è stata introdotta con la Legge 18 gennaio 1992, n. 92-60 avente per oggetto il "rafforzamento della protezione dei consumatori".

Al contrario di molti paesi europei, la Francia è stata una dei primi a ritenere lecita la pubblicità comparativa, nella misura in cui la stessa fosse in grado di contribuire ad assicurare la trasparenza del mercato. Era il 1986.

Nel 1992 la regolamentazione della pubblicità è stata introdotta con la legge n. 60/1992 avente per oggetto il "rafforzamento della protezione dei consumatori".²⁹

La definizione di pubblicità comparativa viene riportata nell'art. 10 della suddetta legge e il suo obiettivo è quello di promuovere un bene o un servizio, paragonandolo a quelli già esistenti sul mercato.

Prima dell'entrata in vigore della legge del 1992, questo tipo di pubblicità era vietato perché ritenuta denigratorio o perché contrario alle norme del Codice di Proprietà Intellettuale o altresì perché ritenuto una fattispecie di contraffazione del marchio altrui per l'uso dello stesso senza l'autorizzazione del proprietario o, ancora, perché era giudicato in

²⁹ Per il legislatore francese per pubblicità comparativa si intende quella che "mette a confronto beni o servizi utilizzando la citazione o rappresentazione del marchio di fabbrica, di commercio o di servizio altrui, ovvero la citazione o rappresentazione della ragione sociale o della denominazione sociale, del nome commerciale o dell'insegna altrui, ed è autorizzata solo se essa è leale, veritiera e on è di natura tale da indurre in errore il consumatore". MALAGOLI, UNNIA (a cura di), *La pubblicità comparativa – Aspetti giuridici del confronto tra imprese alla luce della nuova normativa pubblica e autodisciplinare*, Torino, Giappichelli Editore, 2002.

contrasto con l'art. 44.1 della Legge Royer³⁰ che sanziona la pubblicità in conflitto con i principi di lealtà e veridicità.

L'evoluzione della normativa con la proposta della Direttiva comunitaria, l'evoluzione della giurisprudenza francese che comincia ad accettare alcune forme di comparazione di prezzi purché subordinate a determinati requisiti, e infine la posizione della Camera di Commercio Internazionale la quale accetta la comparazione purché non ingannevole per i consumatori, inducono il legislatore francese ad accettare la pubblicità comparativa.

Perché sia lecita questa pubblicità deve essere "leale", veritiera e di natura tale da non indurre in errore il consumatore; deve inoltre basarsi su "caratteristiche essenziali, significative, pertinenti e verificabili di beni e servizi della stessa natura e disponibili sul mercato".³¹

Quando invece viene comparato il prezzo, la norma (art. 10) stabilisce che "allorché la comparazione riguardi i prezzi, essa deve concernere prodotti identici venduti alle stesse condizioni e indicare la durata nella quale sono mantenuti i prezzi menzionati come suoi dell'inserzionista".

Quando vengono comparati i prezzi, i prodotti devono essere "identici", "venduti nelle stesse condizioni".

Mettendo da parte la Direttiva in questione, la pubblicità comparativa in Francia viene ripresa anche nella legge del 29 dicembre 1979 relativa alla pubblicità, alle insegne e pre-insegne e alla legge sulla stampa.

Lo stato francese, come molti altri stati europei tra cui l'Italia, ha recepito la nuova Direttiva sulla pubblicità n. 1997/55/CE, modificando la precedente del 1984.

La legislazione francese ha dato inoltre attuazione a tale Direttiva con "l'Ordonnance 23/08/2001, n. 741", la quale ha sostituito tre articoli del codice di consumo (relativi rispettivamente alla definizione di pubblicità comparativa, alla previsione di limiti della pubblicità stessa ai prodotti aventi una denominazione di origine o un'indicazione geografica protetta).

³⁰ Secondo l'art. 44.1 della Legge Royer: "è vietata qualsiasi pubblicità che comporti, in qualsiasi forma, affermazioni, indicazioni o presentazioni false o di natura tale da indurre in errore, quanto riguardino uno o più dei seguenti elementi: esistenza, natura, composizioni, qualità, sostanziali, tenore in principi utili, specie, origine, qualità, modo e data di fabbricazione, proprietà, prezzo e condizioni di vendita di beni o servizi che sono l'oggetto della pubblicità, condizioni di loro utilizzazione, risultati che possono essere attesi dal loro utilizzo, per motivi o processi di vendita o di presentazione di servizio, portata degli investimenti fatti dall'inserzionista, identità, qualità o attitudini del fabbricante, dei rivenditori, dei promotori o di chi contribuisce".

³¹ MALAGOLI, UNNIA, *op.cit.*, 2002, 161.

Quanto a ciò che la pubblicità comparativa non deve: non deve generare discredito o denigrare marchi, nomi commerciali o altri segni distintivi di beni, servizi, attività o situazioni di un concorrente, non deve creare confusione con un concorrente o con i suoi marchi, nome commerciale o altri segni distintivi, non deve presentare i beni o servizi come imitazione o riproduzione di beni o servizi, che giovino di un marchio o nome commerciale protetto.³²

1.4.2 GRAN BRETAGNA

La Gran Bretagna è un paese nel quale la legislazione sulla pubblicità comparativa è soggetta a molte regolamentazioni, sia in ambito privato che pubblico.

Tra le modifiche più importanti il “Trade Mark Act” del 1994 (legge sui marchi), la cui nuova versione (in vigore dal 31 ottobre 1994) ha recepito la Direttiva comunitaria in materia.

La normativa inglese prevede la liceità in generale della comparazione, dettando specifiche regole per quanto concerne la comparazione basata sui prezzi dei prodotti.

Di forte impatto è la nuova disciplina sui marchi introdotta con il Trade Mark Act.

La precedente versione prevedeva l’istituzione di due liste di marchi registrati, la prima delle quali contenendo i marchi che godono di maggiore forza distintiva, non permetteva alcun riferimento a questi ultimi fatto in pubblicità da parte dei concorrenti mentre per quelli inseriti nella seconda lista, aperta a marchi dotati di minore forza distintiva, si potevano effettuare richiami nelle comunicazioni commerciali comparative. Nel primo caso si può parlare di un vero e proprio diritto in esclusiva all’utilizzo del segno nella pubblicità con conseguente esclusione totale di ogni concorrente.

La nuova normativa ha modificato questo indirizzo, inserendo la previsione secondo la quale non si considera illecito il richiamo al marchio del concorrente quando esso sia fatto unicamente allo scopo di identificare il competitore cui ci si rivolge e senza tuttavia porre in essere un indebito e scorretto sfruttamento della notorietà altrui.

In merito agli strumenti normativi sulla pubblicità comparativa, si riscontra come in Gran Bretagna è possibile agire verso i messaggi comparativi tramite il ricorso all’azione di Malicious falsehood; ossia ad un’azione estremamente veloce, esercitabile da chi si ritenga danneggiato da una comunicazione commerciale.

³² BENSOUSSAN, *La publicité comparative*, Paris, 1993.

1.4.3 GERMANIA

La legge tedesca fino all'entrata in vigore della Direttiva rimane in una posizione ambigua per quanto concerne la pubblicità comparativa; essa infatti non vieta e ne consente esplicitamente tale tipo di advertising.

Tuttavia essa è ritenuta non consentita dalla legge 7 giugno 1990 sulla concorrenza sleale, di cui all'art. 1 veniva sancito che: "Qualora nello svolgimento di attività industriali o commerciali in concorrenza con gli altri un soggetto giuridico compia atti contrari a prassi oneste, può essergli ingiunto di cessare tali atti e può anche essere considerato responsabile dei danni causati".

Nel periodo successivo all'entrata in vigore di tale legge, la comparazione veritiera era considerata lecita.

Solo nel 1931 viene vietata la pubblicità comparativa veritiera dalla Corte Suprema che ne limita la liceità purché non sussistano elementi di concorrenza sleale.

Nel corso degli anni, la pubblicità comparativa viene considerata lecita quando il concorrente aveva giustificabili motivi per effettuare il paragone, le affermazioni sono veritiere e la comparazione ha limiti ragionevoli.

Dopo l'entrata in vigore della Direttiva n. 97/55/CE, la Corte Suprema tedesca prende posizione e modifica la propria giurisprudenza in materia di pubblicità comparativa e di fatto ammette la comparazione quando soddisfatti i requisiti elencati nell'art. 3-bis, comma 1 della stessa Direttiva. Nonostante ciò rimane illecita la comparazione pubblicitaria che scredita in maniera generale le modalità di fabbricazione del prodotto del concorrente.

1.4.4 SPAGNA

La prima legge spagnola sulla pubblicità è *l'Estatudo de la Publicidad* emanato nel giugno del 1964.

Ivi, non viene fatto alcun riferimento alla pubblicità comparativa ma nell'art. 10 si legge che "la pubblicità, come servizio diretto ai consumatori, costituisce uno strumento ordinato per orientare la loro libertà di scelta e favorire la lecita e leale concorrenza del mercato..."

A seconda dell'interpretazione che viene data a questo articolo dall'organo competente, ossia il "Jurado central de Publicidad", la pubblicità comparativa può ritenersi lecita o illecita.

L' *Estatudo de la Publicidad*, viene abrogato attraverso la Legge del novembre 1988, n. 34, conosciuta come la *Ley General de Publicidad* avente lo scopo di adeguare la legislazione spagnola a quella europea.

L'art. 6, lett. c), di detta legge, qualifica come sleale la pubblicità comparativa, che non si regga su caratteristiche essenziali, affini ed obiettivamente dimostrabili dei prodotti o servizi o quando si contrappongono beni o servizi con altri non simili o sconosciuti o di limitata presenza sul mercato.

La successiva legge per la concorrenza sleale *Ley de Competencia Desleal* del 1991 prevede che si considera sleale la comparazione dell'attività, delle prestazioni, degli stabilimenti propri e altrui con quelli di un terzo, quando si riferisca ad elementi che non siano analoghi, rilevanti o comprovabili.

In merito alla loro applicazione, nei casi in cui vi sia coincidenza tra i principi stabiliti dalla *Ley General de Publicidad* e quelli sanciti dalla *Ley de Competencia Desleal* non vi sono problemi mentre nelle ipotesi in cui tra le due norme vi sia incompatibilità, le norme della *Ley General de Publicidad* saranno derogate da quelle della *Ley de Competencia Desleal*. Se infine sono possibili diverse interpretazioni della *Ley General de Publicidad*, dovrà essere privilegiata quella che sia più aderente alle disposizioni della *Ley de Competencia Desleal*.

La Legge Generale della Pubblicità definisce come illecita la pubblicità contraria alla dignità della persona o ai principi costituzionali posti a difesa dei valori e dei diritti, la pubblicità ingannevole, la pubblicità sleale, la pubblicità subliminale, quella in contrasto con norme specifiche che regolino determinati settori.

La *Ley General de Publicidad* prescrive che il paragone si fondi su caratteristiche essenziali, affini ed obiettivamente dimostrabili dei prodotti o servizi, mentre la *Ley de Competencia Desleal* sancisce che la comparazione avvenga in relazione ad elementi analoghi, rilevanti e comprovabili.

La differenza della due norme è più terminologica che concettuale.

La *Ley General de Publicidad* proibisce il paragone tra prodotti o servizi dissimili, sconosciuti o di scarsa presenza sul mercato. Per contro la *Ley de Competencia Desleal* vieta la comparazione che abbia come presupposto l'inganno o la denigrazione.

Si può affermare quindi che la *Ley General de Publicidad* si riferisce alla pubblicità comparativa tra prodotti o servizi, mentre la *Ley de Competencia Desleal* ammette la comparazione tra attività, prestazioni e organizzazione, ampliando i possibili termini di paragone.

In conclusione emerge che il legislatore spagnolo ha di fatto anticipato quello francese in tema di pubblicità comparativa, regolandola in base ai principi della Direttiva n. 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

La legge spagnola ha scelto di non ammettere esplicitamente la pubblicità comparativa, ma di vietare la pubblicità comparativa sleale, accettando implicitamente la comparazione ogni qual volta essa non sia sleale.

Rispetto alla direttiva n. 97/55/CE, la legge spagnola non è in contrasto, contenendo i medesimi principi informativi della Direttiva sulla pubblicità comparativa.

CAPITOLO II

LA PUBBLICITA' INGANNEVOLE E COMPARATIVA

2.1 PUBBLICITA' INGANNEVOLE

2.1.1 LA DIRETTIVA N. 1984/450/CEE

Fin dal 1967-1968, la pubblicità ingannevole è tra i principali temi di pubblico interesse a livello europeo, tanto che qualche anno dopo verrà inclusa tra gli argomenti del Consiglio d'Europa, in occasione della riunione dei capi di stato europei, tenutasi a Parigi nel 1972.

Il "Programma Preliminare della CEE per la politica di tutela e informazione dei consumatori" viene emesso nel 1975 con l'adozione di mezzi appropriati per proteggere i consumatori dalla pubblicità falsa e ingannevole e nello stesso anno, la Commissione europea presenta la prima bozza di direttiva.³³

Dopo il susseguirsi di modifiche emendamenti, regolamenti e disposizioni legislative, la Proposta viene revisionata dal Parlamento Europeo e dal Comitato Economico e Sociale della CEE e sottoposta in via definitiva al Consiglio delle Comunità.

E' il 10 settembre 1984 quando è approvata la direttiva, in materia di pubblicità ingannevole.

La Direttiva è di estrema semplicità e detta a grandi linee le disposizioni alle quali gli Stati, devono ricorrere per dichiarare illecita la pubblicità ingannevole, *nell'interesse dei consumatori, dei concorrenti e del pubblico in generale.*³⁴

Essa attribuisce al significato di "ingannevole", *la pubblicità che induca o sia atta ad indurre in errore i suoi destinatari, rivelandosi pregiudizievole per i consumatori e per i concorrenti.*

³³ M. FUSI, P.TESTA, P.COTTAFVI, *La pubblicità Ingannevole (Commento al D.Lgs. 25 gennaio 1992, n.74)*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, 26.

³⁴ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, 27.

Lo scopo è tutelare i consumatori e coloro che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, attraverso l'armonizzazione delle disposizioni legislative degli Stati membri.

Tale atto normativo lascia inoltre la decisione ai singoli Stati, circa l'organo competente atto a inibire le azioni ingannevoli, dirette ai destinatari del messaggio decettivo.

E' invece esclusa da tale testo, la regolamentazione della pubblicità comparativa affidata invece la direttiva n. 97/55/CE.

In merito al presente testo normativo, esso viene attuato nell'ordinamento italiano attraverso il decreto legislativo del 25 gennaio 1992, n. 74, del quale si esaminerà il contenuto.

Fino all'entrata in vigore nel nostro Paese della Direttiva n. 84/450/CEE, non esiste una regolamentazione specifica per la disciplina della pubblicità e per tale motivo l'Italia affida la disciplina all'art. 2598³⁵, nn. 2 e 3 c.c. relativa alla concorrenza sleale, anche se di fatto si è di fronte ad una normativa non chiara ed esaustiva.

Soltanto con il recepimento della Direttiva europea n. 84/450/CEE, da parte del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 il legislatore ha rimediato al disordine legislativo in materia di pubblicità e in particolare di pubblicità ingannevole.

Nonostante il cronico ritardo nell'applicazione delle Direttive, l'Italia propone fin da subito un disegno di Decreto Legge: d.d.L. 22 ottobre 1984 n. 995 – Disciplina della pubblicità ingannevole e istituzione dell'osservatorio dei prezzi, presentato dal Ministro dell'Industria, Commercio e Artigianato al Senato della Repubblica.³⁶

Il d.d.L. fece scalpore soprattutto per i suoi contenuti, in quanto le disposizioni presenti nella Direttiva n. 84/450/CEE venivano in buona parte mutate; ma soprattutto tale disegno sanciva la liberalizzazione per alcuni versi, della pubblicità comparativa, della quale la normativa comunitaria non faceva in alcun modo riferimento.

Negli anni successivi, molti sono i progetti che si susseguono per l'attuazione della Direttiva, tutti accomunati dalla medesima struttura: se da un lato mutano le nozioni di "pubblicità" e di "pubblicità ingannevole" (mutando inoltre anche gli elementi per la

³⁵ L'articolo 2598 c.c. dichiara il comportamento di concorrenza sleale "...chi diffonde notizie ed apprezzamenti sui prodotti o sull'attività di un concorrente idonei a determinare il discredito o si appropria di pregi di prodotti o dell'impresa di un concorrente" o comunque compie atti e usa mezzi "non conformi ai principi della correttezza professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda".

³⁶ Il Testo del Disegno di Decreto Legge è riportato in IAP, *La pubblicità fra disciplina e autodisciplina*, Milano, 1986, 126.

valutazione dell'ingannevolezza), dall' altro introducono disposizioni non presenti nelle Direttiva, come il caso appunto, della liberalizzazione della pubblicità comparativa.

Il Decreto Legislativo successivamente approvato, viene pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 25 gennaio del 1992.

2.1.2 DECRETO LEGISLATIVO 25 GENNAIO 1992, N. 74

L'articolo 1, pressoché speculare a quello riportato nella Direttiva n. 84/450/CEE, definisce lo scopo del provvedimento "...*tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico in generale dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali*".

In primo luogo si pone l'esigenza di tutelare i destinatari della comunicazione pubblicitaria contro scelte economicamente pregiudizievoli, cui essi possono essere indotti da false rappresentazioni della realtà.

Contestualmente, si pone il problema della tutela tra l'imprenditore che diffonde la pubblicità e i suoi concorrenti, per il pregiudizio che la comunicazione ingannevole può causare all'integrità patrimoniale di questi ultimi³⁷.

Il d.lgs. n. 74/1992, inoltre, tutela gli interessi del pubblico nella fruizione dei messaggi pubblicitari.

In questo ultimo punto, il decreto si discosta dalla direttiva, in quanto quest'ultima fa riferimento alla sola tutela degli interessi del pubblico dalla pubblicità ingannevole.

La combinazione delle norme del decreto dimostra che contro la pubblicità ingannevole sono considerati solo gli interessi di tre distinte categorie di soggetti: i consumatori, i concorrenti e il pubblico in generale

Tali interessi se esaminati nel dettaglio fanno emergere la non perfetta coincidenza della loro tutela.

Se si guarda alla tutela del pubblico in generale, *nella fruizione dei messaggi pubblicitari*, essa potrebbe esigere:

- a) l'impostazione di obblighi positivi minimi di informazione;

³⁷ MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole (Commento al d.lg. 25 gennaio 1992, n.74)*, Torino, Giappichelli Editore, 1994, 3.

- b) la repressione di altre forme di scorrettezza pubblicitaria, non necessariamente riconducibili all'inganno;
- c) la repressione delle false affermazioni, indipendentemente dalla loro idoneità ad ingannare i destinatari.

Per quanto riguarda invece la tutela dei consumatori, essa richiede da un lato che vengano eliminate le comunicazioni suscettibili di alterare, attraverso l'induzione all'errore, la libertà di scelta dei medesimi, e in secondo luogo che siano mandate assolte tutte le comunicazioni che, siano insuscettibili di approdare a tale risultato³⁸.

Il secondo comma contiene un'affermazione di principio. Con l'indicazione del primo requisito della pubblicità, la trasparenza, non si fa che anticipare il contenuto del decreto, in quanto tale principio viene ripreso nell'art. 4 e quindi viene messo in luce il concetto di verità. La comunicazione pubblicitaria comprende forme di falsificazione della realtà, ma non è detto che ogni affermazione non vera possa essere considerata ingannevole. La norma ha voluto richiamare l'esigenza di una comunicazione pubblicitaria sincera cioè che si rivolga ai suoi destinatari nel rispetto di un principio di ragionevolezza.

Il principio della correttezza, in questo decreto appare limitativo e comunque tale da non coprire l'intera area del divieto di ingannevolezza, ove si consideri che lo stato soggettivo dell'autore dell'affermazione pubblicitaria non è sempre determinante, ben potendosi avere una pubblicità oggettivamente decettiva pur in assenza di un comportamento scorretto da parte del dichiarante.

Quindi l'enunciazione dei principi di correttezza e verità contenuta nell'art. 1 del decreto legislativo appare inutile, perché all'articolo seguente viene formulato la definizione di pubblicità ingannevole.

Alla luce di quanto appena riportato, mentre la nozione di veridicità viene intesa come rispondenza al vero dei dati enunciati e dei fatti affermati, si presenta sufficientemente chiara, non è così per il principio di correttezza in quanto non si comprende se con il termine, il legislatore abbia voluto riferirsi ai generici concetti di onestà e rettitudine oppure ai significati di "correttezza professionale" o alle regole di comportamento desumibili da quanto in concreto si pratica in un certo ambiente sociale.

³⁸ MELI, *op.cit.*, 13.

Le definizioni di pubblicità, pubblicità ingannevole e operatore pubblicitario (art. 2)

L'articolo 2 si suddivide, in tre parti *a)*, *b)*, *c)*, all'interno delle quali vengono riportate, tre definizioni: *pubblicità*, *pubblicità ingannevole*, *operatore pubblicitario*.

Nella lett. *a)*, viene definita la *pubblicità* come “...qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere e servizi.”

Se confrontata con la definizione presente nella Direttiva comunitaria, essa appare più ampia, in quanto mette in luce gli aspetti “esterni” della comunicazione, in riferimento a *qualsiasi forma di comunicazione*, e che sia diffusa in qualsiasi modo, sia all'attività economica cui inerisce e alla finalità economica che la caratterizza.

Se tale è la definizione che viene data per la pubblicità, emergono anche altre forme di comunicazione che presentano aspetti particolari in relazione ai contenuti o alle modalità del messaggio e in merito all'ambito di diffusione.

La prima fattispecie è la pubblicità istituzionale, in riferimento a quella comunicazione, che pur assumendo la forma di pubblicità, non ha ad oggetto prodotti o servizi né tende ad incentivare la domanda; l'unico scopo è quello di creare una precisa immagine aziendale.

Un'altra forma è la sponsorizzazione, la quale nonostante appartenga alla stessa sfera di attività della pubblicità, opera su un piano diverso. Con questo termine si individuano oggi, nella pratica imprenditoriale, rapporti negoziali di contenuto estremamente eterogeneo per mezzo dei quali un'impresa *sponsor* si propone di incrementare la propria notorietà e la propria immagine agli occhi del pubblico, per effetto della risonanza che l'abbinamento o il collegamento ad eventi o persone, può creare.

Anche le promozioni possono rientrare nella pubblicità nonostante non si tratti di vere e proprie comunicazioni; esse rispecchiano una tecnica di incentivazione delle vendite, il cui unico legame con la pubblicità è l'identità di scopo.

Nell'ambito di applicazione del decreto legislativo, viene inclusa anche la “pubblicità non diffusa”, la quale è assoggettata alla disciplina del decreto legislativo entro certi limiti.

Trova infatti applicazione nel nostro ordinamento, il principio secondo cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, se ritiene di accogliere il ricorso vieta oltre che la pubblicità già iniziata anche quella “non ancora portata a conoscenza del pubblico” in modo da reprimere e prevenire la pubblicità ingannevole.

Alla lett. b) dello stesso articolo, viene riportata la definizione di *pubblicità ingannevole*: “qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente”.

Perché la pubblicità possa essere considerata ingannevole è necessario che sussistano due condizioni quali: che essa abbia indotto o possa indurre in errore i suoi destinatari o comunque, soggetti che può raggiungere e che potenziale conseguenza dell'errore sia il pregiudizio economico dei consumatori.

Vengono inoltre proposte alcune ipotesi di pubblicità ingannevole. In particolare è ingannevole unicamente la pubblicità idonea ad indurre in errore i consumatori, pregiudicandone il comportamento economico, quali che possano essere le conseguenze rispetto ai concorrenti. Tale condizione non può però essere considerata perché non spiega l'ulteriore riferimento alla potenziale lesione dei concorrenti, che pure fa parte della definizione. Ancora per essere ingannevole, la pubblicità idonea ad indurre in errore i consumatori deve *anche* potenzialmente pregiudizievole per i concorrenti. L'ingannevolezza della pubblicità viene stabilita quando il messaggio sia tale da indurre o possa indurre in errore il ricevente (idoneità ingannatoria), oppure quando l'errore sia tale da poter influire sulle scelte economiche del ricevente stesso (nesso di causalità fra ingannevolezza e comportamento economico) e infine qualora il comportamento economico indotto possa essere pregiudizievole per il ricevente, ovvero possa ledere un concorrente (risultato sostanzialmente dannoso).

L'art. 2 lett. c), fornisce le definizioni di *operatori pubblicitari*.

Il decreto fornisce una chiara e peculiare definizione di operatore pubblicitario – non presente nella direttiva – allo scopo di individuare il responsabile della diffusione del messaggio.

Il decreto individua sostanzialmente due principali figure di operatore pubblicitario e una figura sussidiaria: le prime due sono, il committente del messaggio e il suo autore, mentre la terza è rappresentata dal proprietario del mezzo con il quale è stato diffuso il messaggio.

L'impresa produttrice e/o distributrice del bene o del servizio che deve essere pubblicizzato, viene definita *utente*; non è detto che utente e committente del messaggio coincidano, in quanto il contratto potrebbe essere stato stipulato da un'agenzia.³⁹

La seconda figura è quella dell'*autore del messaggio pubblicitario*. E' difficile talvolta coinvolgere direttamente l'autore del messaggio, ma ciò può avvenire nel momento in cui autore e committente sono rappresentati dalla stessa impresa committente.

Il coinvolgimento dell'autore del messaggio dovrebbe mirare a rafforzare il meccanismo di sicurezza contro la diffusione e la reiterazione di messaggi pubblicitari ingannevoli, creando una barriera di interessi atta ad impedire che l'iniziativa di uno dei soggetti interessati vanifichi l'opera dell'Autorità.

La sostanziale inutilità del coinvolgimento dell'autore del messaggio nel procedimento è stata colta dall'Autorità, la quale si è sempre accontentata di individuare il committente del messaggio pubblicitario, indirizzando poi a questo l'inibitoria.

L'ultima figura è rappresentata dal *proprietario del mezzo* attraverso il quale è stata diffusa la pubblicità. Esso è chiamato a rispondere solo nel caso in cui non è consentita l'autorizzazione del committente e dell'autore.

Elementi di valutazione (art. 3)

L'articolo 3 riporta, come nella Direttiva n. 84/450/CEE, gli *elementi di valutazione* da considerare per stabilire l'ingannevolezza della pubblicità.

In merito alle caratteristiche dei beni e servizi, gli elementi per valutare l'ingannevolezza risiedono nella loro disponibilità, la natura, l'esecuzione, composizione, il metodo e la data di fabbricazione o di prestazione, l'idoneità agli scopi e agli usi cui sono destinati, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, i risultati conseguibili con il loro uso, gli esiti e le caratteristiche delle prove o controlli effettuati su di essi.

Per quanto riguarda gli aspetti economici rilevano: il prezzo, le modalità di calcolo, le condizioni di fornitura.

L'impresa fornitrice dovrebbe possedere le seguenti caratteristiche: dovrebbe fornire indicazione della categoria in cui opera, delle sue qualifiche e dei suoi diritti (quali idoneità, patrimonio, capacità, titolarità di privative industriali o copyright), nonché dei premi e riconoscimenti conseguiti.

³⁹ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, 157.

Successivamente il giudizio di ingannevolezza si articola in due fasi: attraverso la valutazione dell' idoneità del messaggio ad indurre in errore i destinatari e in secondo luogo con la valutazione della possibilità che tale errore influenzi il loro comportamento economico.

Il messaggio idoneo ad indurre in errore sarà pertanto, ingannevole secondo il senso comune, ma non lo è ancora dal punto di vista normativo.

La valutazione indicata, non può che procedere caso per caso, prendendo in considerazione, tutti quegli elementi, interni ed esterni, attenti alla fonte, al contenuto, al mezzo, ai destinatari del messaggio che ne determinano l'efficacia *hic et nunc*. Non ha senso ai fini della determinazione dell' idoneità del messaggio ad indurre in errore i destinatari che attengono solo ad alcune indagini per la formulazione del giudizio ma acquista invece rilievo, se con essa ci si riferisce all'oggetto dell'inganno, cioè all'elemento sul quale, si può produrre l'errore suscettibile di indurre il consumatore all'acquisto.

Gli elementi espressamente indicati in questo articolo, sono indispensabili ad inserire nel giudizio di ingannevolezza una presunzione di essenzialità dell'errore che cade su di essi: ossia si deve ritenere che quando il messaggio è suscettibile di indurre nei destinatari una falsa rappresentazione su quegli elementi, deve presumersi, che il comportamento economico dei consumatori ne sarebbe influenzato.

Trasparenza del mercato (art. 4)

Il quarto articolo identifica la “Trasparenza del mercato” e al suo interno riunisce tre diverse disposizioni: la riconoscibilità dell'advertising, l'uso del termine “garanzia” e la “pubblicità subliminale”.

Il primo comma stabilisce che la pubblicità “deve essere chiaramente riconoscibile come tale” e perciò non può essere trasmessa come una comunicazione neutrale perché risulta insidiosa, aggirando il destinatario del messaggio.

Tutte le fattispecie qui ricomprese hanno in comune il fatto di non riferirsi necessariamente a forme pubblicitarie che tendono ad attirare il consumatore prospettandogli caratteristiche o pregi diversi da quelli realmente posseduti dal prodotto pubblicizzato, ma piuttosto a forme di promozione attuate in modo clandestino. La *ratio* della norma è che la pubblicità deve essere presentata come tale per poter essere individuata e valutata dai destinatari.

In via definitiva, è vietato il messaggio pubblicitario utilizzato come fosse una comunicazione obiettiva.

Per rendere riconoscibile una comunicazione pubblicitaria può essere sufficiente che il contenuto sia chiaramente promozionale o che il contesto in cui è inserito ne denunci la natura pubblicitaria.

La fattispecie più nota è la *pubblicità redazionale*. Essa consiste nell'inserimento all'interno di un contesto informativo, di un testo strutturato, per impostazione grafica e contenuto, in modo da apparire esso stesso come recante informazioni neutre su uno o più prodotti. In tali messaggi infatti viene evitato ogni riferimento all'acquisto.

Un'altra forma indiretta di pubblicità non riconoscibile è il *product placement* sotto forma di contratti sottoscritti da operatori pubblicitari e responsabili di produzione di opere cinematografiche e televisive. Esso contempla un accordo tra impresa del prodotto e il produttore in cui l'oggetto dell'operazione è l'affidamento della promozione ad un testimonial, ossia un personaggio noto e gradito al pubblico.

Il risultato del product placement è lo *stealth advertising*, cioè la pubblicità clandestina. Si tratta di un tipo di pubblicità che raggiunge il consumatore attraverso l'inserimento in un determinato contesto, per poi ravvisarsi al momento della scelta.

Il terzo comma invece richiama la "pubblicità subliminale" definita come quel tipo di comunicazione che dovrebbe stimolare un bisogno, all'insaputa di colui che sta *subendo* la pubblicità, inducendolo a compiere l'acquisto come riflesso della pubblicità stessa.⁴⁰

Essa può avvenire in due metodi.

Il primo consiste nella proiezione di un'immagine non percepibile agli occhi del consumatore perché inserita con pochi, rapidi fotogrammi, all'interno di un filmato con oggetto non pubblicitario⁴¹. Essendo che l'occhio riesce a cogliere soltanto un numero limitato di fotogrammi in un lasso di tempo, e quindi non percepite a livello di coscienza, possono comunque lasciare traccia.

La seconda categoria sfrutta in chiave subliminale, la ricerca motivazionale e la psicologia della *Gestalt* per creare immagini pubblicitarie complesse, in cui singoli particolari non vengono percepiti dalla coscienza in modo distinto da tutto il resto, ma che comunque si imprimono nell'inconscio⁴². La parte di immagine *occultata* conteneva riferimenti, visivi

⁴⁰ FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1970.

⁴¹ MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole – commento al d.lg. 25 gennaio 1992, n. 74*, Torino, Giappichelli Editore, 1994, 87.

⁴² FABRIS, *La pubblicità. Teorie e prassi*, Seconda edizione, Milano, Franco Angeli, 1992, 97.

o verbali, di carattere sessuale. Gli stimoli trasmessi, agiscono sulle motivazioni più profonde dell'agire umano, collegandone la soddisfazione del possesso del prodotto.

Per quanto riguarda le "garanzie", le stesse vengono sancite nel secondo comma dell'art.4, il quale prescrive un obbligo di informazione come condizione di liceità dell'uso pubblicitario dei termini "garanzia", "garantito" e "simili".

Questi termini possono essere utilizzati solo se sono accompagnati da una precisazione del contenuto e delle modalità della garanzia offerta. Lo scopo è quello di condizionare la liceità dell'uso pubblicitario della terminologia in questione, al rispetto di determinati requisiti formali, ossia l'indicazione del contenuto e delle modalità della garanzia offerta.

Dovranno inoltre essere elencate le indicazioni integrale degli elementi costitutivi della garanzia quali, la durata della garanzia offerta, l'oggetto della prestazione che l'inserzionista si impegna a tenere, le parti del prodotto coperte e tutto quello che rappresenta il contenuto e le modalità di esercizio della garanzia promessa.

Le condizioni da rispettare affinché sia lecito l'uso pubblicitario dei termini "garanzia" e simili sono due: in primis che si tratti di garanzia in senso tecnico – giuridico e in secondo luogo che la garanzia offerta sia più ampia di quella già prevista dalla legge per lo specifico rapporto suscettibile tra l'inserzionista ed il destinatario del messaggio che acquista il prodotto o che fruisce del servizio pubblicizzato.

Prodotti Pericolosi (art. 5)

La norma si presta ad essere interpretata sotto un duplice profilo: in riferimento alla determinazione dell'oggetto dell'obbligo imposto all'operatore pubblicitario e con riferimento all'individuazione dei prodotti "suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori".

Sotto il primo profilo è opportuno richiamare all'art. 12 del Codice di Autodisciplina.⁴³

All'interno di tale disposizione sono evidenti due obblighi di segno diverso.

Da un lato un obbligo positivo di informazione circa le caratteristiche di nocività di determinati prodotti; dall'altro, l'obbligo di non indurre il consumatore, ad un uso incauto dei prodotti pubblicizzati.

⁴³ Art.12 C.A.P.: "Quando si tratta di prodotti suscettibili di presentare pericoli, specialmente se non possono essere facilmente riconosciuti come tali, la pubblicità deve indicarli con chiarezza. Comunque essa non deve contenere descrizioni o rappresentazioni tali da indurre i destinatari a trascurare le normali regole di prudenza o a diminuire il senso di vigilanza e di responsabilità verso i pericoli per la salute e per la sicurezza proprie e della collettività".

In altre parole, l'articolo in questione richiama l'attenzione sulla pubblicità di prodotti pericolosi definiti dal legislatore come *prodotti non sicuri*⁴⁴.

Per assumere il giusto comportamento di fronte alla pubblicità di tali prodotti sono pensabili due alternative: una più restrittiva che secondo l'applicazione si limita ai prodotti per i quali esiste un obbligo di informazione mentre l'altra soluzione consiste nell'attribuire all'Autorità, il compito di individuare i prodotti *obiettivamente* pericolosi.

Il legislatore poi, precisa le due cause che comportano l'illiceità della pubblicità avvengono qualora venga omessa l'indicazione circa la pericolosità del prodotto ovvero nel momento in cui si inducono i consumatori a tenere un comportamento contrario alle normali regole di prudenza e vigilanza.

Affinché quindi un messaggio sia censurabile ai sensi del presente articolo, deve sussistere l'imprecisione sulla pericolosità del prodotto o del servizio. La norma richiede inoltre che sia individuabile un nesso tra la omessa informazione e l'induzione a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.⁴⁵

Dalla norma si intuisce che non è illecita l'omessa informazione, ma quella che induce a trascurare le normali regole di cautela.

Quanto alla definizione di "salute", essa viene intesa come l'assenza di stati psicologici e quindi la condizione fisiologica di benessere fisico e psichico; il termine "sicurezza" attiene invece, all'immunità da infortuni, cioè da situazioni che possano pregiudicare la salute in modo accidentale.

La tutela dei bambini e degli adolescenti (art. 6)

L'art. 6 afferma che: "E' considerata ingannevole la pubblicità, che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, possa, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza o che abusi della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o che,

⁴⁴ La definizione di *prodotto pericoloso* viene data prima dalla Direttiva n. 92/59/CEE, la quale è stata abrogata dalla Direttiva n. 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti, attuata con il decreto legislativo n.172 del 21 maggio 2004. Il decreto nell'art. 2 riporta la definizione di prodotto sicuro alla lett.b) e di seguito di prodotto pericoloso (lett.c)).

b) prodotto sicuro: qualsiasi prodotto che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone in funzione, in particolare, dei seguenti elementi:

c) prodotto pericoloso: qualsiasi prodotto che non risponda alla definizione di prodotto sicuro di cui alla lettera b);

⁴⁵ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, 210.

impiegando bambini ed adolescenti in messaggi pubblicitari, abusi dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani”.

Se analizzato nel particolare, l'articolo 6 richiama nella fattispecie⁴⁶ due distinte ipotesi.

La prima si riferisce alla pubblicità che può minacciare la sicurezza di bambini ed adolescenti in modo diretto e la seconda ipotesi si verifica qualora tale effetto possa essere provocato indirettamente.

L'unica minaccia che può direttamente derivare dal messaggio pubblicitario è quella psichica o morale mentre la minaccia indiretta è riconducibile all'assunzione, da parte dei minori, di comportamenti indotti dall'imitazione di quelli mostrati dalla pubblicità.

La seconda fattispecie riguarda il divieto di “abusare” della “naturale credulità o mancanza di esperienza” dei più giovani, dove con il termine *abuso*, si fa riferimento all'attività decettiva mentre la seconda parte della norma, consente il riferimento a fattispecie riconducibili all'inganno reso possibile dalle particolari condizioni del soggetto passivo.

Lo scopo di tale disposizione è quello di vietare una particolare forma di inganno perseguibile non attraverso un vero e proprio mendacio, ma approfittando delle ridotte capacità critiche dei destinatari del messaggio, cioè per mezzo di un “abuso”.

La terza e ultima fattispecie riguarda gli adulti; in particolare l'eventualità che “impiegando bambini e adolescenti in messaggi pubblicitari” si possa abusare dei sentimenti degli adulti verso i più giovani.

Il problema dell'applicabilità di tale disposizione è di stabilire, oltre quali limiti sia corretto imputare alla pubblicità un “abuso”, inteso come “uso eccessivo” dei sentimenti degli adulti per i più giovani e quando invece tali limiti non vengano superati.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 7)

Conformemente alla definizione degli interessi tutelati, operata nell'art. 1, comma 2, l'art. 7 individua i soggetti legittimati a “chiedere” all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'inibizione della pubblicità ingannevole.

⁴⁶ La prima fattispecie prevista dell'art.6 presenta una stretta analogia con almeno due norme: con art.3, lett. d) del D.M. 425/91, il quale, con riguardo alla pubblicità televisiva, vieta di “mostrare senza motivo minorenni in situazioni pericolose”; l'altra norma, è l'art. 11 C.A.P. nella parte in cui tale norma dispone che i “messaggi che si rivolgano a bambini e adolescenti o che possono essere da loro ricevuti” non devono indurre a “compiere azioni od esporsi a situazioni pericolose”.

All'interno della legge delega si rinviene che i soggetti legittimati possono essere i portatori di un interesse individuale o differenziato ovvero i portatori di interessi collettivi o diffusi.

La disposizione prevede inoltre, quattro categorie di soggetti legittimati a richiedere all'Autorità, l'inibizione della pubblicità ingannevole.

Essi sono: i concorrenti, i consumatori, le associazioni dei consumatori e quelle professionali e il Ministro dell'Industria e le altre pubbliche amministrazioni.

In quanto alla nozione di *concorrente*, essa può essere individuata attraverso l'applicazione dell'art. 2598 c.c., in base alla quale i concorrenti sono coloro che operano nello stesso mercato del soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale.

Perché tale presupposto sia integrato non è richiesto che i beni o servizi prodotti siano identici o affini, ma quantomeno che tra essi sussista una forte elasticità di sostituzione, cosicché la scelta operata dal consumatore in favore dell'uno o dell'altro bene, sia idonea a spostare la medesima clientela⁴⁷.

La legittimazione dei consumatori a promuovere azioni dirette a far cessare atti per loro pregiudizievoli è stata un punto particolarmente controverso nel dibattito in tema di concorrenza sleale.

La difficoltà di configurare l'interesse del consumatore ad agire contro gli atti di concorrenza sleale, differenziato da quello della collettività, si è tradotta nella creazione di una fattispecie di azione popolare non prevista dalla legge. Tale risultato rispecchia il sistema di legittimazione concepito dal decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74.

Mentre gli Stati europei hanno riconosciuto la legittimazione ad agire delle *sole* associazioni dei consumatori, la legislazione italiana ha riconosciuto la legittimità ad agire in capo ad ogni singolo consumatore.

Un'altra importante osservazione conferma quanto si è venuto a delineare. Il decreto mostra chiaramente di non voler definire i soggetti della tutela, in relazione all'acquisto o al potenziale acquisto di un bene o servizio quindi nell'ambito delle relazioni commerciali, ma in quanto utenti della comunicazione pubblicitaria.

Il decreto legislativo non autorizza ad attribuire al termine "consumatore", definizioni che escludano chi agisca per fini che rientrano nella sua attività professionale. Ne deriva che una verifica della legittimazione ad agire del consumatore, e cioè del possesso effettivo di tale qualifica, sarà necessaria solo nel caso in cui il denunziante stesso si sia espressamente

⁴⁷ LIBERTINI, *Artt.2595-2601*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da P. CEDON, Libro V, t.2°, Torino, Utet, 1991.

qualificato come concorrente. A differenza dei consumatori, i concorrenti agiscono a tutela del proprio interesse⁴⁸.

In conclusione, l'Autorità si limita a richiedere che il denunziante dichiari a quale titolo presenti la denuncia (se egli agisca quale consumatore, concorrente, ecc.), senza ulteriormente indagare.

Legittimate a ricorrere contro la pubblicità ingannevole sono anche le associazioni dei consumatori e quelle rappresentanti delle categorie professionali cui appartengono i concorrenti.

Qualche chiarimento in merito alle associazioni, diverse da quelle dei consumatori. Essa sembra riferirsi (i concorrenti...le loro associazioni ed organizzazioni) alle sole associazioni di cui fanno parte i concorrenti. Nella maggior parte dei casi queste si identificano con le stesse associazioni professionali delle quali fa parte anche l'operatore pubblicitario⁴⁹. Va ricordato che attraverso un opportuno richiamo alle tematiche inerenti all'art. 2601 c.c.⁵⁰, l'atto di concorrenza sleale può recare pregiudizio non solo a singoli concorrenti, ma ad un intero settore industriale.

Una volta riconosciuta la legittimazione ad agire di operatori economici diversi da quelli qualificabili come imprenditori, anche alle loro associazioni sarà data azione presso l'Autorità (es. collegi, ordini professionali).

La legittimazione delle pubbliche amministrazioni (Ministro dell'Industria e le altre pubbliche amministrazioni) suscita alcuni problemi di inquadramento sistematico. Si dubita se con tale previsione il legislatore abbia voluto dare rilevanza ad interessi pubblici settoriali alla repressione della pubblicità ingannevole per l'assolvimento dei rispettivi compiti istituzionali, di cui le pubbliche amministrazioni siano titolari, ovvero abbia voluto dare voce ad interessi innominati sempre riferibili alla sfera degli amministrati. In realtà nell'ambito della definizione degli obiettivi manca qualsiasi riferimento ad un autonomo interesse della pubblica amministrazione alla repressione della pubblicità ingannevole.

Si parla piuttosto di un interesse generale *del* pubblico, cioè un interesse sempre riferibile alla collettività degli amministrati

La legittimazione delle pubbliche amministrazioni si innesta in un obiettivo di tutela di un altro interesse diffuso del quale non sono titolari i consumatori, ma la collettività in generale. Si tratta dell'interesse alla tutela del valore della c.d. fede pubblica.

⁴⁸ FUSI, TESTA, COTTAFIVI, *op.cit.*, 266.

⁴⁹ MELI, *op.cit.*, 117.

⁵⁰ V. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, 453; LIBERTINI, *op.cit.*, 1581.

Le pubbliche amministrazioni agirebbero come le associazioni dei consumatori, quali rappresentanti dei titolari di interesse e non in quanto portatrici di propri interessi distinti. Per quanto riguarda il Ministero, la legittimazione ad agire è attribuita indipendentemente dal riferimento all'interesse e agli specifici compiti istituzionali. Esso infatti, costituisce una tra le amministrazioni dotate di competenze generali relativamente alla sorveglianza e alla cura dell'interesse della collettività al rispetto della legalità nell'esercizio dell'attività commerciali, della genuinità e non decettività dei marchi, al controllo degli strumenti di peso e misura, alla sorveglianza sui prezzi, ecc.

L'analisi sotto riportata analizza ciascun comma incluso nell'art. 7:

Comma 1 - L' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota anche come Antitrust, viene istituita nel 1990 con la Legge n. 287 cosiddetta "Legge Antitrust".

La suddetta legge ("Legge Comunitaria del 1990") nel fissare i principi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercizio della delega per l'attuazione della Direttiva n. 84/450/CEE ha previsto "la competenza di un'Autorità Garante sia per la sospensione che il divieto della pubblicità ingannevole sia per l'adozione dei provvedimenti necessari per l'eliminazione degli effetti".

L'Autorità è un organo collegiale che "opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione"⁵¹ ed è costituito da tre membri: il Presidente scelto dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato, mentre i membri sono scelti tra magistrati del Consiglio di Stato, Corte dei Conti, Corte di Cassazione, professori universitari.

Ad essa sono attribuiti specifici poteri in merito ad intese anticoncorrenziali tra imprese, ad abusi di posizione dominante e alle concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, tutto ciò allo scopo di migliorare il benessere dei cittadini.

A tale organo vengono inoltre affidati i poteri di contrastare la pubblicità ingannevole delle aziende, la tutelare dei consumatori dalle pratiche commerciali scorrette attuate delle imprese. E' inoltre l'organo responsabile ad emettere il giudizio contro la pubblicità comparativa che getta discredito sui prodotti dei concorrenti o confonde i consumatori, affinché il confronto nel mercato avvenga in maniera leale; infine le viene affidata la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori.

⁵¹ Art. 10, comma 2, Legge 287/1990.

Di recente, l'Autorità vigila sul rispetto delle norme sui diritti dei consumatori affermati dalla nuova Direttiva comunitaria n. 83/2011/UE, recepita in Italia attraverso il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21.

Comma 2 - La legittimazione ad agire è attribuita sia a soggetti che appaiono portatori di un interesse individuale, sia a soggetti portatori di interesse collettivo.

Nella prima categoria vengono inseriti i consumatori e concorrenti, mentre nella seconda rientrano soggetti portatori di interesse collettivo come ad esempio associazioni ed organizzazioni di concorrenti e consumatori.

Comma 3 - La fase successiva al recepimento dell'istanza da parte dell'Autorità, viene descritta nel comma 3 del art. 7: "l'Autorità può disporre con un provvedimento motivato la sospensione provvisoria della pubblicità ingannevole in caso di particolare urgenza. In ogni caso, comunica l'apertura dell'istruttoria all'operatore pubblicitario...". La norma configura due tipi di procedimento uno sommario e uno di cognizione piena, prevedendo comunque l'apertura dell'istruttoria da comunicare all'operatore pubblicitario.

Il procedimento di cognizione sommaria non è disciplinato dal comma 3, che prevede la possibilità che l'Autorità disponga la sospensione provvisoria della pubblicità ingannevole e subordini la possibilità di emanazione di un provvedimento in caso di una particolare urgenza. Non si parla di procedimento ma di provvedimento alla cui emanazione esso conduce, individuando caratteristiche e presupposti⁵².

Comma 4 - Secondo detta previsione "l'Autorità può disporre, che l'operatore pubblicitario fornisca prove sull'esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità se, tenuto conto dei diritti o interessi legittimi dell'operatore pubblicitario e di qualsiasi altra parte della procedura, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico. Se tale prova è omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati dovranno essere considerati inesatti".

Il procedimento dinanzi all'Autorità non è un processo giudiziario, né si connota come un procedimento contraddittorio tra le parti. Ai soggetti legittimati, è imposto solo di individuare con precisione il messaggio pubblicitario e chiederne l'inibizione.

⁵² MELI, *op.cit.*, 120.

Spetta di regola all’Autorità, condurre la propria istruttoria acquisendo tutti gli elementi necessari per la formazione di una convinzione e l’emanazione del relativo provvedimento. La norma è chiara: l’Autorità non può imporre all’operatore pubblicitario l’onere di provare la non ingannevolezza del messaggio, a pena di condanna, ma solo quello di dimostrare “l’esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità”.

La regola ha una sua razionalità economica in base alla quale solo chi ha fatto determinate affermazioni dovrebbe essere in grado di provare, senza andare incontro ad alcun costo aggiuntivo, gli elementi tecnici su cui esse sono fondate.

Se alla base di tali affermazioni non sussiste alcun elemento probatorio, la norma opera come strumento di ripartizione del rischio tra l’operatore pubblicitario e l’amministrazione, che non viene costretta ad inutili e costose indagini per accertare ciò che l’operatore non ha ritenuto di dover accertare.

Comma 5 - Nella fase finale del procedimento e cioè l’esaurimento della fase istruttoria e prima dell’emanazione da parte dell’Autorità della decisione, l’art. 7 richiede l’acquisizione del parere del Garante per la radiodiffusione e l’editoria.

Secondo quanto prevede questo comma “quando il messaggio pubblicitario è stato o deve essere diffuso attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva, l’Autorità garante, prima di provvedere, richiedere il parere del Garante per la radiodiffusione e editoria”.

La collocazione materiale della previsione nell’ambito della disciplina del procedimento, nonché il suo tenore letterale indicano chiaramente che la richiesta del parere del Garante è successiva al completamento dell’istruttoria.

L’Autorità può ordinare che cessi la diffusione della pubblicità ingannevole e vietarne l’inizio, nel caso di pubblicità non ancora diffusa. La funzione inibitoria è necessaria per impedire la continuazione o la ripetizione del comportamento illecito.

L’ordine di cessazione va adempiuto attraverso il ritiro dal mercato delle confezioni del prodotto; tale soluzione è l’unica in grado di salvaguardare gli obiettivi di tutela posti dal decreto.

Comma 6 – L’ordine di pubblicazione della pronuncia rientra nei poteri tipicamente concessi all’Autorità giudiziaria con fini e motivazioni diversi.

Le pronunce da parte dell’Autorità possono essere di carattere provvisorio o di carattere “effetto definitivo”.

Il carattere provvisorio della pronuncia è così definito perché riservato ai casi di “particolare urgenza” e necessario allo scopo di attuare “una soddisfazione...per equivalente. Essi cioè mirano a recuperare l'utilità pregiudicata dalla violazione dell'interesse leso”.

La seconda, in contrapposizione alla prima, definisce il giudizio davanti all'Autorità il cui scopo è quello di “ricostituire la situazione di fatto corrispondente all'interesse leso⁵³.

Entrambe hanno natura di provvedimento amministrativo e per entrambe è sancito l'obbligo di motivazione; sono dotate di carattere di “esecutorietà” che assisterà la pronuncia provvisoria fino al momento dell'emanazione della pronuncia definitiva, o dell'eventuale revoca da parte dell'Autorità.

Comma 7 - Tale comma prevede che nel caso in cui i messaggi pubblicitari vengano inseriti sulle confezioni dei prodotti, l'Autorità nell'emanare la pronuncia, assegni un termine che “tenga conto dei tempi tecnici necessari per il necessario adeguamento”.

Comma 8 - Per la definizione della procedura istruttoria, la norma rinvia al comma 8. Nell'operare quotidiano dell'Autorità essa adotta “soluzioni volte a garantire il contraddittorio, la piena conoscenza degli atti e la verbalizzazione”.

Comma 9 - Configura una specifica ipotesi di reati per i casi di inottemperanza ai provvedimenti dell'Autorità prevedendo che: “l'operatore pubblicitario che non ottempera ai provvedimenti d'urgenza o a quelli inibitori o di rimozione degli effetti adottati con la decisione che definisce il ricorso è punito con l'arresto...”. Si tratta ancora una volta di una norma di interesse collettivo la quale è interessata a reprimere la pubblicità ingannevole. Grazie al comma in questione sono assistiti dalla sanzione penale sia i provvedimenti provvisori che quelli definitivi dell'Autorità, e non solo i provvedimenti inibitori ma anche quelli volti a rimuovere gli effetti della pubblicità ingannevole.

Comma 11 - La presente norma parte dal presupposto che la decisione dell'Autorità appartenga alla categoria degli atti amministrativi emanati da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una funzione anch'essa amministrativa.

⁵³ GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P.SCHLESINGER, Artt.2598-2601, Milano, Giuffrè Editore, 1991, 388.

Essa ha in parte un contenuto precettivo che si articola in due punti. Il primo è costituito dalla disposizione che stabilisce l'impugnabilità delle decisioni definitive dell'Autorità, il secondo punto invece è costituito dalla attribuzione del carattere di "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo in materia. L'altra parte rinvia integralmente alle norme vigenti in materia di giustizia amministrativa.

Comma 12 – Il comma in esame, rende inattaccabili di fronte all'Autorità, le comunicazioni pubblicitarie diffuse in ambiti sottoposti al controllo di altre amministrazioni⁵⁴.

Le condizioni di operatività dell'eccezione sono:

- che il controllo riguardi la pubblicità e non il prodotto;
- che il controllo sia preventivo, sfoci cioè in un atto autorizzativo alla diffusione della pubblicità;
- che il controllo, dal quale scaturisce l'assenso, sia preordinato anche alla verifica del carattere ingannevole" della pubblicità;

A dispetto dell'imprecisa espressione del decreto, la norma va riferita a quelle ipotesi in cui, per disposizione di legge o regolamento, la concessione di un assenso sia normativamente prevista, indipendentemente dalla circostanza che tale assenso sia poi stato richiesto e concesso. Con tale disposizione il legislatore ha introdotto quella che appare una deroga di non lieve portata alla competenza dell'Autorità.

A conclusione del paragrafo, è opportuna una segnalazione e un approfondimento in merito all'articolo fino ad ora analizzato. Si tratta della Legge 6 aprile 2005, n. 49.

La legge 6 aprile 2005, n. 49, modifica l'art. 7 del decreto legislativo n. 74/1992 in materia di pubblicità comparativa, in particolare attribuisce maggiori poteri all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il potere dell'Autorità fino ad ora, era limitato ad inibire la diffusione del messaggio ingannevole da coloro che ne facevano richiesta (concorrenti, consumatori, associazioni/organizzazioni, Ministeri dell'Industriale, del commercio e dell'Artigianato) e a ordinare la pubblicazione sugli organi di informazione, attraverso una comunicazione che contenesse un estratto della sua decisione con cui si giudica ingannevole un dato messaggio.

⁵⁴ CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Manuale del Diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1993, 77.

Attraverso questa legge, l'Autorità potrà disporre di nuovi mezzi istruttori e sanzionatori con la possibilità di applicare sanzioni amministrative pecuniarie tra i mille e i cento mila euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione, mentre chi farà pubblicità a prodotti pericolosi per la salute, la sicurezza dei consumatori e quella dei bambini, la sanzione sarà di venticinque mila euro.

Le viene inoltre attribuito anche il compito, prima affidato al giudice penale di intervenire nei confronti dell'operatore pubblicitario il quale non ha osservato la pronuncia adottata nei suoi confronti attraverso multe e nel caso anche la sospensione dell'attività.

Per maggiori poteri istruttori l'Autorità ha ora il potere di chiedere una copia del messaggio pubblicitario all'operatore o a colui che ha trasmesso il messaggio. A questo si aggiunge il potere di sanzionare, in caso di inottemperanza alle richieste di fornire informazioni e documentazioni relative allo svolgimento dell'istruttoria.

Autodisciplina (art.8)

L'articolo analizza l'*autodisciplina* ed è composto da tre commi, analizzati di seguito.

Il primo comma stabilisce che le *“parti interessate possono richiedere che sia inibita la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole ricorrendo ad organismi volontari ed autonomi di autodisciplina”*.

Essa è importante perché elimina alla radice ogni dubbio sulla liceità dei fenomeni autodisciplinari in materia pubblicitaria.

L'introduzione di un divieto di fonte legislativa relativo alla pubblicità ingannevole non esclude, dal punto di vista sostanziale, che gli operatori del settore possano continuare a vietarsi l'effettuazione di pubblicità ingannevole, né esclude dal punto di vista processuale che l'accertamento della violazione di tali norma sia demandato *“ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina”*. I due divieti coesistono ognuno nel proprio ambito, il primo obbligando solo coloro che vi si siano volontariamente assoggettati, il secondo obbligando la generalità dei soggetti che operano nell'ordinamento italiano, e quindi anche coloro che abbiano aderito al sistema di autodisciplina.

Il secondo comma consiste nel passaggio da un giudizio di mera liceità dei sistemi autodisciplinari al riconoscimento di un loro ruolo positivo nell'ambito della repressione della pubblicità ingannevole.

Il terzo comma considera l'ipotesi in cui due procedimenti, quello autodisciplinare e quello amministrativo, siano entrambi instaurati⁵⁵. Ciò può avvenire perché il procedimento dinanzi all'Autorità è già in corso al momento in cui è iniziato quello dinanzi agli organi di autodisciplina o perché esso è stato avviato successivamente ad istanza di un legittimo diverso da quello che abbia eventualmente concluso l'accordo di non adire l'Autorità.

L'ultima parte della norma prevede che, dove l'Autorità valuti l'opportunità di concedere la sospensione del procedimento, questa non possa protrarsi per più di trenta giorni. Tale causa di sospensione va aggiunta a quelle che l'Autorità ha previsto con la propria delibera di fissazione dei termini per i procedimenti di pubblicità ingannevole.

Il decreto non dice se, scaduto il termine, l'Autorità debba riavviare d'ufficio il procedimento ovvero debba attendere che qualche interessato si faccia parte diligente a tale scopo. La seconda soluzione viene fondata sulla mancanza di poteri di impulso d'ufficio in capo all'Autorità.

⁵⁵ MELI, *op.cit.*, 1994, 154.

2.2. PUBBLICITA' COMPARATIVA

La pubblicità comparativa è uno strumento di comunicazione che determina il confronto tra prodotti: il bene o servizio pubblicizzato o alcune tra le sue particolarità vengono confrontate con altri beni o servizi offerti da un altro imprenditore, allo scopo di sottolineare le differenze esistenti tra gli stessi.

Questo tipo di pubblicità si afferma in America negli anni sessanta e ha lo scopo di comparare beni e servizi di imprenditori in concorrenza tra loro; si ritiene uno strumento utile, sia per consumatori i quali possono scegliere le qualità del prodotto, ma anche che per imprenditori.

Negli anni settanta mentre in Europa vengono intrapresi i primi interventi legislativi per disciplinare questo tipo di pubblicità, negli Stati Uniti si riducono drasticamente le campagne aventi ad oggetto la comparazione⁵⁶.

La prassi pubblicitaria consente ad oggi di distinguere diverse tipologie. In primis la “mera esaltazione di determinati pregi del prodotto”. In questo caso, il messaggio pur non consentendo alcun espresso confronto e pur non facendo menzione della concorrenza può esplicitare una sottintesa comparazione, nella misura in cui il percettore sia indotto a ritenere che la caratteristica vantata non sia presente in altri prodotti. La legislazione, non solo nazionale vieta di evidenziare caratteristiche particolari quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedano le stesse caratteristiche⁵⁷.

In secondo luogo, l'esaltazione di pregi accompagnata da elementi che rafforzano i concetti di esclusività o preminenza, attraverso l'uso ad esempio dell'articolo⁵⁸. Attraverso l'esaltazione, lo scopo è quello di isolare il prodotto dagli altri dello stesso genere sottintendendo una comparazione.

Successivamente l'uso del superlativo relativo e analoghe aggettivazioni o formule che esprimono superiorità. Non vi è neanche in questo caso un raffronto esplicito con la concorrenza, ma viene a delinearsi attraverso il tacito riferimento all'interno nelle forme verbali. Tale forma di comparazione si contraddistingue dalle altre per la maggiore specificità e concretezza del *claim* e quindi per la sua suscettibilità ad essere dimostrato.

⁵⁶ M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, Milano, Lupetti Editore, 1991, 34.

⁵⁷ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, Ed. Marinotti, 2000.

⁵⁸ “Il panettone Motta non è un panettone ma il panettone” è un claim che fu ritenuto innocua vanteria da App. Milano 16 giugno 1959, in *Foro it. Rep.* 1960, voce “Concorrenza”, 91.

Un'altra forma di comparazione è quella indiretta. In tal caso si è di fronte ad un espresso raffronto fra il prodotto pubblicizzato e i prodotti concorrenti, di norma indicati solo nel genere e nessuno dei quali viene nominato, individuato, reso riconoscibile. E' in genere utilizzata per evidenziare pregi specifici suscettibili di essere dimostrati.

Al contrario, la comparazione diretta *per relationem*. In questo caso, il confronto, pur non menzionando apertamente il nome o segni distintivi dei concorrenti identifica quali siano i concorrenti attraverso riferimenti inequivocabili.

La comparazione diretta nominativa, nella quale il confronto ha luogo con uno o più concorrenti, espressamente nominati o comunque indicati attraverso i loro marchi o attraverso la visualizzazione di prodotto. Tale tipo di comparazione è stata inclusa anche nella Direttiva n. 97/55/CE e nella legge nazionale di recepimento.

2.2.1 DIRETTIVA N. 97/55/CE

Nello stesso momento in cui la pubblicità comparativa americana era al culmine, gli organismi comunitari europei si facevano promotori della liberalizzazione della pubblicità comparativa diretta.⁵⁹

In Europa, si parla di pubblicità comparativa già nel 1975, in occasione di un progetto preliminare, per stabilire una regolamentazione *ad hoc* circa la pubblicità ingannevole. Tale *memorandum* contiene alcuni riferimenti alla pubblicità comparativa.

Successivamente, nel 1978 viene nuovamente formulata la liceità della pubblicità comparativa, purché basata su elementi essenziali e verificabili e non ingannevole o sleale.⁶⁰

Tuttavia nel 1979 vengono eliminati tutti i riferimenti relativi ad essa e il 10 settembre 1984, quando è emanata la prima direttiva in materia pubblicitaria n. 84/450/CE, di fatto non viene proposto alcun riferimento in merito a tale tipo di pubblicità.

La Commissione europea⁶¹ continua comunque a lavorare in materia, tanto che nel 1991 e nel 1994 vengono presentate due Proposte di Direttiva, entrambe pensate come modifica e integrazione alla presente sulla pubblicità ingannevole.

⁵⁹ Cfr. CRUGNOLA, *Note minime in materia di pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.* 1993, 75 e MUSIO, *La pubblicità comparativa alla luce della Direttiva n.97/55/CE*, in *Dir. Ind.*, 1996, 167.

⁶⁰ GUGLIELMETTI, *La pubblicità comparativa e la proposta di direttiva comunitaria*, in *Riv. Dir. Ind.* 1979, 343.

La Direttiva n. 97/55/CE viene approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio di Unione nell'ottobre 1997, e dichiara lecita a certe condizioni, la pubblicità comparativa definita come *“quella che identifica in modo esplicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”*.⁶²

La nuova Direttiva, se confrontata con le proposte del 1991 e del 1994, prende in esame anche i prodotti recanti denominazione di origine, a patto che la comparazione avvenga solo fra prodotti aventi la stessa denominazione.

Ulteriori differenze vengono apportate anche all'art. 1 della Direttiva n. 84/450/CEE, la quale ora indica tra gli scopi quello di *“tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e dalla sue conseguenze sleali”*.

Con la nuova Direttiva viene aggiunto al testo *“e stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”*. In sostanza con tale direttiva, la comparazione pubblicitaria viene regolamentata e uniformata in tutti gli Stati membri allo scopo di garantire il diritto all'informazione al consumatore, per stimolare la concorrenza e per evitare conflitti tra operatori, per regolamentare la libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno dell'Europa.

L'adozione di tale testo è stato ritenuto la misura appropriata per regolamentare la pubblicità comparativa perché *“stabilisce i principi generali uniformi consentendo agli stati membri di scegliere la forma i mezzi idonei a raggiungere l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno regolato a livello comunitario”*.

Precisamente la nuova direttiva, introduce una serie di nuovi elementi a partire dall'art.1, il quale contiene lo scopo della Direttiva: *“tutelare i consumatori e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale, dalla pubblicità ingannevole e dalle sue concorrenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”*.

All'articolo 2 della precedente normativa è stata aggiunta la definizione di pubblicità comparativa identificata dal nuovo articolo 2-bis: *“2-bis) “pubblicità comparativa”, qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”*.

⁶¹ Proposta di Direttiva del Consiglio riguardante la pubblicità comparativa e recante modifiche della Direttiva n.84/450/CEE, pubblicata su G.U.C.E. 11 luglio 1991, n. C 180.

⁶² F.MALAGOLI, F.UNNIA, *La pubblicità comparativa*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, 105; FUSI, TESTA, COTTAFIVI, *op.cit.*, 44.

Mentre la disciplina sulla pubblicità ingannevole fornisce criteri minimali, consentendo ai paesi membri di mantenere o adottare disposizioni aventi lo scopo di garantire una più ampia tutela dei consumatori, delle persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e del pubblico in generale, la Direttiva sulla pubblicità comparativa propone di fissare le condizioni di liceità della comparazione pubblicitaria (art. 3-*bis*), adottando una disciplina uniforme che non può essere derogata dagli Stati membri, né per ammettere la pubblicità comparativa in misura maggiore né per dettare condizioni e limiti di ammissibilità più severi o più ristretti.⁶³

Tali condizioni sono stabilite appunto nell'art. 3-*bis*.

Questo tipo di pubblicità non deve essere ingannevole (art. 3-*bis*, lett. *a*): non deve essere tale da indurre in errore o poter indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che possa comunque raggiungere, né deve poter pregiudicare il comportamento economico di tali persone o ledere o poter ledere un concorrente.

La comparazione inoltre, viene ritenuta lecita nel momento in cui essa deve confrontare beni e servizi che soddisfino gli stessi bisogni o si proponano gli stessi obiettivi; deve quindi esserci una sostanziale omogeneità nel raffronto.

In sostanza, i beni e servizi oggetto della comparazione possono non essere identici ma devono soddisfare i medesimi bisogni o stabilirsi gli stessi obiettivi (art. 3-*bis*, lett. *b*).

L'ultima condizione sancita dalla lett. *c*) entra nel merito del confronto precisando che tale "deve essere obiettivo, vertere su "caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative" di beni e servizi, compreso il prezzo".⁶⁴

Il prezzo viene compreso tra le discriminanti perché in grado di determinare la scelta e su tale questione, tre sono gli elementi meritevoli di particolare considerazione: il prezzo proprio, il prezzo altrui e la consistenza dei prodotti o dei servizi di riferimento.

Perché non sussista decettività, la comparazione dei prezzi deve riguardare, o lo stesso prodotto o dei beni direttamente sostituibili e di pregio equivalente, mentre se sussiste un carattere differenziale qualitativo o funzionale, lo si dovrà esplicitare al fine di evitare possibili induzioni in errore, che possono influire sotto il profilo economico.

Gli altri due elementi determinanti ai fini dell'eventuale ingannevolezza sono il prezzo del prodotto proprio e altrui, i quali specie se specificati nel loro preciso ammontare, dovranno essere presentati in forma veritiera, con riguardo cioè all'importo finale effettivo che il

⁶³ P.AUTERI, *La pubblicità comparativa secondo la Direttiva n.97/55/CE. Un primo commento*, *Contatto e Impresa Europa*, 1998, 601.

⁶⁴ P.AUTERI, *op.cit.*, 622.

destinatario del messaggio è tenuto ad erogare per acquisire il prodotto o servizio, ma anche tenendo conto di ogni altro aspetto delle condizioni di vendita.

Quanto alla consistenza, natura e qualità dei prodotti o servizi confrontati, è intuitivo che dovranno essere le stesse o di pari livello.

Quanto alle caratteristiche di beni e servizi, esse devono essere *essenziali, non marginali, rilevanti*: deve trattarsi di caratteristiche differenziali, significative per permettere al consumatore di effettuare la scelta.

Il termine “essenziali” sottolinea la natura delle caratteristiche, nel senso che devono attenersi ad elementi importanti e decisivi, ai fini della loro valutazione.

L’aggettivo “pertinenti” sembra esprimere un concetto più focalizzato sulla destinazione dei prodotti e sui motivi, per cui i consumatori possono apprezzare le caratteristiche in ragione della loro funzione.

Quanto al termine “verificabili”, non vi è dubbio che si riferisca alla possibilità di provare l’esistenza delle caratteristiche su cui la comparazione si fonda, onde non saranno ammessi gli elementi di raffronto che non possano essere dimostrati.

Tale requisito è uno degli elementi principe della valutazione della non ingannevolezza sancito dalla Direttiva n. 84/450/CEE⁶⁵, dall’art. 7 del d.lgs. n. 74/1992 e dall’art. 6 del Codice di Autodisciplina⁶⁶. Il requisito della verificabilità è quindi indispensabile perché, nel momento in cui non può essere data prova sulla base di elementi veritieri, la pubblicità viene dichiarata ingannevole.

Il termine “rappresentative” pare invece principalmente riferito (non diversamente da “essenziali”) alla significatività delle caratteristiche poste a paragone con riguardo alla valutazione complessiva del prodotto o servizio.

Esso è risolto soggettivo dell’essenzialità: una caratteristica è essenziale quando rappresenta l’essenza del bene o servizio e quindi è un requisito indispensabile per l’esistenza.

Ancora, una caratteristica è rappresentativa quando è tale da indurre il consumatore a scegliere e ad acquistare il prodotto.

Nella lett. *d)* dell’art. 3-*bis* della direttiva viene, sancita la liceità della comparazione, a condizione che “non ingeneri confusione sul mercato fra l’operatore pubblicitario ed un

⁶⁵ La Direttiva n. 84/450/CEE, tra i suoi “considerando”, stabilisce che “l’operatore pubblicitario dovrebbe essere in grado di provare adeguatamente l’esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella sua pubblicità”.

⁶⁶ L’art. 6 del Codice di Autodisciplina sancisce che “chiunque si vale della pubblicità deve essere in grado di dimostrare, a richiesta del Giurì o del Comitato di Controllo, la veridicità dei dati, delle descrizioni, delle affermazioni, illustrazioni e la consistenza della testimonianze usate”.

concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente”

La lettera e) dell'art. 3-bis, stabilisce invece che la comparazione pubblicitaria è consentita alla condizione che non “causi discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente”.

La matrice di ispirazione in questo caso, è la stessa dell'art. 2598, n. 2 c.c. nel quale viene sancito che “compie atti di concorrenza sleali chiunque diffonde notizie o apprezzamenti su prodotti e sull'attività del concorrente, idonei a determinare il discredito”.

Ad ogni modo come stabilito dall'art. 1 del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, la pubblicità deve essere *palese, veritiera e corretta* e onesta (art.1 Codice di Autodisciplina Pubblicitaria).

La lettera f) dell'art. 3-bis, consente poi la comparazione nel caso si tratti di prodotti recanti denominazione di origine, a condizione che si tratti di prodotti aventi la stessa denominazione.

Il legislatore evidenzia “l'origine geografica” in quanto termine dal quale valutare se la pubblicità risulti ingannevole o meno.

La lettera g) ammette la pubblicità comparativa, purché “non tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o a altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti”.

2.2.2 IL DECRETO LEGISLATIVO 25 FEBBRAIO 2000, N. 67

Prima del recepimento della Direttiva n. 97/55/CE, attraverso il d.lgs. n. 67 del 2000, la nostra giurisprudenza riteneva lecita la pubblicità comparativa c.d. *tecnica*, ma vietava quella esplicita, attraverso considerazioni tendenziose e discreditanzi. In sostanza è considerata lecita “purché sia veritiera e non sia effettuata in maniera tendenziosa, subdola o comunque scorretta”⁶⁷.

Il legislatore italiano per l'introduzione di siffatta direttiva, ha scelto di modificare e integrare il precedente Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, attraverso il Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 67, composto da sei articoli, intitolato “Attuazione della

⁶⁷ MALAGOLI, UNNIA, *op.cit.*, 131.

Direttiva n. 97/55/CE, che modifica la Direttiva n. 84/450/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa”.

Si può dire che l’argomento della pubblicità comparativa, affrontato soltanto sul piano del diritto della concorrenza, era stato considerato soprattutto in riferimento a tre norme. In primo luogo con riguardo al divieto di denigrazione, cioè a diffondere *notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull’attività di un concorrente idonei a determinare il discredito*” (art. 2598, n. 2, c.c.); in secondo luogo in riferimento al divieto di avvalersi “*di ogni mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda*” (art. 2598, n. 3, c.c.) e infine con riguardo a varie disposizioni o principi, individuati nell’usurpazione del nome o dei segni distintivi del concorrente, ovvero nell’illecita invasione della sua sfera patrimoniale, o nello sfruttamento della notorietà altrui.

Mentre l’art. 1 precisa il nuovo titolo della normativa (“Attuazione della Direttiva n. 84/450/CEE, come modificata dalla Direttiva n. 97/55/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa”), l’articolo 2 estende gli scopi della precedente normativa (tutela della pubblicità ingannevole e delle sue conseguenze sleali) alle condizioni di liceità della pubblicità comparativa, enunciando inoltre il significato di pubblicità comparativa *come quella pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*.

L’identificazione esplicita sussiste nei casi in cui, pur facendo difetto l’espressa menzione del nome o del marchio concorrente, il messaggio contiene inequivocabili ed espliciti riferimenti che ne consentono l’immediata individuazione.

Per identificazione implicita, deve intendersi ciò che non è espresso ma è sottointeso nei fatti; il termine rappresenta due diverse interpretazioni.

Secondo la prima interpretazione, l’identificazione si può ritenere implicita ogni qual volta la comparazione consente di individuare altre imprese o altri prodotti anche nel genere; espressioni nelle quali ogni altro produttore può identificarsi essendo sottointeso nei fatti, con la conseguenza che l’identificazione implicita include quella che si è soliti definire comparazione indiretta⁶⁸.

La seconda interpretazione ritiene che possono ritenersi comparazioni implicite anche le superlazioni relative, giacché tale forma grammaticale ha l’effetto di isolare il soggetto, ad

⁶⁸ FLORIDIA, La repressione della pubblicità comparativa, in *Diritto Industriale II*, Torino, Giappichelli Editore, 1998, 182.

esso solo attribuendo una data caratteristica, e quindi implicitamente negandola agli altri che ne sarebbero privi.

In conclusione si può leggere la definizione come comprensiva nella identificazione esplicita della comparazione diretta e in quella implicita tanto la comparazione indiretta quanto la superlazione.

I requisiti del confronto

All'art. 3-*bis*, comma 1, della direttiva e della legge nazionale di recepimento, vengono sanciti i requisiti per i quali la pubblicità comparativa è *ritenuta lecita*.

Tale liceità è subordinata al ricorrere di una serie di condizioni, espresse sia in positivo che in negativo, tutte relative al confronto della comparazione.

Esse sono:

- a) non essere ingannevole ai sensi del presente decreto;
- b) confrontare beni e servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;
- c) confrontare oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi;
- d) non ingenerare confusione sul mercato fra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente
- e) non causare discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente;
- f) per i prodotti recanti denominazioni di origine, fare riferimento in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;
- g) non trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;
- h) non presentare un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da marchio o da una denominazione commerciale depositati.”

a) Non ingannevolezza e prova di veridicità

Il decreto legislativo n. 67/2000, all'art. 3-*bis*, comma 1, richiede in primo luogo “che essa non sia ingannevole”. La nuova legge si adegua al deposito del testo, da cui diverge solo

formalmente. Infatti, mentre la direttiva elenca una per una le disposizioni di riferimento della pubblicità ingannevole, la norma nazionale si limita a precisare che il confronto non deve essere ingannevole “ai sensi della presente decreto”.

La differenza è irrilevante dato che entrambi i testi rinviano alla nozione di pubblicità ingannevole intesa come “*qualsiasi pubblicità che, in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo leda o possa ledere un concorrente*”⁶⁹.

L’ingannevolezza è rilevante per entrambi i testi e perciò un messaggio è da ritenersi di per sé vietato, se ingannevole, a prescindere dal fatto che attui o meno un confronto con le imprese e i concorrenti. Si tratta, in altre parole, di una “condizione di liceità” che accomuna qualsiasi pubblicità indipendentemente dal suo contenuto.

b) Soddisfacimento degli stessi bisogni o propongono gli stessi obiettivi

La lett. b), dell’art. 3-*bis* inserito dal D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67 indica come ulteriore condizione di liceità il confronto tra beni o servizi che soddisfino gli stessi bisogni e si propongano gli stessi obiettivi.

Nel momento in cui il confronto verte su prodotti o servizi che rispondono a bisogni diversi o abbiano obiettivi differenti, il paragone tra essi sarà ingannevole perché i prodotti non sono in reale concorrenza e non veramente fungibili.

Soltanto tra prodotti realmente fungibili o della stessa categoria, il consumatore potrà essere indotto ad acquistare uno dei due, sull’erroneo presupposto di fare una scelta tra prodotti appartenenti allo stesso

E’ indubbio che una comparazione per potersi ritenere corretta e lecita, deve riguardare prodotti fra loro comparabili; diversamente il consumatore attua un confronto solo apparente ma privo di significato e la pubblicità è incapace di assolvere alla funzione informativa che le nuove regole le assegnano.

⁶⁹ La definizione di *pubblicità ingannevole*, riportata all’art. 2 lett. b) della Direttiva n. 84/450/CEE è speculare alla definizione riportata nel Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n.74 all’art. 2 lett. b)

c) Confronto oggettivo delle caratteristiche

La terza condizione di liceità della comparazione pubblicitaria è sancita nella lett. c) dell'art. 3-bis, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, la quale costituisce la disposizione cardine della nuova normativa essenziale ai fini della individuazione dei limiti cui la pubblicità comparativa è assoggettata.

La nuova disciplina da un lato impone il requisito dell'obiettività del confronto e dall'altro richiede che la comparazione verta su caratteristiche essenziali, concrete e verificabili.

L'obiettività del confronto è punto fondamentale in quanto il raffronto, sebbene non sia mai imparziale deve essere valutato in modo relativo e cioè nei limiti dell'obiettivo della comunicazione.

In secondo luogo, nel prescrivere che le caratteristiche poste a confronto siano *essenziali, pertinenti e rappresentative* cioè significative delle qualità del prodotto e rilevanti ai fini della scelta del consumatore, le norme in esame configurano ulteriori condizioni di liceità interferenti con il concetto di obiettività, non potendosi considerare obbiettiva la comparazione che vuole desumere da elementi irrilevanti, non significativi e illusori la superiorità di un prodotto su un altro.

La pubblicità comparativa è lecita se confronta oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative compreso eventualmente il prezzo dei beni e servizi. Il confronto non è oggettivo quando si basa su considerazioni soggettive e non su dati di fatto.

Quanto alle caratteristiche *essenziali*, esse devono attenersi ad elementi importanti e decisivi ai fini della valutazione, mentre in merito all'aggettivo *pertinenti* esso sembra esprimere un concetto più centrato sulla destinazione dei prodotti e sui motivi per i quali i consumatori possono apprezzare le caratteristiche in ragione della loro funzione.

Quanto al termine verificabili, non vi è dubbio che si riferisca alla possibilità di provare l'esistenza della caratteristiche su cui la comparazione si fonda, onde non saranno ammessi gli elementi del raffronto, i quali non possano essere dimostrati. Nel dare attuazione alla direttiva, il nostro legislatore all'art. 3-bis, comma 2 ha aggiunto che *il requisito della verificabilità si intende soddisfatto quando i dati adottati ad illustrazione delle caratteristiche del bene o servizio pubblicizzato siano suscettibili di dimostrazione.*

Quindi verificabile è da intendersi come dimostrabile.

Infine l'aggettivo *rappresentative* pare riferito principalmente alla significatività delle caratteristiche poste a paragone con riguardo alla valutazione complessiva del prodotto o

servizio. Risultano escluse le comparazioni prive di reale rappresentatività, non soltanto se esclusivamente emozionali o illusorie, ma anche quando si basino su elementi differenziali di nessuna importanza, non rilevabili ai fini del prodotto.

d) Confusione

La quarta condizione di liceità della pubblicità comparativa afferma che la pubblicità comparativa *non deve ingenerare confusione sul mercato tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente, oppure tra marchi, le denominazioni commerciali, gli altri segni distintivi, i beni o servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente.*

Questa condizione richiama l'art. 2598 c.c. ed in particolare “commette atti di concorrenza sleale chiunque usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente”.

In questo caso si fa riferimento alla prima fattispecie di atti di concorrenza sleale: “concorrenza per confondibilità o confusoria”⁷⁰.

In generale, produrre confusione significa ingenerare nei destinatari del messaggio un falso convincimento sui prodotti e/o attività con i quali vengono a contatto cioè il convincimento che si tratti di prodotti e/o attività di un certo imprenditore mentre in realtà devono ricondursi a un imprenditore diverso.⁷¹

Al suo interno la prima fattispecie dell'art. 2598 c.c., menziona ulteriori tre fattispecie confusorie identificate attraverso l'adozione di nomi o segni distintivi confondibili con quelli di altri, quindi con l'imitazione servile di prodotti altrui e infine dalla clausola generale in quanto si riferisce a qualsiasi altro atto idoneo a creare confusione.

Accertamento dell'attitudine confusoria

Il pericolo di confusione è il ragionevole rischio che il messaggio determini nei suoi destinatari, l'errata convinzione che l'attività dell'operatore pubblicitario o i suoi prodotti siano da riferirsi al concorrente comparato o viceversa, tanto se ciò sia stato ottenuto con

⁷⁰ Come riportato nel manuale “*Le nuove regole per la pubblicità comparativa*”, una pubblicità comparativa confusoria è quasi una contraddizione in termini, perché qualsiasi confronto tende, per sua natura, ad attuare una contrapposizione, la quale, a sua volta, è l'antitesi della confusione”. FUSI, TESTA, COTTAFARI (a cura di), *op.cit.*, 231.

⁷¹ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, 36.

l'uso di claims o rappresentazioni che lo dichiarino o lo sottintendano, quanto se si verifichi per effetto della materiale somiglianza e confondibilità di segni o altri elementi distintivi o ancor in qualsiasi altro modo. Secondo l'orientamento giuridico attualmente più accreditato, si tratta del pericolo che il pubblico sia indotto ad un falso convincimento circa l'identità delle imprese e la provenienza dei loro prodotti o servizi⁷² e non del semplice rischio che denominazioni, segni o claims siano simili e vengano scambiati come tali l'uno per l'altro.

In secondo luogo, la confondibilità deve essere valutata con riferimento ad uno specifico target di destinatari della pubblicità e non ad un pubblico indifferenziato; l'indagine deve essere condotta non in via analitica e la situazione a cui riferirsi dev'essere "a distanza", ossia nel momento in cui il consumatore ricorda il prodotto o il marchio. Inoltre la presenza di elementi distintivi che consentono di identificare i termini di paragone e di individuare la fonte di provenienza, non è fondamentale per escludere la confondibilità⁷³.

e) Discredito e denigrazione

La quinta condizione di liceità afferma che la pubblicità comparativa non dovrà essere tale da causare "discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente". Tale condizione viene introdotta anche nell'art. 15 del C.A.P., il quale prescrive che non deve *causare discredito o denigrazione*.

Le due disposizioni si presentano in sintonia, in quanto entrambe richiedono che la comparazione sia attuata in modo tale da ledere l'immagine o la reputazione di altri imprenditori o prodotti.

Menzionando entrambe come condizioni di liceità la non causazione tanto di *discredito* quanto di *denigrazione*, sia l'ordinamento sia il Codice di autodisciplina sembrano accogliere la distinzione per la quale il discredito fa riferimento al concorrente e la denigrazione a quella sui suoi prodotti o sull'attività della sua impresa.

E' molto facile infatti sconfinare dalla comparazione alla denigrazione: prima dell'entrata in vigore della normativa sulla comparazione, la stessa pubblicità comparativa viene associata alla denigrazione regolata dall'art. 2598, n. 2, c.c., il quale prevede che affinché

⁷² VANZETTI, *Le nuove regole dei marchi*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, 17.

⁷³ Sui criteri per la valutazione della confondibilità, Cfr. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, UTET, 2001, 120.

sussista la fattispecie denigratoria è necessario che sia effettuata la diffusione di notizie e apprezzamenti su un concorrente, soggetto passivo della denigrazione e che l'atto colpisca direttamente i prodotti, l'attività di impresa o le qualità imprenditoriali del concorrente.

La denigrazione poi manifestarsi in varie forme.

Essa può concentrarsi in una diminuzione del prestigio altrui "in assoluto", ovvero esclusivamente in relazione a quello del denigrante e può realizzarsi con riferimenti espliciti o impliciti; può ravvisarsi nella c.d. diffida, attraverso al quale si avvisano i consumatori o i rivenditori sull'acquisto o la commercializzazione di prodotti imitati o contraffatti e pubblicazioni di notizie riguardanti vicende giudiziarie. Dette comunicazioni sono lecite a condizione che i fatti affermati siano veri e che la loro esposizione sia mantenuta nei contenuti e nelle forme espositive, nei limiti delle esigenze di informazione.

Le nuove regole non interferiscono con le altre ma si configurano come condizioni di liceità, accanto a quelle della omogeneità dei bisogni, della obiettività, concretezza e fattualità del confronto, della non confusorietà, dell'assenza di parassitismo in un quadro che esige la presenza di tutte le citate condizioni.

f) Denominazione di origine

L'art. 3-bis lett. f) contempla un'ulteriore condizione di liceità e in particolare la comparazione è lecita *per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce a prodotti aventi la stessa denominazione.*

Lo scopo è quello di tutelare prodotti recanti denominazione di origine come riportato anche nella Direttiva n. 97/55/CE.

La nuova disciplina sulla pubblicità comparativa non offre alcuna precisazione circa la nozione di *denominazione di origine* a cui si riferisce ed il quadro che si è descritto non è di grande aiuto per fugare le incertezze: si sono messe perciò in luce tre opzioni per chiarire tale espressione.

La prima opzione è considerare l'espressione *denominazione d'origine* in senso generico, come sinonimo di indicazione di provenienza qualificante, quale che sia il settore merceologico interessato.

Un'altra ipotesi è considerarla in senso tecnico-giuridico, con stretto riferimento alle convenzioni internazionali di portata generale, nonché alla citata normativa comunitaria e alla legislazione interna ogni volta che le stesse vi fanno espressa menzione.

Un'altra opzione è circoscrivere la nozione di denominazione di origine esclusivamente a quella contemplata dal regolamento n. 2082/1992 per i prodotti agricoli destinati all'alimentazione umana e per i vini, ma con il dubbio se includere o meno le indicazioni geografiche di provenienza.

Indipendentemente da quale sia la scelta, si può osservare come la norma implichi il divieto di pubblicizzare beni *non* aventi una denominazione di origine comparandoli con beni aventi una denominazione: qualsiasi confronto di tal genere deve ritenersi precluso.

Si deve osservare che il testo della norma, identico a quello della direttiva, consente una interpretazione a due vie, sulla scorta della quale il divieto è da ritenersi applicabile anche nel caso in cui sia il prodotto a denominazione di origine a confrontarsi con un prodotto non protetto da una denominazione⁷⁴.

g) Indebito vantaggio

La fattispecie presenta stretta analogia con la “pubblicità per agganciamento” repressa come atto di concorrenza sleale dell'art. 2598, n. 2 c.c. e per un certo verso anche con i comportamenti vietati dell'art. 13 C.A.P.⁷⁵.

Esso individua un'ipotesi molto particolare di entrambi gli illeciti, nella quale ci si avvale della rinomanza del segno distintivo o d'origine altrui, per proiettarla su di sé o sul proprio prodotto a mezzo della pubblicità comparativa⁷⁶.

Da tale definizione vengono di seguito introdotti alcuni elementi costitutivi della fattispecie. Sembra innanzitutto richiedere che il concorrente comparato goda di notorietà quest'ultima intesa non con il suo reale significato ma un significato più simile a quello di *grande notorietà*, se non addirittura *celebrità*, *prestigio*.

Il secondo elemento è il divario fra la notorietà dei due termini di paragone: un'impresa o un prodotto già noti non possono trarre vantaggio dal compararsi con imprese o prodotti di pari livello, e ancor meno con imprese o prodotti la cui notorietà sia minore.

⁷⁴ Tale divieto opera anche per i confronti fra beni coperti entrambi da denominazioni diverse: ad esempio, come nota MELI (*op.cit.*, 288), non sarebbe consentito al Prosciutto San Daniele di equipararsi al Prosciutto di Parma.

⁷⁵ Art. 13, comma 2, C.A.P.: “*sfruttamento del nome, dell'immagine aziendale, del marchio e della notorietà altrui se inteso a trarre per sé un ingiustificato profitto*”.

⁷⁶ Ad esempio la piccola impresa o il prodotto sconosciuto o poco qualificato, la cui campagna comparativa con un'azienda o un prodotto leader venga posta in essere non per attuare un vero utile paragone, quando per innalzare la piccola impresa al livello dell'impresa leader, traendo vantaggio attraverso l'instaurazione del confronto e l'equiparazione che ne deriva, dalla rinomanza e dal prestigio di cui godono.

Lo sfruttamento della notorietà altrui attraverso un raffronto presenta un profilo particolare che si concretizza nel paragonare la propria azienda o il proprio prodotto al concorrente al fine di dimostrare la qualità del proprio prodotto.

Terzo elemento è la possibilità di conseguire, stante la rinomanza del comparato ed il divario della notorietà fra costui e il comparante, un “vantaggio” che si può immaginare consista nel collocarsi in una posizione di sostanziale parità con il concorrente più famoso, ma che non potrà essere presunto tout court ricavandolo solo dal differente gradiente di rinomanza, giacché in tal modo si vieterebbe qualsiasi comparazione con chi è più noto.

Quarto elemento è la natura “indebita” del vantaggio, a cui sopra si è accennato.

Un indebito vantaggio può configurarsi solo se la comparazione sia un mero pretesto per avvantaggiarsi a danno del più famoso concorrente e non risponda ad una obiettiva esigenza di farsi conoscere e posizionarsi sul mercato per quel che realmente si è; quindi la natura indebita del vantaggio finisce per essere riconducibile a comportamenti che già ricadono, per l’uno o per l’altro verso, sotto altri divieti fissati dalla legge o dall’autodisciplina per la pubblicità comparativa⁷⁷.

h) Imitazione o contraffazione

La lett. *h*) del nuovo art. 3-*bis* ammette che la pubblicità comparativa purché non presenti un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione di origine.

Il testo, che riporta l’ultima condizione di liceità della pubblicità comparativa, riprende pedissequamente la direttiva⁷⁸.

In prima analisi, il testo potrebbe essere difficile da comprendere in quanto allude alla situazione in cui, nell’ambito di un messaggio pubblicitario, si presenti il prodotto concorrente come imitazione servile del proprio, mentre in realtà da un esame più attento, esso fa riferimento a quell’impresa che dichiara di aver imitato o addirittura contraffatto l’altrui prodotto o servizio, il quale non può limitarsi ad essere un prodotto qualsiasi perché la fattispecie si realizzi, ma deve risultare protetto *da un marchio o da una denominazione commerciale depositata*. Tale condizione risponde ad una condizione malamente

⁷⁷ FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, 1993.

interpretata e descritta dal legislatore italiano, che potrebbe corrispondere ad una mezza via tra concorrenza confusoria e concorrenza per agganciamento⁷⁹.

2.3 OFFERTE SPECIALI

Nel terzo comma dell'art. 3-*bis*, il legislatore invece regola le *offerte speciali*.

In particolare la disposizione recita: “Qualunque raffronto che fa riferimento ad un’offerta speciale deve indicare in modo chiaro e non equivoco il termine finale dell’offerta oppure, nel caso in cui l’offerta speciale non sia ancora cominciata, la data d’inizio del periodo nel corso del quale si applicano il prezzo speciale o altre condizioni particolari o, se del caso, che l’offerta speciale dipende dalla disponibilità dei beni e servizi”.

La disposizione è molto chiara: ove riguardi o comunque faccia riferimento ad un’offerta speciale, il messaggio comparativo è tenuto ad indicarne il termine di scadenza, o per le promozioni future, la data di inizio, la durata nonché ad informare il consumatore che potrebbero esaurirsi prima

Poco chiari risultano invece l’ambito di applicazione e il significato dell’espressione *offerta speciale*. Tale espressione risulta priva di significato giuridico, anche se attraverso alcune circolari ministeriali viene in qualche modo ufficializzata per designare quelle promozioni di breve durata che - non comportando l’attribuzione totalmente gratuita di un bene all’acquirente del prodotto promozionato - possano ritenersi esenti dalla normativa sulle manifestazioni a premio.

Nella disposizione in questione il termine *offerta speciale* sembra riferirsi a qualsiasi offerta commerciale al pubblico di limitata validità temporale, avente carattere eccezionale rispetto alle normali condizioni di vendita.

Un’ulteriore ambiguità riguarda le situazioni in cui si applica. L’espressione *qualsiasi raffronto che faccia riferimento a un’offerta speciale* potrebbe indicare, non solo la pubblicità in favore di un’offerta speciale ma anche quella che compara le proprie condizioni di vendita all’offerta speciale di un concorrente, la quale conterebbe parimenti un raffronto facente riferimento ad un’offerta speciale.

⁷⁹ La menzione del marchio altrui preceduta dalle parole *tipo, modello, sistema, ecc.* per evidenziare le caratteristiche del proprio prodotto era già in genere ritenuta dalla dottrina e giurisprudenza italiana, una forma di agganciamento, vietata ex art.2598, n.2c.c. anche prima della direttiva 97/55. Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale del diritto industriale*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, 85.

Una breve nota merita la parte finale della norma in esame, dove si enuncia che “*se del caso*” il raffronto deve indicare “*che l’offerta speciale dipende dalla disponibilità dei beni e servizi*”. Il riferimento pare riguardare l’ipotesi di quantitativi limitati e l’obbligo di informare i consumatori con frasi del tipo “fino ad esaurimento scorte”.

Una tale espressione è però giudicata ingannevole sul piano autodisciplinare perché sostituendo o superando la precisazione della durata dell’offerta, dà modo al venditore di sottrarsi alla promessa⁸⁰ e di attirare ugualmente il consumatore nel proprio esercizio commerciale.

Questo tipo di comportamento è decettivo e quindi condannabile a prescindere dalla comparazione pubblicitaria; tuttavia la norma si colloca in un’opera di prevenzione dell’illecito pubblicitario.

Le opzioni contemplate dal terzo comma relativo alle offerte speciali sono di tre tipologie e inerenti all’offerta speciale in corso, all’offerta speciale che non sia ancora iniziata e infine all’offerta speciale soggetta a particolare limitazione di beni

Per l’offerta speciale in corso vale il principio della data di scadenza; per la seconda opzione invece, si deve indicare oltre alla data di scadenza finale anche la data di inizio dell’offerta al fine di non attirare il consumatore nel punto vendita ad offerta ancora da iniziare.

La terza e ultima opzione relativa all’offerta limitata a particolari condizioni, è rilevante perché la mancata indicazione di eventuale restrizione, potrebbe far credere che si tratti di offerta ordinaria e il consumatore potrebbe essere indotto a pensare che i beni e servizi siano sempre disponibili nel corso dell’offerta.

2.4 MESSAGGI COMPARATIVI

Esistono all’interno della pubblicità comparativa una serie di altre configurazioni, in primis ravvisabili nella distinzione tra comparazione diretta e indiretta.

La comparazione *diretta* avviene nel momento in cui il prodotto del concorrente viene individuato in maniera chiara o attraverso inequivocabili riferimenti come ad esempio il nome, il marchio. L’altro tipo comparazione è *indiretta* ossia avviene nel momento in cui

⁸⁰ Così Giurì 10/94, in *Giur.publ.* 1994/95, 107.

esiste un riferimento non ad un singolo prodotto ma ad una classe di prodotti concorrenti, non specificatamente individuati.

Un'altra sottocategoria della pubblicità comparativa è quella superlativa (o iperbolica), che si verifica quando il confronto è effettuato in modo implicito, mettendo in luce il proprio prodotto per farlo risultare superiore rispetto a quello del concorrente, dando l'idea di un prodotto migliore.

Questa fattispecie di pubblicità può consistere nell'uso:

- di iperboli veritiere anche se moralmente inapprovabili o di cattivo gusto;
- vanterie fondate su circostanze tanto generiche da eccedere i limiti delle qualità dimostrabili ovvero ambigue, così da risultare inqualificabili come vere o false;
- esaltazioni completamente inveritiere, ma sempre di carattere generico⁸¹.

Si parla invece di pubblicità c.d. suggestiva, quando un imprenditore induca nel pubblico la formazione di idee, sensazioni, emozioni screditanti verso un concorrente senza però divulgare notizie e apprezzamenti espliciti verso i prodotti concorrenti.

La pubblicità comparativa, si dice invece prestazionale quando il confronto si basa su fatti, prestazioni di ogni singolo prodotto oggetto del confronto.

Un'ulteriore sottocategoria contemplata è la pubblicità per agganciamento che si verifica nel momento in cui l'imprenditore, nell'ambito della comparazione, manifesta apprezzamento verso un prodotto altrui e mostra il proprio prodotto come non inferiore a quello più conosciuto.

Al riguardo sono riconducibili tre situazioni quali il semplice riferimento del marchio altrui alla propria pubblicità; il riferimento del marchio altrui nella pubblicità al fine di comparare i prodotti; il riferimento ai prodotti altrui al fine di far conoscere l'esistenza nel proprio prodotto di nuove caratteristiche che lo differenziano da quelle esistenti.

Infine va menzionata la pubblicità comparativa redazionale: la comparazione viene posta in essere da persone terze, le quali sembrano aver operato autonomamente, ma in realtà i brani pubblicati, provengono da un imprenditore concorrente titolare del prodotto che risulta avere le migliori qualità.

La pubblicità redazionale viene poi attuata in due diversi modi ad esempio proponendo un'opinione altrui ovvero richiamando l'opinione di un terzo nell'ambito del proprio messaggio pubblicitario.

⁸¹ F.MALAGOLI, F.UNNIA, *La pubblicità comparativa – aspetti giuridici del confronto tra imprese alla luce della nuova normativa pubblica e autodisciplinare*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, 37.

2.5 EXCEPTIO VERITATIS

Con l'espressione *exceptio veritatis* il legislatore ha inteso la possibilità che il convenuto per denigrazione, eccipisca con efficacia scriminante la veridicità delle sue affermazioni.

Prima della legislazione sulla pubblicità comparativa era indiscutibile l'illiceità della critica rivolta all'imprenditore e della critica infondata rivolta ai prodotti o all'azienda, mentre non era chiaro il "destino" di critiche oggettive e veritiere.

Pur se la giurisprudenza ammetteva in via di principio la liceità della diffusione di notizie vere, di fatto veniva sempre dichiarata l'illiceità di questa diffusione, atteso che all'epoca si riteneva che fosse irrealistico che una simile esternazione da parte di un concorrente, specie se attuata con lo strumento della pubblicità, corrispondesse ad un concetto rigoroso di obiettività e non tendenziosità.

In ogni caso le critiche riguardavano imprenditori concorrenti. Le critiche di un non concorrente erano ammesse più ampiamente ed erano considerate lecite anche quando esprimevano giudizi opinabili.

Il d.lgs. n. 67/2000 ha posto fine ad una serie di dubbi chiarendo che, ai fini della liceità della pubblicità comparativa, il confronto in essa attuato deve essere "verificabile" e che il requisito della verificabilità (...) si intende soddisfatto quando i dati addotti a illustrazione della caratteristica del bene o servizio pubblicizzato sono suscettibili di dimostrazione".

Sia il d.lgs. n. 67/2000 sia il C.A.P. contemplano espressamente che, a richiesta dell'organo giudicante, l'operatore pubblicitario sia tenuto a dimostrare la veridicità dei dati e delle situazioni rappresentate. La conseguenza è che, dove la prova non sia fornita o non risulti adeguata, i dati devono ritenersi inesatti ed quindi la pubblicità ingannevole. Tale principio si applica anche alla pubblicità comparativa come ben si evince dal secondo comma dell'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 74/1992, il quale introducendo una precisazione assente nel testo della direttiva europea, sottolinea come i dati del confronto debbano essere *suscettibili di dimostrazione*.

La prova che l'operatore pubblicitario deve fornire riguarda la verità dei dati, descrizioni e affermazioni contenuti nei messaggi e non la non ingannevolezza, la cui valutazione è invece riservata all'organo giudicante, mentre la scelta del tipo di dimostrazione è rimessa all'operatore stesso.

Quando il raffronto abbia come oggetto, caratteristiche intrinseche dei prodotti la prova dovrà vertere su quelle del prodotto pubblicizzato o del prodotto comparato, a seconda che sia con riguardo all'uno o all'altro che si contesta la veridicità dei dati esposti.

Le prove dovranno risultare imparziali e le loro metodologie essere corrette e conformi a quelle accettate comunque nel rispetto delle conoscenze tecniche e scientifiche del settore.

2.5 COMPARAZIONE BASATA SU DATI DI FONTE NEUTRALE

L'osservazione che si andrà ad esaminare è relativa alla pubblicità comparativa basata su prove tecniche o scientifiche condotte da terzi (ad es. Warentest eseguiti da associazioni di consumatori), o su prospetti illustrativi delle caratteristiche dei vari prodotti di un certo comparto pubblicati su riviste specializzate, o su indagini statistiche, o su graduatorie e classifiche relative ad eventi; casi nei quali le raccolte di dati o di risultati di tali prove o inchieste di fonte neutrale vengono presentati come conferma e autorevole avallo della superiorità del proprio prodotto rispetto ai prodotti concorrenti.

Pubblicità di questo genere rientrano nel divieto di comparazione ingannevole, essendo inevitabile che deformando, manipolando o ingigantendo dati veri, li si espone in forma tale da indurre in inganno i loro destinatari su caratteristiche e circostanze del prodotto o servizio pubblicizzato, rilevanti ai fini delle decisioni d'acquisto

In ogni caso, non vi è dubbio che il riferimento a test ed indagini condotte da terzi, ove contenuto nella pubblicità di una delle imprese coinvolte, sia attribuibile all'impresa stessa, la quale, menzionandoli nei propri messaggi, li ha fatti propri assumendone quindi anche la responsabilità.

2.6 TEST DI GRADIMENTO E BLIND TEST

Se fino ad ora si sono menzionati casi nei quali la comparazione verteva su elementi oggettivi, ora si esaminano casi nei quali la comparazione verte su elementi soggettivi.

Questo si verifica nel momento in cui i parametri assunti non sono caratteristiche intrinseche del prodotto ma preferenze o gradimento da parte del consumatore.

In una comparazione basata su dati importanti ma non definibili, la dimostrazione può essere fornita solo sulla base del gradimento da parte degli users con il ricorso al metodo demoscopico, le cui formule più ricorrenti sono due: quella del test comparativo di tipo tradizionale e quella del blind test.

La prima consiste nel mettere un panel di consumatori in condizioni di provare i prodotti a confronto e poi rilevarne le preferenze. Questo tipo di confronto presenta problemi per quanto riguarda il campione preso in considerazione, la pertinenza dei questionari e l'elaborazione dei dati raccolti.

La seconda formula, utilizzata maggiormente per i messaggi pubblicitari, indica un test cieco in cui i prodotti, in genere non più di due, privi di marchio o altro segno di riconoscimento che non sia un numero o una lettera, vengono sottoposti ad un gruppo di consumatori, che li provano ed esprimono il loro giudizio.

Tale test può ritenersi ingannevole per la pubblicità, può essere manipolato, oppure può venire ad esso attribuita una validità illimitata, non obiettiva.

CAPITOLO III

DECRETI LEGISLATIVI 2 AGOSTO 2007, NN. 145 E 146

3.1 IL CODICE DEL CONSUMO

Prima dell'analisi della trasformazione della disciplina grazie alla direttiva 2005/29/CE, la quale verrà analizzata successivamente, è bene passare brevemente in rassegna la composizione del Codice del Consumo per comprendere la portata dei cambiamenti introdotti dall'Unione Europea in merito alla pubblicità ingannevole e comparativa.

Il Codice del Consumo viene approvato il 6 settembre 2005, in ottemperanza all'art. 7 della legge delega 229/2003⁸², e costituisce un enorme passo avanti per la tutela dei consumatori ovvero per la certezza e la trasparenza del mercato interno.

Questo Codice è stato voluto fortemente dal legislatore italiano, il quale ha provveduto a distinguere e differenziare tali attività dalle restanti tipologie di tutela. Sotto la lente di ingrandimento viene posto il Titolo III, denominato "Pubblicità e altre comunicazioni commerciali", incluso nella Parte II.

⁸² Ai sensi dell'art. 7, l. 29 luglio 2003 (legge delega): "Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori ai sensi e secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e riordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale;
- b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto;
- c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'articolo 15 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, di attuazione della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite;
- d) coordinamento, nelle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni dei consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee."

All'interno di questa sezione vengono riportati - quasi pedissequamente - i contenuti della direttiva n. 84/450/Cee e quindi del decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74.

Gli articoli che qui rilevano sono gli articoli da 18 a 27.

L'articolo 18 posto all'inizio del Titolo III, introduce le disposizioni in materia di pubblicità e comunicazioni commerciali e definisce l'ambito di applicazione delle norme del Titolo in esame. Come dallo stesso articolo riportato, le disposizioni si applicano “*ad ogni forma di comunicazione commerciali in qualsiasi modo effettuata*”.

L'articolo 19 del Codice di Consumo, prima delle modifiche apportate per il recepimento della direttiva comunitaria n. 2005/29 conteneva la *ratio legis* dell'intera sezione del Codice dedicata alla pubblicità ingannevole e comparativa⁸³.

La normativa sulla pubblicità ingannevole disciplinata in questa sede tende ad offrire una protezione onnicomprensiva: essa tutela non solo l'acquirente che compie scelte che altrimenti non avrebbe mai preso, ma anche coloro che agendo nello svolgimento della loro attività commerciale non sono definibili come consumatori e sono suscettibili, in egual modo, di essere vittime di attività decettive. Si garantisce, così, la protezione ai soggetti impegnati nell'ultima fase del contatto con l'utente finale, ai fornitori e a tutti gli intermediari che lavorano all'interno della filiera produttiva. Tali considerazioni comportano che, almeno da un punto di vista soggettivo, questa disciplina non coincida esclusivamente con il diritto dei consumatori, poiché, come dimostrato, è applicabile a più tipologie di contratti (da quelli di consumo a quelli d'impresa).

All'interno dell'articolo 20 si rinvengono tutte le definizioni di pubblicità: pubblicità ingannevole, comparativa e di operatore pubblicitario. Le nozioni hanno ampi margini interpretativi, tanto che qualsiasi tipologia di comunicazione può essere inclusa al loro interno, come ad esempio le definizioni di comunicazione istituzionale, sponsorizzazioni, le televendite e le telepromozioni. Sono escluse, invece, da questo elenco, i messaggi diffusi senza scopo di lucro o la pubblicità sociale⁸⁴ appartenente alla categoria di *advocacy*.

Appare chiaro come sia ampia la definizione di pubblicità accolta dal legislatore e come essa si incentri sullo scopo promozionale della comunicazione, come affermato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Si potrebbe pertanto definire la

⁸³ Cfr. SICA, D'ANTONIO, *Pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Commentario del Codice del consumo – inquadramento sistematico e prassi applicativa*, P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), Ipsoa, 2006, 104.

⁸⁴ La pubblicità sociale consiste in quei messaggi volti a incentivare determinati comportamenti sociali o a informare i cittadini sui loro diritti e doveri.

pubblicità “qualsiasi comunicazione, purché diffusa nell’esercizio di una delle attività si cui alla lett. a), art. 20, cui possa comunque ricondursi una finalità promozionale, anche quando questa non risulti direttamente perseguita o non risulti disgiunta da scopi meramente informativi”⁸⁵.

Nei restanti articoli che compongono questa sezione, si rinvengono gli elementi utili per valutare la decettività della pubblicità (art. 21), le condizioni di liceità della pubblicità comparativa (art. 22), le condizioni per la trasparenza della pubblicità (art. 23), la normativa sulla pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori⁸⁶ (art. 24) e quella sui bambini e adolescenti⁸⁷ (art. 25).

Gli articoli principali su cui si è basata la tutela dei consumatori, negli anni precedenti la riforma del Codice del Consumo, sono essenzialmente l’art. 21 e l’art. 22, in quanto determinano le linee guida per la creazione dei messaggi pubblicitari e soprattutto indicano i criteri a cui deve rifarsi l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell’emettere i propri giudizi.

Gli articoli sopra citati (dall’articolo 21 all’articolo 25) da quando hanno abbandonato questa collocazione nel Codice del Consumo a seguito delle modifiche provenienti dalla direttiva comunitaria sono stati integralmente trascritti nel decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, che regola esclusivamente i rapporti tra i professionisti e al quale i consumatori non possono appellarsi.

L’articolo 26, invece, si focalizza sulla tutela amministrativa e giurisdizionale.

Esso disciplina la fase attuativa e processuale individuando l’autorità competente ad applicare le norme delle pubblicità ingannevole e comparativa, indicando le sanzioni irrogabili e dettando i principi procedurali.

L’ultimo articolo rientrante in questo Titolo è l’art. 27 che tutela l’Autodisciplina. Tale articolo riproduce fedelmente l’art. 8 del d.lgs. n. 74/1992, e lascia le parti interessate libere di ricorrere ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina per chiedere che sia inibita la pubblicità ingannevole e comparativa (comma 1).

⁸⁵ AGCM, *Relazione annuale*, 1994, 295.

⁸⁶ L’art. 24 riproduce fedelmente l’art. 5 del d.lgs.n.74/1992. La norma pone l’obbligo positivo di informazione a carico dell’operatore pubblicitario, in merito ai prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori: essa non deve essere ingannevole e deve contenere informazioni prescritte. Tale norma impone all’operatore di avvertire il consumatore della pericolosità, per la sua salute o sicurezza, del prodotto pubblicizzato, affinché non trascuri le normali regole di prudenza nell’utilizzare il prodotto.

⁸⁷ La norma riproduce l’art. 6 del d.lgs. n. 74/1992; esso detta una disciplina, rivolta ai bambini nell’ambito pubblicitario, che non era presente nella direttiva 1984/450/CE. Essa mira a rafforzare, a favore dei minori, la tutela predisposta dalle norme precedenti in tema di pubblicità.

3.2 LA DIRETTIVA N. 2005/29/CE

L'11 giugno 2005 viene pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la nuova direttiva n. 2005/29/CE relativa alle “pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”. Si tratta di una misura necessaria per ravvicinare le legislazioni degli Stati membri “adottata per consentire l’instaurazione e assicurare il pieno e corretto funzionamento del mercato interno”.

La direttiva si suddivide in due parti.

La prima parte, artt. 2-13, contiene la regolamentazione delle pratiche commerciali sleali, suscettibili di essere ricomprese nella nozione di pratiche commerciali tra imprese e consumatori. In questa fattispecie, la direttiva ha lo scopo di imporre agli imprenditori degli Stati membri, il divieto generalizzato di porre in essere *pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori*, che si prestino ad essere qualificate come “sleali”. In secondo luogo, delinea un complesso sistema di valutazione per introdurre a livello europeo un insieme di parametri uniformi per stabilire se una pratica commerciale possa o meno considerarsi lecita.

Infine, essa affida agli Stati membri il compito di predisporre i mezzi adeguati per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali e quindi un sistema di sanzioni nei confronti dei professionisti che dovessero farne ricorso.

La seconda parte introduce una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già in vigore: direttiva n. 1984/450/CE e n. 1997/55/CE (art.14), alle direttive n. 1997/7/CE, 2002/65/CE e n. 98/27/CE.

La normativa in esame si propone di armonizzare le legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali fra professionisti e consumatori ed è indispensabile per rimuovere gli ostacoli che impediscono le negoziazioni transfrontaliere, il cui incremento qualitativo e quantitativo costituisce una condizione imprescindibile per il raggiungimento dell’obiettivo di armonizzazione dei prezzi praticati all’interno del mercato europeo per i medesimi beni o servizi e quindi dell’ampliamento e la diversificazione dell’offerta di prodotti e servizi da parte dei consumatori. Un’offerta che consente a questi ultimi di accedere a beni o servizi qualitativamente migliori o più innovativi rispetto a quelli offerti dai loro Paesi, e stimola una maggiore e più efficace concorrenza tra le imprese⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. la *Relazione* illustrativa della Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, in *COM 2003*, 356 def.), presentata dalla Commissione il 18 giugno 2003, p.2.

Uno tra gli elementi che non favoriscono la circolazione dei beni e servizi tra i Paesi sono le diverse legislazioni in tema di pubblicità commerciale e pratiche commerciali, che impediscono ai professionisti di impiegare le stesse prassi commerciali e campagne pubblicitarie nei diversi Paesi, adattando i contenuti dello spot allo Stato in cui viene trasmesso.

Inoltre che a frenare i consumatori, dissuadendoli da acquisti transfrontalieri, sono altresì l'ignoranza delle leggi vigenti e la tendenza a considerare meno *sicuri* i contratti conclusi con professionisti che abbiano la loro sede in altri Paesi.

Ecco che l'eliminazione delle differenze fra le legislazioni nazionali e la creazione di un quadro giuridico europeo uniforme, sono apparse al legislatore comunitario le soluzioni migliori per promuovere le negoziazioni tra i diversi Stati membri.

È utile richiamare a questo proposito, le prime considerazioni effettuate dalla Commissione Europea e presenti nel *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea* poiché da essi spesso poi traggono origine i successivi sviluppi legislativi comunitari⁸⁹.

I dibattiti con le parti interessate hanno portato ad elaborare importanti considerazioni sia politiche che economico-giuridico. In primis, il *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea* introduce l'espressione "comunicazione commerciale" intendendo "tutte le forme di pubblicità, marketing diretto, sponsorizzazione, promozione delle vendite e relazioni pubbliche". Queste attività, seppure non trovino una formalizzazione e una distinzione da un punto di vista tecnico, a livello giuridico sono accomunate dalla volontà di incentivare la circolazione dei beni e dei servizi nel mercato.

Il Parlamento Europeo avendo rilevato anche le numerose reazioni positive da parte delle imprese e delle organizzazioni dei consumatori nel seguito dato al "Libro sulla tutela dei consumatori" nell'Unione Europea dell'11 giugno del 2002, nell'aprile 2004, approva la proposta di emendare una nuova direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra le imprese e il mercato interno. Esso, infatti, esaminando le indicazioni così come pervenute dalla Commissione, ne condivide i principi di base: è necessario individuare un divieto generale per tutte quelle pratiche commerciali che rientrano nella definizione di slealtà, ideando e realizzando una *black list*: una lista che riporta esempi tangibili e chiari di pratiche da considerarsi in *ogni caso* scorrette.

⁸⁹ Cfr. E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, Milano, 2007, 30.

Rispetto alle direttive fino ad ora analizzate, questa direttiva adotta un approccio di tipo orizzontale al fine di poter regolamentare tutte le pratiche commerciali nei rapporti fra consumatori e professionisti.

Alla disciplina degli articoli 2-13 sono assoggettati i comportamenti dei professionisti diretti alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un bene o un servizio verso i consumatori e posti in essere anteriormente, contestualmente o posteriormente ad un'operazione commerciale.

Quello che conta è che il comportamento tenuto dal professionista sia direttamente connesso alla promozione di un bene o di un servizio offerto a consumatori, e/o che presenti una diretta connessione con un contratto stipulato da un professionista con un consumatore.

Stando all'art. 3, comma 4, laddove sussistono disposizioni di diritto comunitario di natura settoriale che risultano incompatibili con i contenuti delle regole generali adottate dalla direttiva n. 2005/29/CE, queste non possono operare dovendo trovare esclusivamente applicazione nelle norme comunitarie speciali.

Da questa disposizione si desume che la disciplina contenuta negli artt. 2-13 sia dotata di natura meramente sussidiaria essendo destinata a trovare applicazione solo in merito alla regolamentazione di pratiche commerciali, che non siano disciplinate da norme comunitarie già vigenti, ovvero per la definizione di aspetti o profili di una pratica commerciale diversi da quelli già regolati da norme comunitarie settoriali.

In merito agli artt. 5-9, la direttiva pone a carico dei professionisti il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, dettando i criteri e i parametri in applicazione dei quali, una pratica commerciale può essere giudicata sleale. Essa, inoltre, prevede di individuare i mezzi e gli strumenti attraverso i quali gli Stati dovranno assicurare il rispetto dei divieti, contrastando e dove previsto, sanzionando le condotte. (artt.10-13).

La direttiva non impone ai professionisti che operano all'interno della UE obblighi di contenuto positivo e si limita a porre a loro carico il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali.

La direttiva detta innanzitutto una definizione di carattere generale: ai sensi del comma 2 dell'art. 5 una *pratica commerciale* per poter essere considerata sleale, deve essere “contraria alle norme di diligenza professionale”, nonché idonea a “falsare in misura rilevante il comportamento economico” del consumatore medio al quale è diretta⁹⁰.

⁹⁰ DE CRISTOFARO, *Pratiche Commerciali scorrette e Codice del Consumo*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 25.

La definizione generale di *pratica commerciale sleale* è stata concretizzata dagli organi comunitari attraverso due categorie di pratiche sleali - ingannevoli e aggressive - e attraverso un'analitica e puntuale individuazione di singole fattispecie concrete di pratiche commerciali sleali, elencate nella *lista nera*, le quali sono considerate in ogni caso sleali (V. Allegato I della direttiva).

Il procedimento da seguire per stabilire se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura sleale, dovrà articolarsi in diversi passaggi.

In primo luogo, occorre stabilire se la pratica si presti o meno a essere inquadrata in una delle previsioni delle *liste nere* contenute negli allegati e, se questo ha esito positivo, la pratica viene considerata sleale. Qualora la singola pratica non sia compresa in una delle categorie contemplate negli elenchi degli Allegati, si tratterà di appurare se siano in essa ravvisabili gli estremi di una pratica commerciale ingannevole ovvero una pratica commerciale aggressiva.

L'art.10 si limita a precisare come la direttiva non intende precludere agli Stati membri la possibilità di ammettere che il controllo sulle pratiche commerciali sleali venga esercitato dai responsabili di eventuali Codici di autodisciplina⁹¹, e di prevedere che a tal fine gli interessati possano rivolgersi anche a questi ultimi.

I successivi articoli 11-13 impongono agli Stati di assicurare *mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali*, al fine di garantire che le prescrizioni della direttiva vengano rispettate e di comminare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Per quanto riguarda i mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali, i commi dell'art. 11, precisano che essi devono includere disposizioni che attribuiscono a persone fisiche o enti collettivi, che abbiano *un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali*, il potere di rivolgersi all'autorità giudiziaria o amministrativa⁹², chiedendo l'adozione di provvedimenti che dispongano la cessazione di pratiche sleali in corso di svolgimento ovvero vietino le pratiche commerciali sleali che i professionisti si apprestino a porre in essere.

Nell'art. 13 non viene precisata l'origine delle sanzioni. Quindi si esclude che esse consistano esclusivamente in sanzioni di natura pubblicistica (penale o amministrativa)

⁹¹ Per tali si intendono, a norma dell'art. 2, lett. g), della direttiva, i soggetti responsabili della formulazione e della revisione dei codici di condotta e preposti al controllo del rispetto delle regole in esse contenute da parte di coloro che si sono impegnati a sottostarvi.

⁹² Gli Stati membri sono liberi di decidere se devolvere i procedimenti in questione all'autorità giudiziaria, a quella amministrativa o ad entrambe.

riconoscendo che ai legislatori interni è consentita l'adozione di misure *lato sensu* sanzionatorie di natura privatistica.

Le innovazioni più importanti riguardano la Direttiva n. 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, le quali sono state introdotte nella direttiva n. 2005/29/CE, poi mantenute nella successiva Direttiva n. 2006/114/CE⁹³ e di seguito analizzate.

In primo luogo viene rilevata la nuova formulazione dell'art.1 della Direttiva n. 1984/450/CE⁹⁴ nel nuovo art. 14 della Direttiva 2005/29/CE, la quale ha *escluso* sia gli interessi dei consumatori che gli interessi del “pubblico in generale” dagli interessi della pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali.

La tutela si configura ora, come tutela dei professionisti⁹⁵ intesi come destinatari di messaggi finalizzati a promuovere l'acquisto di beni e servizi suscettibili di essere utilizzati nell'ambito delle rispettive attività imprenditoriali o professionali. Vengono inclusi in queste definizioni i professionisti che offrono sul mercato un medesimo bene e si trovano quindi in un rapporto di concorrenza.

Alla luce delle modifiche, il perseguimento della tutela dei consumatori nei confronti di messaggi pubblicitari lesivi dei loro interessi economici dovrebbe ritenersi interamente ed esclusivamente affidato agli artt. 2-13 della direttiva n. 2005/29/CE, ove esso è stato accorpato ed assorbito nel più ampio sistema di protezione dei consumatori delle pratiche commerciali sleali. In questo quadro, la pubblicità viene considerata come *pratica commerciale* suscettibile di essere posta in essere da professionisti nei loro rapporti con i consumatori e in quanto tale non deve mai risultare sleale e segnatamente non deve essere *ingannevole* né *aggressiva*.

⁹³ Merita di essere ricordato che nella G.U.U.E. n. L. 376 del 27 dicembre 2006 è stata pubblicata la direttiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, contenente la *versione codificata* della direttiva concernente la pubblicità ingannevole e comparativa: tale direttiva – entra in vigore il 12 dicembre 2007 in sostituzione della direttiva n. 84/450/CEE, della quale ha sancito l'abrogazione, riproduce sostanzialmente i contenuti percettivi della direttiva 84/450/CEE, quali risultanti dalle modifiche approvate prima della direttiva 97/55/CE e successivamente all'art. 14 della direttiva n. 2005/29/CE, parzialmente modificando la distribuzione dell'articolo ed adeguando la formulazione dei considerando. La direttiva 2006/114/CE, reca la vera e propria disciplina *generale* della pubblicità commerciale applicabile a qualsiasi messaggio pubblicitario, quali che siano le caratteristiche del bene o servizio che se costituisce oggetto, la tipologia di utilizzazione cui tale bene o servizio può essere adibito, l'identità dei soggetti a cui viene offerto, la finalità in vista delle quali i destinatari del messaggio pubblicitario potrebbe essere interessati ad acquistare il bene o servizio cui esso si riferisce.

⁹⁴ La cui formulazione viene ripresa nella direttiva n.2006/114/CE nell'art. 1.

⁹⁵ Nel comma 3 dell'art. 2 della Direttiva 84/450/CEE viene inserita una precisa definizione di “professionista”, la quale corrisponde esattamente a quella contenuta nell'art. 2, lett. b) della Direttiva 2005/29/CE.

Nonostante le innovazioni introdotte dall'art. 14 della direttiva n. 2005/29/CE, la nozione di pubblicità comparativa è rimasta la stessa dell'art. 3-bis della direttiva n. 84/450/CEE alla quale sono soggetti tutti i messaggi pubblicitari: sia a quelli indirizzati soltanto a consumatori sia quelli rivolti soltanto a professionisti, sia a quelli destinati agli uni e agli altri indistintamente. Le differenze ravvisate sono assai modeste e si delineano in un mero adeguamento della statuizione contenuta nella lett. a) al mutato scenario normativo e in un arricchimento della previsione un tempo inserita nella lett. d), e ora trasferita nella lett. h). Quanto agli articoli successivi, l'articolo 15 riformula l'articolo 9 della direttiva n. 97/7/CE e per quanto riguarda invece la definizione di pubblicità ingannevole, essa non è stata modificata dell'art. 9 della direttiva 2002/65/CE configurandosi ancora una volta, come qualsiasi pubblicità che in "qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa includere in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo possa ledere un concorrente".

Inoltre la Direttiva non modifica la nozione di pubblicità⁹⁶.

L'art. 16 apporta le integrazioni necessarie per aggiornare i contenuti agli allegati della direttiva n. 98/27/CE⁹⁷, in materia di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e al regolamento CE n. 2006/2004 "sulla cooperazione per la tutela dei consumatori"⁹⁸.

Per quanto concerne il recepimento della direttiva 2005/29/CE, gli organi comunitari hanno previsto un doppio termine.

L'art. 19 obbliga gli Stati membri ad adottare e pubblicare entro il 12 giugno 2007 le disposizioni legislative necessarie per conformare gli ordinamenti ai contenuti dei provvedimenti comunitari e nel contempo statuisce che gli Stati applichino le disposizioni entro il 12 dicembre dello stesso anno.

In questa ultima data è entrata in vigore la direttiva n. 2006/114/CE, contenente la versione codificata della direttiva in materia di pubblicità ingannevole e comparativa che ha abrogato la n. 84/450/CEE.

Da tale data è divenuto pienamente operante il nuovo sistema comunitario di regolamentazione e controllo delle pratiche commerciali, poste in essere da imprenditori e

⁹⁶ La definizione di "pubblicità" è rimasta identica a quella codificata della direttiva concernente la pubblicità ingannevole e comparativa.

⁹⁷ Direttiva 98/27/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

⁹⁸ Regolamento n.2006/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori.

liberi professionisti, nell'esercizio delle rispettive attività professionali, un sistema binario centrato su due testi normativi: da un lato la direttiva n. 2005/29/CE, contenente la regolamentazione applicabile a tutte le condotte direttamente connesse con rapporti contrattuali instaurati con professionisti e consumatori, strumentale alla protezione degli interessi economici dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali sleali.

Dall'altro lato invece, la direttiva n. 2006/114/CE recante la disciplina generale della pubblicità commerciale rivolta ad impedire che messaggi pubblicitari ingannevoli vengano utilizzati e diffusi per promuovere beni o servizi offerti ad imprenditori o liberi professionisti, nonché a regolamentare la pubblicità comparativa prevedendo e sanzionando il ricorso a pubblicità comparative illecite.

In Italia il recepimento della Direttiva 2005/29/CE e quindi della direttiva n. 2006/114/CE è avvenuto attraverso due distinti Decreti Legislativi: i nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007 cui si aggiungono gli artt. 2, 4 e 8 del d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

La legge 25 gennaio 2006, n. 29 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee) aveva delegato il Governo ad adottare entro il termine di diciotto mesi dalla sua entrata in vigore, i decreti legislativi recanti le disposizioni necessarie per dare attuazione nell'ordinamento italiano ad una serie di direttive Ce, elencate negli allegati A e B.⁹⁹

La delega conferita dalla Legge comunitaria 2005 è stata esercitata dal Governo con i decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007.

In particolare il d.lgs. n. 145/2007 contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra i professionisti e segnatamente le norme della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/CE e dall'art. 14 della stessa direttiva 2005/29/CE¹⁰⁰.

Il Decreto Legislativo n. 146 del 2007 dando attuazione alla Direttiva n. 2005/29/CE ha introdotto nell'ordinamento italiano una disciplina pressoché completa delle pratiche commerciali scorrette.¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. in proposito PENNAZIO, *La legge comunitaria 2005 in Contr. impr. Europa*, 2006, 575.

¹⁰⁰ Nonostante il governo avesse piena consapevolezza dell'intervenuta approvazione da parte degli organi comunitari, della versione codificata della direttiva sulla pubblicità ingannevole (direttiva 2006/114/CE del 12 dicembre 2006), l'intitolazione del decreto fa riferimento alla direttiva 84/450/CE.

¹⁰¹ Per una disamina della disciplina, AA.VV., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza, Appendice di aggiornamento 2008*, - a cura di UBERTAZZI, Padova, 2008 - , AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, con il coordinamento di BARBA e BARENGHI, Milano, 2008 e DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti del codice di consumo*, Torino, 2008.

3.3 DIRETTIVA N. 2006/114/CE

Conseguentemente a quanto fin ora esposto prima dell'analisi dei due decreti legislativi, viene riportato una breve disamina in merito alla direttiva 12 dicembre 2006, n. 114 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata).

La direttiva n. 2006/114/CE (versione codificata) modifica la direttiva n. 2005/29/CE in particolare l'art. 14 che di fatto modifica la n. 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

Per non creare confusione a livello di direttive, il legislatore ha ritenuto opportuno dedicare una intera direttiva a tali fattispecie di pubblicità adottando la direttiva n. 2006/114/CE.

Mentre infatti la direttiva 2005/29/CE disciplina *solo* ai rapporti che intercorrono tra i professionisti e i consumatori, quella in analisi regola i rapporti *solo* tra i professionisti in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, ma entrambe trovano applicazione lo stesso giorno: il 12 dicembre 2007.

Analizzando in breve tale direttiva essa stabilisce ai sensi dell'art. di "tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalla sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa".

Essa detta in generale la disciplina di pubblicità commerciale, la quale può essere applicata a qualsiasi messaggio pubblicitario, a prescindere dalle caratteristiche del prodotto o servizio pubblicizzato, dalla tipologia di utilizzo del prodotto o servizio in analisi, dall'identità di coloro ai quali viene offerto, a prescindere anche dalle finalità ai quali tali beni e servizi sono preposti.

Come nelle direttive precedenti anche nella presente vengono fornite le definizioni di *pubblicità*, *pubblicità ingannevole*, *pubblicità comparativa* e *professionista*, e infine di *responsabile del codice*, inserite nell'art. 2.

In particolare la pubblicità ingannevole viene definita come *qualsiasi pubblicità che induce in errore o può pregiudicare il comportamento del consumatore, o se per questi motivi lede un concorrente*, mentre la pubblicità comparativa viene definita quale *pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*.

Per quanto attiene agli artt. 3 e 4, non si ravvisano cambiamenti sostanziali nel senso che nell'art. 3 vengono ancora una volta sanciti quali siano gli elementi da tenere in considerazione qualora ci si trovi di fronte ad una pubblicità ingannevole mentre nell'art. 4

vengono mantenute le condizioni di liceità da tenere in considerazione per valutare la pubblicità comparativa.

L'articolo 5, invece, entra nel merito della tutela per gli Stati membri di ricorrere contro la pubblicità ingannevole e garantire invece che siano rispettate le condizioni di liceità della pubblicità comparativa.

Agli Stati, tramite quanto esposto dalla Direttiva, è permesso di ricorrere all'azione giudiziaria contro la pubblicità ovvero di sottoporre la pratica al giudizio di un'autorità competente.

Agli Stati è riconosciuta anche la facoltà di decidere sui mezzi adeguati da utilizzare e alla modalità attraverso le quali presentare la denuncia. Nel terzo comma dell'art. 5 viene sancito che qualora la pratica risulti ledere l'interesse di un professionista concorrente possono essere intraprese due soluzioni: può essere sospesa la pubblicità ingannevole o comparativa ovvero si può ricorrere ad azioni che inibiscano la pubblicità decettiva.

L'art. 7 attribuisce all'organo preposto la tutela amministrativa e giurisdizionale di cui all'art.5. Esso sancisce che qualora l'Autorità ritiene, può chiedere che siano fornite prove sull'esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità e altresì può considerare inappropriate le prove e il materiale fornito qualora esse risultino insufficienti.

Tale direttiva quindi viene costituita per racchiudere la tutela dei professionisti dalla pubblicità ingannevole e comparativa, abrogando di fatto la direttiva del 1984 (art. 10).

3.3 IL DECRETO LEGISLATIVO 2 AGOSTO 2007, N. 145 –

Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

Il decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, insieme al d.lgs. n. 146/2007 è il provvedimento che ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla direttiva n. 2005/29/CE¹⁰².

In esso è stato trasposto l'intero corpus normativo, prima compreso nel d.lgs. 28 gennaio 1992, n. 74¹⁰³ e successivamente trasfuso negli artt. 18-27 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo), il cui art. 14, lett. *d*) ha sancito l'integrale abrogazione del d.lgs. n. 74/1992.

In merito a tale decreto non si può dire che sia esclusivamente e interamente rivolto a dare attuazione alla direttiva n. 2005/29/CE, dal momento che alcune disposizioni sono state elaborate e aggiunte dal legislatore italiano.

Il decreto è composto da dieci articoli i quali sono suddivisi in due parti.

Una prima parte *sostanziale* è costituita da un insieme di precetti comportamentali e di divieti imposti ai professionisti che predispongono, utilizzano e diffondono messaggi pubblicitari per promuovere beni e servizi che offrono sul mercato.

A sua volta essa viene suddivisa in altre tre sotto-partizioni: un primo gruppo di regole generali in materia di pubblicità non costituenti norme di recepimento della direttiva 84/450/CE ne di altre direttive, un secondo gruppo di precetti (art. 2, lett *b*) e art. 3) concernenti la pubblicità ingannevole i quali recepiscono gli artt. 2, lett. *b*) e 3 della direttiva n. 2006/114/CE.

Infine la disposizione dell'art. 4 individua i requisiti di liceità della pubblicità comparativa, dando attuazione all'art. 4 della direttiva 2006/114/CE.

La seconda parte, invece, si compone di norme *procedurali* recanti la regolamentazione dei procedimenti speciali nell'ambito dei quali si svolge l'accertamento della natura ingannevole o comunque illecita di un messaggio pubblicitario, nei quali vengono adottati i

¹⁰² V. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, in AA.VV., *Diritto Industriale*, 2a edizione, Torino, 2005, 334; GHIDINI, GAMBINO, DE RASIS, ERRICO, FARUFFINI DI SEZZADIO, LAZZARETTI, *La pubblicità ingannevole, Commento sistematico alla normativa vigente*, Milano, 2003; ROSSI, *La pubblicità "dannosa". Concorrenza sleale, "diritto a non essere ingannati", diritti della personalità*, Milano, 2000; BERTI, *Pubblicità scorretta e diritti dei terzi*, Milano, 2000; TESTA, *Il punto sulla pubblicità comparativa*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004.

¹⁰³ Provvedimento successivamente modificato dal d.lgs.25 febbraio 2000, n. 67 che ha dato attuazione alla direttiva n. 1997/55/CE in tema di pubblicità comparativa, nonché dalla l. 6 aprile 2005, n. 49.

conseguenti provvedimenti inibitori, ripristinatori e sanzionatori nei confronti dei professionisti che tale messaggio abbiano predisposto e diffuso presso il pubblico (art.8).

Per i tre gruppi di regole che costituiscono la parte *sostanziale* del d.lgs. n. 145/2007 vale la medesima definizione di *pubblicità* (art. 20 lett. *a*), cod. cons.).

Affinché un messaggio possa essere qualificato come tale devono valere i presupposti con i quali esso è destinato alla diffusione e rivolto a una cerchia di soggetti potenzialmente interessati al bene o al servizio oggetto del messaggio.

In secondo luogo, tale diffusione deve essere strumentale alla promozione di beni e servizi, e cioè mirare a stimolare ed indurre i destinatari a concludere contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà dei beni a cui il messaggio si riferisce o la costituzione di diritti reali o personali su tali beni

Infine la diffusione del messaggio deve avvenire nell'esercizio di un'attività imprenditoriale o professionale.

Quanto ai contenuti e alla forma del messaggio sono irrilevanti, come irrilevanti risultano le modalità con la quale il messaggio è stato formulato e i mezzi di comunicazione con i quali è stato diffuso.

Irrilevanti sono altresì la natura e le caratteristiche del bene o servizio e il fatto che il messaggio si diriga ad un pubblico generico e indistinto ovvero ad una cerchia di destinatari più o meno limitata e ristretta.

Una delle novità che caratterizza il d.lgs. n. 145/2007 è rappresentata dall'introduzione nell'elenco delle definizioni normative di cui all'art. 2 della definizione di *professionista*: “qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista”.

La genericità del riferimento all'agire conferisce alla definizione un'elasticità tale da poter essere adattata a seconda del contesto normativo in cui si trova impiegata.

Per quanto riguarda la definizione di *operatore pubblicitario*, essa compariva negli art. 3, lett. *c*), art. 3-*bis*, lett *h*), 4, par. 2 e 6, lett. *a*) della direttiva n. 84/450/CEE (poi modificata dalla direttiva n. 97/55/CE e 2005/29/CE)¹⁰⁴ e la sua presenza è ascrivibile ad un

¹⁰⁴ E' rimasta anche nel testo italiano della versione codificata della direttiva in materia di pubblicità ingannevole e comparativa: Cfr. Art. 3, lett.c), art. 4, lett.h), art. 5, par.3, comma 2° e art. 7,lett *a*), della direttiva 2006/114/CE.

fraintendimento e ad una errata traduzione delle locuzioni impiegate nelle altre versioni linguistiche della medesima direttiva¹⁰⁵.

L'ampiezza della definizione di operatore pubblicitario estesa in occasione della trasposizione della disciplina dal d.lgs. n. 74/1992 al Codice del Consumo, può essere giustificata in relazione alla funzione assegnata a tale locuzione nel (vecchio) testo dell'art. 26, cod. cons., che appariva del tutto irragionevole in riferimento all'art. 21, lett .c) e all'art. 22, lett. d), cod. cons. e ai precetti della direttiva comunitaria, cui tali articoli davano attuazione e nei quali l'espressione operatore pubblicitario era utilizzata in senso stretto ossia solo dell'imprenditore committente del messaggio pubblicitario.

Manca invece un qualsiasi riferimento alla definizione di *consumatore*, in quanto tale atto legislativo trova applicazione a qualsiasi messaggio pubblicitario, a prescindere dalla qualificazione soggettiva e dall'attività svolta dai destinatari.

In nessuna delle disposizioni del decreto viene impiegato il termine *consumatori*, con l'eccezione dell'art. 2, comma 5°, nel quale tale termine è rimasto a causa di una disattenzione.

L'articolo 1 del decreto afferma che le disposizioni contenute "hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali". I professionisti menzionati sono i concorrenti del professionista che predispone e diffonde il messaggio pubblicitario¹⁰⁶.

Questa è l'accezione in cui il termine professionisti viene impiegato nel testo della direttiva 1984/450/CE e nella successiva versione codificata n. 2006/114/CE.

Si può concludere che gli artt. 2, lett. b), e 3 del d.lgs. n. 145/2007, concernenti la pubblicità ingannevole sono dettati a tutela degli interessi dei concorrenti.

Per quanto riguarda i precetti sulla pubblicità ingannevole, essi non hanno subito alcuna modificazione: è rimasto identico l'elenco degli elementi di occorre tener conto in sede di giudizio inerente la natura ingannevole di un messaggio pubblicitario ed è rimasta immutata anche la definizione di pubblicità ingannevole (art. 2, lett. b)), il cui nucleo fondamentale continua ad essere costituito dall'idoneità ad indurre in errore persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge. In tale definizione non si fa riferimento solo ai professionisti, ma a tutti i soggetti a cui il messaggio pubblicitario si

¹⁰⁵ Nelle quali ricorrevano i termini *advertiser*, *annonceur*, *werbende*, *anunciante*.

¹⁰⁶ GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette- Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, Cedam, 2008.

indirizza, a prescindere dalla inerenza o meno, all'attività professionale o imprenditoriale svolta dai destinatari, degli scopi e degli usi cui si prestano ad essere adibiti i beni o i servizi reclamizzati.

Non è comunque sufficiente che il messaggio sia idoneo a indurre in errore i destinatari, ma è necessario sia idoneo a ledere un concorrente.

Gli elementi per determinare l'ingannevolezza della pubblicità vengono riportati all'art. 3 ("Elementi di valutazione"¹⁰⁷) come nella precedente normativa.

L'articolo 4 del decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, tutela la pubblicità comparativa. Essa ha lo scopo di *tutelare i soggetti del mercato* quindi non soltanto i professionisti concorrenti dell'imprenditore, ma tutti coloro ai quali il messaggio pubblicitario è indirizzato o attraverso il quale vengono raggiunti, a prescindere che si tratti di persone fisiche, enti collettivi; nonché a prescindere dalla natura personale o professionale degli usi cui si prestano ad essere adibiti i beni o servizi cui il messaggio pubblicitario si riferisce.

In occasione del nuovo decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, la disciplina della pubblicità comparativa non ha subito significative modificazioni essendo che il legislatore si è limitato ad apportare le innovazioni indispensabili per adeguarla alle modifiche apportate dall'art. 14 della direttiva n. 2005/29/CE, all'art. 3-*bis* della direttiva n. 84/450/CEE, ora confluito nell'art. 4 della direttiva n. 2006/114/CE.

La nozione di pubblicità comparativa¹⁰⁸ è rimasta identica, come identici sono rimasti i precetti¹⁰⁹ che il legislatore italiano ha introdotto in aggiunta a quelli strettamente necessari per dare attuazione all'art. 3-*bis* della direttiva n. 84/450/CEE.

Quanto invece alle condizioni di liceità della pubblicità comparativa, esse sono delineate dal comma 1, dell'art. 4 dove all'interno sono state apportate alcune modifiche relative alle lett. *a*) e *b*) imposte dalla necessità di coordinare il regime normativo della pubblicità comparativa con la nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ora inserite nell'art. 18 ss., cod. cons.

¹⁰⁷ Art.3: "Elementi di valutazione": a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, l'esecuzione, la composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, o i risultati che si possono ottenere con il loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi;

b) al prezzo o al modo in cui questo è calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti;

c) alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa ed i premi o riconoscimenti.

¹⁰⁸ Cfr. art. 2, lett. *d*).

¹⁰⁹ Cfr. art. 4, commi 2 e 3.

Con riguardo all'art. 5, esso introduce le disposizioni relative alla trasparenza della pubblicità, indicando che deve essere identificabile e riconoscibile.

Quanto al comma 2, dell'art.5, esso è l'unica disposizione contenente un riferimento esplicito al termine *consumatore*, e perciò utilizza la definizione riportata dal comma 2, dell'art. 18, cod. cons.: “consumatore” è qualsiasi persona fisica o giuridica suscettibile di essere raggiunta da un messaggio pubblicitario che sia stato formulato ricorrendo ai termini “garanzia” e “garantito”.

Le disposizioni prima inserite negli art. 24 - 25 cod. cons. sono confluite negli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 145/2007 senza alcuna alterazione, ad esclusione dell'eliminazione di ogni riferimento al consumatore.

Con riguardo al comma 2, dell'art. 6, va detto che i precetti, in esso contenuti sono inseriti dal legislatore, anche nei commi 3 e 4, dell'art. 21 cod. cons. Ne consegue che messaggi pubblicitari suscettibili di raggiungere bambini e adolescenti, che possano minacciarne la sicurezza, e messaggi che omettano di informare in modo adeguato i destinatari in merito ai rischi e pericoli cui la loro salute potrebbe essere esposta, sono nel contempo pubblicità ingannevoli a norma del d.lgs. n. 145/2007 e pratiche commerciali scorrette a norma dell'art. 20 cod. cons.

Si ritiene che l'inclusione di tali precetti nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, è impropria perché la valutazione della scorrettezza ivi contemplate operata dalla norma, prescinde dalla attitudine delle stesse “ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”, la quale è invece elemento costitutivo sia della fattispecie delle azioni e omissioni ingannevoli¹¹⁰ sia della stessa nozione generale di pratica commerciale scorretta.¹¹¹

Per quanto attiene all'art. 7, comma 1°, si rinvencono due precetti profondamente diversi.

Il primo è finalizzato a proteggere bambini e adolescenti dagli abusi cui sono esposti in ragione della loro naturale credulità o inesperienza: si tratta di un rafforzamento del precetto generale dell'art. 2, lett. b) finalizzato a prevenire qualsiasi forma di sfruttamento della situazione di debolezza dei minori da parte dei professionisti che predispongono e diffondono messaggi pubblicitari ad essi indirizzati o comunque suscettibili di raggiungerli.

Tale tutela viene integrata nell'art. 26, lett. e), cod. cons., la quale annovera fra le pratiche sicuramente scorrette perché aggressive l'inclusione in un messaggio pubblicitario di

¹¹⁰ Cfr. Artt. 21 e 22 cod. cons.

¹¹¹ V. Art. 20, comma 2°, cod. cons, in relazione all'art.18, lett. e), cod. cons.

un'esortazione diretta a bambini affinché acquistino o convincano genitori o altri adulti ad acquistare prodotti reclamizzati.

Il secondo precetto è rivolto a proteggere gli adulti nei confronti dei rischi cui vengono esposti dai sentimenti che essi “naturalmente provano per bambini e adolescenti”: di tali sentimenti i professionisti potrebbero abusare, utilizzando bambini e adolescenti con modalità idonee ad influenzare in modo improprio le decisioni degli adulti, cui si rivolgono.

Tali messaggi sono vietati, perché si vuole evitare che scelte di mercato degli adulti, vengano condizionate da fattori emotivi ed irrazionali, indotti da un impiego subdolo di immagini, parole o gesti di bambini e adolescenti.

L'articolo 8 include la tutela amministrativa e giurisdizionale attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

La prima fondamentale novità è rappresentata dalla circostanza che il comma 2, art. 8 prevede espressamente che il procedimento funzionale all'accertamento della natura ingannevole di un messaggio pubblicitario o della natura illecita di una pubblicità comparativa possa essere instaurato, oltre che “su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse” anche “d'ufficio”.

Con la nuova disciplina non viene posto alcun limite alla possibilità di attivare d'ufficio dall'art. 8 del decreto, né regole più specifiche in merito ai criteri e alle modalità con cui l'Autorità dovrà avvalersi di questo potere rinviando nel regolamento attuativo adottato dalla stessa Autorità. In questo modo, l'esercizio del potere di attivazione d'ufficio viene rimesso alla piena discrezionalità dell'Autorità.

Rimane comunque possibile che l'apertura del procedimento avvenga a seguito della presentazione dell'istanza.

La relativa legittimazione viene ora riconosciuta ad ogni soggetto o organizzazione che vi abbia interesse, in tal modo di fatto estendendo in misura illimitata il novero di soggetti abilitati a richiedere un intervento dell'Autorità.

Un volta ricevuta la richiesta di intervento ed acquisiti gli elementi e i documenti eventualmente occorrenti per integrare e completare i contenuti, il responsabile del procedimento si trova di fronte ad un bivio.

Nel momento in cui ritiene opportuno di poter escludere che gli elementi acquisiti siano tali da rendere opportuno o necessario un ulteriore approfondimento istruttorio, rimette gli atti al Collegio il quale se condivide la valutazione del responsabile del procedimento,

delibera l'archiviazione della richiesta di intervento con un provvedimento che viene comunicato al soggetto che l'aveva presentata. Se invece valuta che gli elementi di cui si trova in possesso siano tali da giustificare l'instaurazione del procedimento, il responsabile provvede ad avviare l'istruttoria personalmente e direttamente, senza coinvolgere il Collegio.

Un volta aperta l'istruttoria, tale sarà comunicata al professionista e ai soggetti che nell'eventualità abbiano presentato la richiesta di intervento.

Novità significative sono state introdotte anche per quanto riguarda la regolamentazione dell'istruttoria.

In primo luogo, ora il comma 2 del presente articolo, contempla la possibilità per l'Autorità di giovare dell'ausilio della Guardia di Finanza allo scopo di espletare le indagini e della raccolta di elementi necessari ai fini dell'accertamento dell'illiceità dei messaggi pubblicitari.

Di notevole rilievo è l'estensione del potere di richiesta attribuito all'Autorità dal comma 3, dell'art. 8. Da un lato all'Autorità viene riconosciuta la facoltà di richiedere qualsiasi informazione o documento potenzialmente rilevante ai fini dell'accertamento di eventuali infrazioni della normativa, mentre la precedente disciplina contemplava solo la possibilità di richiedere una copia del messaggio pubblicitario.

Dall'altro lato, si consente all'Autorità di rivolgere tali richieste "ad ogni soggetto" venendosi così ad ampliare il novero dei possibili destinatari di tali richieste.

La chiusura del procedimento avviene nel momento in cui, il responsabile del procedimento rimette gli atti al Collegio affinché si pronunci con un provvedimento motivato.

In questo senso non vengono introdotte novità; si continua a prevedere che dove venga riconosciuta la natura ingannevole o illecita del messaggio pubblicitario, l'Autorità lo inibisca e cioè ne vieti la continuazione e ne "elimini gli effetti".

Sono state, per contro, inasprite le sanzioni amministrative da parte dell'Autorità verso i professionisti che violano le prescrizioni del d.lgs. n. 145/2007 attraverso la quintuplicazione dell'ammontare delle sanzioni che l'Autorità può e deve comminare, nei confronti del professionista, nel provvedimento con il quale si accerta la natura ingannevole o illecita dei messaggi pubblicitari sottoposti al suo vaglio e se ne vieta la diffusione: sanzioni il cui ammontare varia da 5.000 a 5.000.000 euro.¹¹²

¹¹² Cfr. Art. 8, comma 9.

Si è inoltre allargato il ventaglio delle ipotesi in cui tali sanzioni possono essere comminate: mentre prima potevano essere irrogate soltanto nei confronti del proprietario del mezzo di diffusione del messaggio, che avesse ommesso di fornire informazioni idonee ad identificare il committente del messaggio, nonché nei confronti dell'“operatore pubblicitario” o del proprietario del mezzo di diffusione che si fossero rifiutati di fornire la copia del messaggio richiesta dall'Autorità, ora le sanzioni possono essere comminate a “qualsiasi soggetto” il quale non fornisca informazioni o documenti necessari all'Autorità.

3.4 IL DECRETO LEGISLATIVO 2 AGOSTO 2007, N.146 -

Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004

Il decreto legislativo n. 146/2007 è entrato in vigore il 6 settembre 2007 e denominato “Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/CEE, n. 97/7/CE, n. 98/27/CE, n. 2002/65/CE e il Regolamento n. 2006/2004”.

Tale decreto dà attuazione alla Direttiva CE n. 29 del 2005 e introduce nell'ordinamento italiano, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette che imprese e liberi professionisti possono tenere verso i consumatori ed un sistema di tutela, di cui questi ultimi possono avvalersi verso chi esercita tali pratiche scorrette. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata introdotta nel “Codice del Consumo” vale a dire il Decreto Legislativo n. 206/2005, sostituendo gli articoli 18 - 27, i quali contenevano la sola disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita e che ora costituiscono i Capi I, II e III del Titolo III di questo atto normativo. Nell'art. 18 vengono ravvisate una serie di definizioni prima incluse nell'art. 20 del precedente Codice del Consumo. Esse sono suddivise in ben dodici lettere. Le più importanti verranno analizzate di seguito.

Ai sensi dell'art. 18, lett. a) per *consumatore* si intende “qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”.

Il recepimento della direttiva n. 2005/29/CE ha determinato una restrizione dell'ambito di applicazione della definizione di *consumatore*, rispetto alla definizione generale di cui all'art. 3 che si estendeva anche ai professionisti includendo la "persona giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze".

In sede di attuazione del testo comunitario, il legislatore ha scorporato dal Codice del Consumo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa relative ai rapporti tra imprese concorrenti (d.lgs. n. 145/2007), recependo in esso la disciplina destinata a tutelare il consumatore, non solo dalla pubblicità ingannevole ma da ogni pratica commerciale scorretta.

La normativa posta in attuazione della direttiva ha considerato come parametro di riferimento della scorrettezza delle pratiche commerciali il *consumatore medio* definito come "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia"¹¹³

La Commissione¹¹⁴ ha precisato che il criterio del consumatore medio costituisce espressione del principio di proporzionalità e si applica *quando una pratica si rivolge a o raggiunge la maggior parte dei consumatori*. In conformità con i considerando 18-19 del provvedimento comunitario, l'art. 20, comma 3 del Codice che dispone qualora le pratiche commerciali siano idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo.

La determinazione della figura del *consumatore medio* ("normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto") è una scelta fondamentale per definire il punto di equilibrio tra la libertà delle imprese di impostare le più efficaci strategie di comunicazione e il diritto dei consumatori.

Per individuare il *consumatore medio*, la Direttiva n. 2005/29/CE esclude che si debba avere riguardo ad un profilo quantitativo, inducendo a considerare, invece il livello medio di informazione e attenzione e avvedutezza.

La differenza tra un approccio e l'altro consiste in questo: una nozione basata su un dato statistico sarebbe influenzata dalla consistenza dei sottogruppi in cui si possono

¹¹³ La nozione di *consumatore medio* è stata elaborata dalla Corte di Giustizia nel "Considerando n.18".

¹¹⁴ Relazione della Commissione alla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori COM (2003) 356.

individuare i consumatori. In altre parole, in un contesto in cui la maggior parte dei consumatori è prevalentemente disinformata, disattenta o sprovvista, la soglia della tutela dovrebbe essere abbassata. Al contrario, dover considerare il consumatore normalmente informato, attento e avveduto, porta ad escludere ogni influenza del dato numerico isolando un modello di consumatore medio nel gruppo di riferimento.

La lett. *b*), art. 18 cod. cons. introduce la definizione di *professionista* quale: “qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista”.

Al momento del recepimento della novella, la definizione ai sensi del titolo relativo alle *pratiche commerciali, Pubblicità e altre comunicazioni commerciali* si presentava analoga a quella prevista nelle disposizioni generali.

La precisazione si pone in linea sia con la definizione di consumatore contenuta nell’art. 18, sia con le modifiche recentemente apportate alla nozione di professionista e consumatore di cui all’art. 3, cui il legislatore ha aggiunto le qualifiche di commerciale e artigianale.¹¹⁵

L’art. 18 equipara al professionista chiunque agisca in suo nome e per conto. La locuzione, sostanzialmente, coincide con quella dell’intermediario contenuta nell’art. 3 ma è preferibile perché più puntuale e idonea a includere anche figure che non identificano gli intermediari in senso proprio.¹¹⁶

La definizione di *prodotto* rilevante ai fini del titolo in oggetto è specifica rispetto a quella generale: la norma dispone letteralmente che per prodotto si intende “qualsiasi bene o servizio, compresi mobili o immobili, di diritti e le obbligazioni”.

Il nuovo art. 18, lett *d*), cod. cons. introduce nell’ordinamento legislativo italiano la nozione di “pratica commerciale tra professionisti e consumatori” (o “pratica commerciale”).

Essa è intesa come “una qualsiasi azione o omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”, la quale riproduce quella della direttiva.

¹¹⁵ La modifica è stata apportata dal d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

¹¹⁶ BARGELLI, *L’ambito di applicazione della direttiva n.2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in BARGELLI, CALVO, CIATTI, DE CRISTOFARO, DI NELLA, RAIMO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 2007.

Questa definizione deve essere combinata con la definizione di “scorrettezza” (contenuta nell’art. 20, comma 2°, cod. cons.) intesa come contrarietà alla diligenza professionale ed idoneità “a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o a quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”¹¹⁷.

Per la determinazione dei tipi di condotte suscettibili di ricadere dentro la sfera di applicazione dell’art. 18, lett. d), cod. cons. è essenziale cogliere il senso della “relazione” fra queste e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Ulteriori indizi idonei ad orientare l’interprete nella ricerca del significato da assegnare alla pratica commerciale si possono ricavare dalle nozioni di pratica commerciale ingannevole o aggressiva¹¹⁸ e dalle successive liste di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive¹¹⁹.

Dall’insieme di questi dati normativi si ricava che la pratica commerciale comprende comportamenti dei professionisti suscettibili di incidere o di condizionare la capacità di autodeterminazione di consumatori, riguardo ad un’operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio.

Quanto ai caratteri oggettivi della pratica, i comportamenti sono vietati se, oltre a contrastare i canoni della diligenza professionale sono idonei a falsare il comportamento economico in relazione al prodotto, del consumatore medio.

Dall’analisi di questi elementi si deduce che non rientrano tra le pratiche in esame, le attività di diffusione di informazioni volte ad orientare i consumatori nella scelta dei prodotti ed effettivamente idonee ad incidere sulle loro decisioni (per esempio la pubblicazione di risultati errati di prove comparative di prodotti effettuate da un soggetto estraneo al gioco concorrenziale¹²⁰).

Al contrario, rientrano nell’operatività dell’articolo tutte le forme di promozione e commercializzazione di prodotti: tutte le attività che portano ad una presa di contatto fra le parti fino ad arrivare al posizionamento dell’accordo: infine le pratiche che indicano sui comportamenti economici “successivi” ad un’operazione commerciale.

¹¹⁷ DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs.n.146/2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007, p.1187 ss.

¹¹⁸ Cfr. artt.21, 22, 25 cod. cons.

¹¹⁹ Cfr. artt. 23 e 25 cod. cons.

¹²⁰ Cfr. GHIDINI, *Informazione economica e controllo sociale: il caso del Warentest*, in *Pol. Dir.*, 1973, 626.

L'articolo 18, lett. e) riporta: "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori": l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

La versione italiana riprende quella della direttiva

L'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso, costituisce l'elemento caratterizzante della pratiche scorrette.

Per falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore, è necessario alterare sensibilmente la sua capacità a prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Come emerge si tratta di una definizione estremamente ampia, comprensiva della scelta, se accettare o meno di instaurare un determinato rapporto contrattuale con un professionista, relativo ad un certo bene o servizio.

Le lettere f) e g) introducono la definizione di "codice di condotta" (che verrà ripreso nell'art. 27) e "responsabile del codice".

Tali definizioni individuano un profilo della disciplina della pratiche commerciali di estremo interesse: si tratta della normativa relativa ai codici di condotta, quali i codici di autodisciplina.

Alla lett. f) compare la definizione di "codice di condotta", quale accordo o normativa che non è imposto dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative di uno stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti, i quali si impegnano a rispettarlo, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici.

Essi costituiscono un parametro per valutare la scorrettezza di una pratica commerciale.

Il "responsabile del codice", alla lett. g), è indicato come "qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, il quale svolga la funzione di responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta ovvero del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo".

La figura del responsabile dovrebbe assolvere anche ad un importante funzione di deterrente rispetto alle azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi, conformemente a quanto auspicato dal parere del Comitato economico e sociale europeo.

Alle lett. h) per “diligenza professionale”, il legislatore intende il normale grado di competenza ed attenzione che i consumatori si aspettano dai professionisti, alla luce dei canoni di correttezza e buona fede che il professionista è chiamato ad osservare.

Emerge chiaramente il riferimento alla correttezza professionale, espressione più appropriata rispetto a quella di diligenza professionale, il cui uso è frutto di una discutibile traduzione.

Il principio di correttezza esprime il cuore della nozione di pratiche commerciali scorrette e permea di sé l'intera disciplina.

Un esplicito riferimento alla correttezza emerge dalla definizione di diligenza professionale, in cui il legislatore ha opportunamente provveduto a sostituire il riferimento alle *pratiche di mercato oneste*¹²¹ con il canone della correttezza che assieme alla buona fede, costituisce il parametro in base alla quale dovranno essere valutate competenza e attenzione del professionista

Alla lettera “l”, è inserita la definizione di indebito condizionamento inteso come “lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole”. Tale definizione è strumentale alla definizione di pratica commerciale aggressiva di cui all'art. 24 Codice del Consumo.

La nozione si connota per l'idoneità dal comportamento del professionista ad influenzare in modo pressante la capacità del consumatore pur senza il ricorso alla forza fisica.

L'articolo 19 precisa che l'ambito di applicazione dell'intera normativa, si rivolge a qualsiasi pratica commerciale scorretta posta in essere “*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*”.

La pratica commerciale anteriore ad un'operazione, comprende situazioni precedenti all'instaurarsi di un contatto fra le parti, purché suscettibili di indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Le pratiche antecedenti o contestuali ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto sono finalizzate a far acquisire il bene o il servizio indipendentemente dal fatto che ciò avvenga concretamente.

¹²¹ BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva n. 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in BARGELLI, CALVO, CIATTI, DE CRISTOFARO, DI NELLA, RAIMO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 2007, 123.

Nel caso in cui la pratica viene posta in essere alla conclusione del contratto con il consumatore, rientrano i comportamenti susseguenti ad una presa di contatto fra le due parti: l'esecuzione del contratto e le tutele post-contrattuali.

L'articolo 20 sancisce il divieto generale di pratiche commerciali scorrette e rappresenta la norma cardine di tutto il sistema. Una pratica commerciale è scorretta ai sensi dell'art. 20, comma 2, *se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa, o idonea a falsare in misura apprezzabile, il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o del membro medio di un gruppo, qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori*. Di fatto riprende la definizione dell'art.5 della direttiva recepita.

La differenza che si ravvisa leggendo i due testi normativi è che, mentre nella normativa dev'essere considerata sleale ogni pratica che "falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio", l'art. 20, comma 2°, cod. cons. stabilisce che una pratica commerciale è scorretta se "... è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio".

La definizione generale di pratica commerciale scorretta viene concretizzata attraverso due categorie (comma 4): le pratiche ingannevoli (artt. 21-23) e le pratiche aggressive (artt. 24-26), nonché attraverso l'analitica individuazione di singole, tipologie di pratiche commerciali considerate *in ogni caso sleali* (artt. 23 e 26, c.cons.¹²² a cui si aggiungono quelle indicate nei commi 3° e 4° dell'art. 21 c.cons.¹²³).

Il tratto caratterizzante della nozione di pratica commerciale scorretta alle diverse pratiche ingannevoli e aggressive è l'attitudine al comportamento tenuto dal professionista ad influenzare il comportamento economico dei consumatori, spingendoli ad assumere decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbero preso.

La *scorrettezza* di una pratica commerciale, comporta l'idoneità a falsare in misura decisiva, le scelte economiche dei consumatori ossia quelle che adottano con riguardo ai rapporti che instaurano e intrattengono con professionisti.

Le pratiche ingannevoli si suddividono al loro interno in azioni ingannevoli (art. 21) e omissioni ingannevoli (art. 22)

¹²² Nei quali è stata fedelmente riprodotta la lista inclusa nell'allegato I alla direttiva 2005/29/CE; Allegato i cui contenuti potranno essere modificati soltanto da un'eventuale nuova direttiva che ci apporti le innovazioni a tale fine necessarie.

¹²³ In questi due commi sono state inserite due situazioni che non trovano alcuna rispondenza nel testo della direttiva 2005/29/CE e costituiscono pertanto il frutto di una autonoma e spontanea opzione del legislatore italiano.

Il primo comma dell'art. 21 definisce *azione ingannevole*, la pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo anche nella sua presentazione complessiva “induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”, oppure “induce o è idonea ad indurlo in errore con riferimento ad una o più circostanze” : circostanze espressamente indicate in un apposito elenco.

Gli elementi che caratterizzano la fattispecie sono la falsità delle informazioni e l'idoneità ad indurre in errore il consumatore medio.

Per quanto concerne le circostanze oggetto delle pratiche commerciali su cui il professionista può trarre in errore il consumatore, il legislatore ha provveduto ad indicarle in un apposito elenco (art. 21, comma 1).

Il secondo comma precisa che devono essere considerate *ingannevoli*, le pratiche che in base a caratteristiche e circostanze del singolo caso, si presentano come decettive, in quanto “inducono o sono idonee ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso”.

Il terzo comma considera scorretta la pratica che omette di informare il consumatore della pericolosità di determinati prodotti, così da indurlo a non adottare quelle regole di prudenza e vigilanza. Infine il quarto comma tutela con maggiore attenzione bambini e adolescenti affermando che tale pratica è vietata quando sia idonea a minacciare la sicurezza dei bambini e adolescenti in via indiretta ovvero nelle ipotesi in cui la pratica commerciale sia idonea a danneggiare la sicurezza dei minori e anche quando induca i minori a tenere comportamenti pericolosi per la propria salute.

L'articolo 22 riporta il comportamento *omissivo* che il professionista può tenere in relazione ad informazioni rilevanti, allo scopo di indurre il consumatore a prendere delle decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe adottato, se fosse stato correttamente informato.

In particolare, il professionista incorre in un'omissione ingannevole se omette informazioni rilevanti per il consumatore medio, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso (comma 1) ovvero occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti o non indica l'intento commerciale (comma 2).

A norma dell'art. 22, comma 3 nel caso in cui il mezzo di comunicazione impiegato imponga “*restrizioni in termini di spazio o di tempo*”, se ne terrà conto, così come sarà

considerata ogni misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi.

Nel caso dell'invito all'acquisto sono rilevanti le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso; l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale, e ove, questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce, quindi il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore. Sono rilevanti anche le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami, qualora essi siano difformi da obblighi imposti dalla diligenza professionale; l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

L'art. 22, inoltre, semplifica il giudizio di rilevanza del comportamento omissivo che sia desumibile all'interno dell'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori. In questo contesto l'omissione di informazioni indicate nell'articolo o l'attuazione di uno dei comportamenti inerti indicati dalla norma, dovranno considerarsi idonei ad alterare la scelta economica del consumatore.

L'art. 23 comprende una serie di pratiche commerciali c.d. *in ogni caso ingannevoli*.

Tale articolo comprende le pratiche considerate sempre vietate, a prescindere dalle situazioni in cui si sono svolte tanto che esso non può essere modificato dai parlamenti nazionali ma soltanto dagli organi competenti dell'Unione Europea.

Le pratiche ingannevoli descritte nell'elenco possono essere suddivise in due gruppi: pratiche inerenti l'inganno dell'apparenza e pratiche che si fondano sull'ingannevolezza della propaganda.

Quanto alle prime, si tratta di pratiche con le quali il professionista collega la sua attività a codici di condotta, marchi, organismi pubblici o privati al fine di ottenere, attraverso l'inganno, la fiducia del consumatore; quanto alle seconde, esse si fondano sull'ingannevolezza della propaganda, ossia sono riconducibili a condotte che hanno lo scopo di indurre il consumatore ad effettuare un acquisto, facendo leva su dichiarazioni ingannevoli inerenti al prezzo, alle condizioni di mercato, alla pubblicità.

La disciplina in esame ha introdotto anche gli elementi per valutare l'aggressività della pratica. Nella stessa definizione della pratiche aggressive gli artt. 8 (Direttiva n. 2005/29/CE) e art. 24 (cod. cons.) fanno espressamente riferimento alla "fattispecie concreta" in cui si esplica la pratica e autorizzano a tener conto "di tutte le caratteristiche e circostanze del caso" ai fini della sua qualificazione.

"È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

In tali pratiche, l'effetto non è di falsare la corretta rappresentazione da parte del consumatore delle caratteristiche del prodotto o servizio, ma quello di impedire o limitare la libertà di scelta o di comportamento.¹²⁴

Sia l'inganno che l'aggressività, influenzano la decisione del consumatore ma mentre l'inganno induce ad assumere decisioni "sfuocando" le caratteristiche del prodotto o servizio anche senza un contatto diretto tra offerente ed acquirente, l'aggressività induce ad assumere decisioni con metodi e strumenti mirati, agendo sul comportamento a livello emotivo senza falsare la capacità della vittima di valutare le caratteristiche del bene.

In sostanza le pratiche aggressive sono distinguibili in tre tipologie: pratiche moleste, coercitive e indebitamente condizionanti.

Tali fattispecie sono accomunate da due elementi costitutivi: il primo di carattere *strutturale*, rappresentato dagli atti che consistono in "molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica o sfruttamento della posizione di potere nei confronti del consumatore" per esercitare pressioni fisiche o psicologiche, e che nella loro portata "limitano o sono idonei a limitare considerevolmente la libertà di scelta consapevole o di comportamento del consumatore medio in relazione al bene o servizio, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso".

Il secondo di carattere *funzionale* è rappresentato dalla capacità di indurre il "consumatore medio" ad assumere una decisione di natura commerciale o relativa a posizioni contrattuali che non avrebbe altrimenti preso.

¹²⁴ V. ora il considerando n.16 della direttiva n.2005/29/CE:" Le disposizioni sulle pratiche commerciali aggressive dovrebbero riguardare le pratiche che limitano considerevolmente la libertà di scelta del consumatore. Si tratta di pratiche che comportano il ricorso a molestie, coercizione, compreso l'uso della forza fisica e indebito condizionamento".

La disciplina indica inoltre gli elementi da considerare per determinare l'aggressività della pratica.

Il nuovo articolo 25, offre un insieme di situazioni, circostanze e fattori rilevanti ai fini del test della limitazione della libertà di scelta o di comportamento del consumatore.

Ai sensi dell'articolo, che recepisce l'art. 9 della direttiva 2005/29/CE, nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento, devono ricorrere i seguenti elementi:

- i tempi, il luogo, la natura o la persistenza del comportamento del professionista;
- il ricorso alla minaccia fisica o verbale da parte di quest'ultimo;
- lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;
- qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di recedere dal contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;
- qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata;

Le pratiche *molestie* si configurano come comportamenti che per modalità, tempo, luogo e durata sono potenzialmente o attualmente idonei a limitare la libertà di scelta o di "comportamento" del consumatore medio in relazione al prodotto ed hanno la capacità di indurre quest'ultimo ad assumere decisioni non volute.

La portata limitativa di tale pratiche deve essere *considerevole* in relazione al consumatore medio. Con detto aggettivo si vuole evitare di qualificare come aggressive, tutte quelle condotte particolarmente insistenti tenute dal professionista per ottenere il consenso all'acquisto da parte del consumatore.

Le pratiche molestie, invasive della sfera privata della vittima, possono consistere in atti fastidiosi ma spetta ai giudici accertare quando la molestia sia di natura tale da indurre il soggetto nolente a sottoscrivere un contratto e in tale valutazione sarà determinante la considerazione dei tempi, luoghi e persistenza turbativa alla luce dell'art. 25, comma 1, lett. a).

Nella seconda tipologie rientrano le pratiche *coercitive* che consistono in minacce verbali o costrizioni fisiche rivolte ad estorcere una decisione al consumatore.

Quanto alle prime, esse possono consistere in offese da parte del professionista nei confronti del consumatore, derivanti per non avere acquistato determinati prodotti allo scopo di ridurre o scongiurare determinati rischi definiti gravi, oppure possono consistere in umiliazioni di fronte ad altri consumatori in contesti pubblici o di vendita o presentazione di prodotti.

Nell'ultima tipologia di pratiche commerciali illecite rientra l'*indebito condizionamento*, consiste nello sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o minaccia in modo da limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole. Queste pratiche sono integrate dallo sfruttamento di una posizione di potere sia di tipo giuridico sia di mero fatto rispetto al consumatore, per esercitare una pressione indebita nei suoi confronti¹²⁵.

Una delle concretizzazioni di queste pratiche è lo sfruttamento da parte del professionista di qualche evento tragico o circostanza specifica di rilevante gravità, che comporta l'alterazione della capacità di valutazione da parte del consumatore, al fine della decisione relativa al prodotto.¹²⁶

Quanto all'art. 26 esso corrisponde alla seconda parte dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE e dedicato alle pratiche considerate *in ogni caso aggressive*. Questo tipo di pratiche commerciali hanno lo scopo di indurre il consumatore a tenere un comportamento diverso da quello che avrebbe tenuto, se si fosse trovato in altre condizioni.

All'interno della *black-list*, si classificano nello specifico tre tipologie: pratiche minatorie (lettere *a* e *g*), petulanti (lett. *b*, *c*, *e* ed *f*), e defatiganti (lettera *g*)¹²⁷.

Le pratiche minatorie raccolgono le condotte commerciali che tendono ad intimidire il consumatore, allo scopo di indurlo a tenere un comportamento che diversamente non avrebbe tenuto.

Nella fattispecie la lett. *a*) "Creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto", avviene quando il consumatore ha l'impressione di non poter uscire dai locali commerciali, senza aver stipulato un contratto, in ragione della condotta del professionista o dei suoi addetti oppure di quanto risulta direttamente o indirettamente dall'ambiente stesso. E' importante che la condotta del professionista e dei suoi dipendenti o "intermediari", condizioni il consumatore.

¹²⁵ V. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., 377.

¹²⁶ Art. 9, lett. *c*), Direttiva n. 2005/29/CE; art. 25, lett. *c*), cod. cons.

¹²⁷ Cfr. V. D'ANTONIO, G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali* in "La tutela del consumatore", op. cit. 196.

Nella medesima classificazione si inserisce la lett. g): “Informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o servizio sarà in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista”. Trattasi di pratica consistente come indebito condizionamento nella quale il consumatore viene sottoposto ad una pressione di tipo morale mettendo alla prova la sua disponibilità ad aiutare e sostenere chi versa in difficoltà. In riferimento al professionista, il termine non è precluso all’identificazione del solo professionista ma si tratta di un’accezione che comprende altresì ogni dipendente o incaricato che compie l’atto illecito.

Alla seconda fattispecie appartengono ben quattro tipologie di pratiche, attraverso le quali il professionista con atteggiamenti insistenti e comportamenti invadenti, mira a condizionare le scelte negoziali del consumatore.

La prima pratica proposta nella lettera b) (“Effettuare visite presso l’abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell’esecuzione di un’obbligazione contrattuale”), rappresenta la concretizzazione di un’attività commerciale coercitiva.

In tale contesto non è necessario che il luogo della pratica sia il domicilio o la residenza del consumatore né che la visita indesiderata sia stata concordata anticipatamente o costituisca una situazione accidentale. L’unico elemento sufficiente, affinché si commetta un illecito, si ha quando il consumatore invita il professionista a lasciare il proprio appartamento e questi non lo assecondi.

La seconda lettera (lett. c) trova giustificazione perché l’aggressività è insita nelle attività commerciali e promozionale. “Effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, fax, posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell’esecuzione di una obbligazione contrattuale, fatti salvi gli artt.58 e 130, d.lgs. n. 196/2003”. In generale sono proibite le comunicazioni non autorizzate dal consumatore e questo significa che si è in presenza di una pratica molesta ogni qual volta vengano effettuate sollecitazioni commerciali con mezzi ivi indicati, oltre alla lesione del predetto art.130. Non rientrano in questa fattispecie le eventuali richieste di pagamento o più in generale di adempimento avanzate ripetutamente, anche con ostinatezza, con mezzi ivi previsti dal professionista creditore al consumatore debitore.

La disposizione prevista nella lett. e) prevede che: “Salvo quanto previsto dal d.lgs. n. 177/2005 e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario

un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati” Essa persegue lo scopo di tutelare direttamente i bambini e indirettamente i genitori e gli adulti in generale, il cui comportamento economico può essere fortemente influenzato da bambini indotti a sollecitare l'acquisto a mezzo di pratiche scorrette.

L'esortazione all'acquisto diretto ai bambini, può essere ricondotta all'invito all'acquisto di cui all'art. 18, lett. i), cod. cons. Tale è una *comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto*. E' dunque sufficiente una semplice informazione relativa alla possibilità di acquisto.

La lett. f) (“Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'art.54, comma 2°, secondo periodo”) è riconducibile alla tipologia di pratiche moleste e integra la fattispecie della fornitura non richiesta (art.57 cod. cons)¹²⁸.

Nella fattispecie si intende scoraggiare la tecnica degli operatori commerciali mirata ad influenzare il consumatore, dopo l'invio dei prodotti, che quest'ultimo non ha ordinato facendo insorgere un rapporto obbligatorio “coatto”.

Infine nelle pratiche defatiganti, rientrano le condotte poste in essere dal soggetto professionale allo scopo di “stancare il consumatore, fiaccarne la resistenza, demotivarlo per ottenere una legittima richiesta o un'aspettativa da altri indotta”.¹²⁹

La lett. d) rientrante in questo ambito afferma che: “Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti per stabilire la validità della richiesta, omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritto contrattuali”.

In questa fattispecie non è richiesta che vi sia una specifica intenzione del professionista di frapporre ostacoli che hanno l'effetto di dissuadere il cliente dal far valere le proprie pretese.

Si può discorrere di omissione sistematica della risposta alla corrispondenza quando il professionista non reagisce ad almeno due lettere o documenti analoghi inviati dal consumatore, là dove secondo le circostanze del caso un riscontro entro un certo tempo era possibile e rientrate nella prassi.

¹²⁸ DE CRISTOFARO, *infra*, cap. XI.

¹²⁹ Cfr. DONA, *Le pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *op.cit.*, 215.

L'ultima pratica (lett. *h*) potrebbe essere compresa nelle pratiche ingannevoli in quanto consiste nel “dare falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà compiendo una determinata azione, un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore”.

In tale pratica il comportamento del soggetto professionale è svolto unicamente ad imporre una determinata azione al consumatore ma le tecniche illustrate possono dirsi allo stesso tempo ingannevoli ed aggressive, facendola di fatto apparire come vera e propria norma di chiusura dell'intera elencazione.

Questa norma differisce comunque da quelle riportate dall'art. 23, lett. *u*), cod. cons.¹³⁰, in quanto nella presente viene promessa al consumatore una vincita, mentre in quella ingannevole soltanto la possibilità di vincere un premio.

Il nuovo art. 27 cod. cons., nel testo modificato dal D.lgs. n. 146/2007, che di fatto dà attuazione agli artt. 11, 12, 13 della direttiva 2005/29/CE, relativi al sistema di applicazione e sanzioni, disciplina i profili rimediali e sanzionatori, nonché l'applicazione delle norme del Titolo II in tema di pratiche commerciali scorrette: individua gli organi competenti, definisce i loro poteri, definisce i provvedimenti e le sanzioni irrogabili, delimita i rapporti tra autorità amministrative e autorità giurisdizionale ordinaria.

Esso ribadisce il sistema di applicazione binario già delineato dal precedente art. 26 cod. cons., in tema di pubblicità ingannevole e comparativa.

Da un lato infatti, l'AGCM è l'organo competente ad applicare le norme in tema di pratiche commerciali scorrette e ad irrogare sanzioni di natura amministrativa individuate dall'art. 27 cod. cons., mentre dall'altro lato viene tenuta in considerazione la giurisdizione del giudice ordinario in tema di concorrenza sleale.

Quindi, mentre l'AGCM è preposta alla cura dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato mediante l'adozione dei provvedimenti sanzionatori amministrativi, ai giudici ordinari rimane affidata la tutela civilistica dei singoli soggetti danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette.

L'AGCM, organo istituito con la l. 10 ottobre 1990, n. 287 ed opera in piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione. I poteri istruttori e sanzionatori attribuitigli in tema di pratiche commerciali scorrette, sono definiti dallo stesso articolo 27 cod. cons., che

¹³⁰ Questa definizione della pratica ingannevole: “*u*): affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole”.

rinvia altresì al Regolamento n. 2006/2004 sulla cooperazione tra autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

La procedura istruttoria è disciplinata anche con Regolamento interno all'AGCM, il quale deve garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione.

Il procedimento dell'AGCM volto all'accertamento delle pratiche commerciali scorrette, è avviato "d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse" come stabilito dal comma 2, art. 27, cod. cons. Si tratta di una novità importante rispetto a quanto previsto dal previgente art. 26, cod. cons.

In particolare è importante la previsione del potere di agire d'ufficio.

Competente a tal fine è il responsabile del procedimento, il quale valuta gli elementi in suo possesso e quelli eventualmente portati a sua conoscenza con l'istanza dei soggetti interessati e avvia l'istruttoria volta a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette.

Per quanto riguarda l'iniziativa, la formulazione dell'art. 27 che rinvia ad ogni soggetto o organizzazione interessati è diversa da quella prevista in precedenza dall'art. 26, cod. cons. previgente; infatti il nuovo art. 27, comma 2 prevede che devono considerarsi legittimati ad attivare il procedimento tutti coloro che ne abbiano interesse: i consumatori e le imprese concorrenti e ogni altra organizzazione interessata.

La fondatezza dell'istanza viene valutata dal Collegio dell'AGCM sulla base degli elementi prodotti e di quanto acquisito dal responsabile del procedimento e nel caso in cui non sussistano i presupposti per un approfondimento istruttorio, l'AGCM archivia la richiesta con relativa comunicazione al richiedente. In caso contrario dà avvio all'istruttoria vera e propria, con relativa comunicazione al professionista e ai soggetti che ne abbiano presentato l'istanza di intervento.

Dopo l'avvio dell'istruttoria il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni, salve disposizioni particolari e la possibilità di proroga.

Oltre ai soggetti a cui è stato comunicato l'avvio del procedimento possono partecipare e intervenire "tutti i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria".

L'Autorità può avvalersi anche della Guardia di Finanza e dei poteri investigativi ed esecutivi previsti dal Regolamento n. 2006/2004 per richiedere informazioni e documenti rilevanti.

Assai importante è anche quanto dispone il comma 5 del presente articolo, che consente se giustificato dalle circostanze del caso, di invertire l'onere della prova, ponendo a carico del professionista la dimostrazione dell'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale.

Nella fase pre-istruttoria l'AGCM può archiviare istanze infondate può invitare il professionista a rimuovere le pratiche scorrette.

Si deve aggiungere che entro e non oltre trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, il professionista può presentare, *impegni* tali da far venir meno i profili di illegittimità della pratiche commerciale.

Se l'AGCM li ritiene idonei, dispone con provvedimento la loro accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista, e chiude il procedimento senza accertare l'infrazione. Altrimenti richiede un'integrazione al professionista o ne delibera il rigetto.

L'istituto degli impegni costituisce una delle novità più importanti introdotte dal d.lgs. n. 146/2007: esso è svolto ad incentivare l'eliminazione delle pratiche scorrette tramite la collaborazione con il professionista.

Con l'accettazione degli impegni si risparmiano costi e tempi legati all'istruttoria dell'AGCM e il professionista evita l'accertamento dell'infrazione e l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

Per il resto il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 non apporta grandi novità.

Al termine dell'istruttoria l'AGCM adotta il provvedimento definitivo. Se ritiene la pratica scorretta, ne vieta la diffusione o la continuazione con il provvedimento motivato di natura inibitoria e ne dispone la pubblicazione della delibera, a cura e spese del professionista in modo da impedire che le pratiche continuino a produrre effetti.

Infine dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da cinque a cinquecento mila euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

Nel caso di inottemperanza ai propri provvedimenti l'AGCM applica un'ulteriore sanzione pecuniaria amministrativa e nel caso di reiterata inottemperanza può sospendere l'attività di impresa per un periodo massimo di trenta giorni.

Dall'articolo inoltre è previsto che per i provvedimenti dell'AGCM possa essere fatto ricorso al giudice amministrativo, che ha giurisdizione esclusiva (comma 13, art. 27).

Il giudice territorialmente competente in primo grado è il TAR del Lazio. Non sono presenti ulteriori elementi di novità: il processo davanti al giudice amministrativo, in assenza di ulteriori specifiche disposizioni, segue i principi generali in materia.

Sia nella Direttiva 2005/29/CE sia nelle norme del Codice del Consumo il riferimento ai Codici di Condotta è continuo a partire dall'art. 18 cod. cons., che ne dà la definizione per finire agli artt. *27-bis*, *27-ter* e *27-quater*.

Il codice si compone di un elemento positivo e un elemento negativo.

L'elemento positivo risiede nel fatto che i codici sono accordi o normative che non sono imposti dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro mentre l'elemento negativo è dato dal fatto che i codici definiscono il comportamento che i professionisti si impegnano a rispettare in relazione a uno o più pratiche commerciali o a uno o più settori imprenditoriali specifici.

La formazione dei codice è rimessa alle associazioni e alle organizzazione imprenditoriali e professionali, mentre al responsabile della formulazione e revisione (responsabile del codice) spetta la conservazione e l'aggiornamento dello stesso.

Per quanto riguarda il contenuto si può osservare che i codici devono garantire in ogni caso la protezione dei minori e la salvaguardia della dignità umana; essi pur adattandosi alla specificità del settore professionale in questione, devono dettare regole conformi ai principi delle norme del Codice del Consumo in tema di pratiche commerciali scorrette.

Possono pertanto prevedere regole più severe rispetto a quelle legislative, ma non possono diminuire lo standard di tutela garantito al consumatore. La violazione delle regole contenute nei Codici di condotta può essere oggetto di giudizio davanti al responsabile del codice o davanti all'organismo di controllo previsto, il quale trae la propria natura convenzionale, privata e non pubblica, dalla natura negoziale del codice.

L'art. *27-ter*, cod. cons. prevede espressamente che le parti interessate possono convenire con il professionista di rimettere a detto organo, la definizione della controversia volta a vietare o far cessare la continuazione di una pratica commerciale scorretta.

La medesima disciplina è molto più dettagliata rispetto all'art. 27, cod. cons., che regolava il ricorso agli strumenti di autodisciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa. Con riferimento al rapporto tra procedimento davanti all'organismo di autodisciplina e procedimento davanti all'AGCM, la norma in esame ripete che le parti, dopo aver iniziato la procedura davanti all'organismo di autodisciplina possono astenersi dall'adire all'AGCM fino alla pronuncia definitiva. Per quanto riguarda il rapporto tra le pronunce dei vari organismi, l'art. *27-ter*, chiarisce che l'esito della pronuncia davanti all'organismo di autodisciplina non pregiudica il diritto ad adire l'AGCM o il giudice competente.

Resta il fatto comunque che le regole previste nei Codici di Condotta non sono destinate solo ad essere applicate nell'ambito dell'apposito procedimento davanti all'organismo di

autodisciplina; esse infatti si intersecano con la stessa disciplina legislativa delle pratiche commerciali scorrette.¹³¹

¹³¹ DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, 267.

CAPITOLO IV

IL CASO DASH – DIXAN

4.1 IL CASO DASH - DIXAN

Nell'elaborato fin ora presentato, si sono analizzati gli strumenti legislativi adottati per la repressione della pubblicità ingannevole e comparativa.

In particolare nel capitolo precedente, ci si è soffermati ad analizzare le principali attività dell'organo competente alla repressione della pubblicità decettiva: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di cui, di seguito, si presenteranno due provvedimenti del 18 settembre 2013 e del 9 aprile 2014, riguardanti due multinazionali tra loro concorrenti: Henkel Italia S.p.A. e Procter&Gamble s.r.l.

P&G è una multinazionale fondata negli USA nel 1837, operante nel settore della produzione e commercializzazione di prodotti per la pulizia della casa e l'igiene personale. Il prodotto che ha riguardato la pubblicità, e quindi il provvedimento, è Dash, detersivo per biancheria tra i più noti sul mercato.

Henkel Italia S.p.A. è una multinazionale tedesca attiva nel settore sin dal 1876 e si configura in questo ambito, come società concorrente. Anch'essa infatti produce e commercializza, a livello mondiale, prodotti per la pulizia della casa, pulizia e igiene della persona.

4.2 PROVVEDIMENTO n. 24522, 18 settembre 2013

Il provvedimento che si analizza coinvolge le due società multinazionali, sopra citate.

P&G, in questo caso, assume la qualità di *professionista*, essendo tale, ai sensi dell'articolo 18, comma 2, "qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista".

La società Henkel Italia S.p.A., invece, si profila come principale concorrente del professionista e partecipa al procedimento, in qualità di *segnalante*.

Il provvedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista e consistente nella diffusione di uno spot televisivo trasmesso nelle reti nazionali italiane, tra il febbraio e aprile 2013 (l'ultimo spot è andato in onda il 15 aprile 2013 su Rai 1).

Il claim utilizzato dal professionista è: "*un misurino di Dash smacchia come un misurino e mezzo del principale concorrente*".

Henkel, in qualità di segnalante, con atto del 28 marzo 2013 metteva in luce il fatto di essere stato citato nello spot del concorrente, attraverso il quale, il *professionista* effettua una comparazione ingannevole e fuorviante inducendo i consumatori a ritenere che il prodotto reclamizzato sia più efficace rispetto a quello comparato. Il segnalante lamenta, inoltre, che la comparazione tra i due detersivi è formulata in maniera ambigua e risulta tale da essere fuorviante e decettiva per il consumatore: se la comparazione fosse stata effettuata in maniera corretta, i risultati sarebbero stati diversi. Da qui l'ingannevolezza della pubblicità comparativa.

Il 30 aprile 2013 veniva presentato l'avvio del procedimento istruttorio n. PS8911, nei confronti del *professionista* per la possibile violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lett. b), comma 2, lett. a), e art. 22 cod. cons. Il 22 maggio 2013, l'Autorità disponeva ai sensi dell'art. 27, comma 3 del cod. cons., la *non* adozione della sospensione provvisoria della pratica commerciale in esame, richiesta dalla società segnalante con la denuncia della scorrettezza della pratica.

Henkel, nel frattempo, forniva tutti i documenti e le memorie fino al 27 giugno 2013 quando veniva comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 1 del Regolamento.

Henkel, dagli atti depositati ribadisce la non-correttezza del claim e della comparazione effettuata da P&G, in quanto il consumatore percepisce che, per avere lo stesso risultato in termini di lavaggio, è necessario che utilizzi più quantità di prodotto.

La società, inoltre, sottolinea che dai risultati dei test emerge una sostanziale parità di efficacia dei due prodotti anche se su alcune tipologie di macchie Dixan da un risultato migliore rispetto a Dash mentre su altri tipi di macchie l'utilizzo di Dash garantisce risultati migliori rispetto a Dixan.

Dagli atti si evidenzia che il professionista si è avvalso di test di laboratorio¹³² effettuati a temperature e su tipi di macchie differenti, e che la quantità di prodotto utilizzata è di 73 ml di Dash e 99 ml di Dixan.

Da qui, i risultati evidenziano che su dodici tipi di macchie ad una temperatura di 20°, i due prodotti ottengono gli stessi risultati di lavaggio, sebbene su nove tipi di macchie Dash dia un risultato migliore di Dixan, mentre su tre tipi di macchie Dixan sarebbe migliore di Dash.

Ad una temperatura di 40° emerge una sostanziale parità su quindici macchie, un miglior risultato su sette macchie per Dash, e un miglior risultato su quattro macchie per Dixan.

La società P&G afferma che il *concept* della campagna pubblicitaria è quello di veicolare ai consumatori in primo luogo ad un “corretto utilizzo” del prodotto e, pertanto ad un conseguente risparmio del detersivo Dash ottenibile con l'utilizzo della dose giusta, sottolineando nello spot l'abitudine del consumatore medio ad iperdosare il prodotto.

Il secondo elemento chiave tra le argomentazioni presentate da P&G è il confronto prestazionale tra Dash e Dixan. Tale confronto svolge una doppia funzione: in primo luogo, la comparazione di un misurino di Dash con un misurino e mezzo di Dixan, serve a rassicurare i consumatori circa l'efficacia del prodotto senza la necessità di un suo utilizzo eccessivo; in secondo luogo vuole dimostrare che con un misurino di Dash si ottengono i medesimi risultati rispetto ad un misurino e mezzo di Dixan.

La pubblicità, inoltre, informa i destinatari dei messaggi che per ottenere lo stesso risultato in termini di capacità smacchiante (obiettivo primario del consumatore nell'utilizzo di questi prodotti) rispetto a quello garantito dal Dixan, è sufficiente utilizzare un misurino da 73 ml, rispetto al misurino e mezzo del concorrente (66 ml+33 ml=99 ml).

¹³² L'istituto a cui si è affidato è Institut Fresenius SGS, il quale ha effettuato i test attraverso l'applicazione delle regole del protocollo AISE (The International Association for Soaps, Detergents and Maintenance Products) ossia un protocollo riconosciuto da tutti i produttori di detersivi. Si tratta di un protocollo per test comparativi di efficacia di detergenza. Esso stabilisce i principi base e i requisiti minimi per i test da effettuare sui saponi e detersivi; tale protocollo deve essere rispettato da tutti i paesi membri che hanno aderito. Cfr. www.aise.ue, 26/01/2014.

In merito a tale procedimento il 19 luglio 2013, si richiedeva il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (ai sensi dell'art. 27, comma 6 del cod. cons.), poiché lo spot oggetto del provvedimento, veniva trasmesso in via televisiva.

In data 1 agosto 2013, l'Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale fosse scorretta (ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lett.b) e art. 22 cod. cons.), in quanto basata sulla promozione di un detersivo, il cui messaggio si caratterizza per l'utilizzo del claim "*un misurino di Dash smacchia come un misurino e mezzo del principale concorrente*", concentrando l'attenzione del consumatore sulla comparazione tra i prodotti.

L'Autorità afferma, che se da un lato tale pubblicità contiene informazioni precise sulla quantità di prodotto, dall'altro il confronto risulta fuorviante per il consumatore, dal momento che lo stesso non è in grado di valutare nella breve durata dello spot, le informazioni relative alla durezza dell'acqua e altre informazioni non percepibili dalla sola visione dello stesso.

Infine, la comunicazione posta in essere da P&G fornisce indicazioni fuorvianti e non idonee ad informare sulle reali caratteristiche del prodotto e a causa della sua natura ingannevole può pregiudicare il comportamento economico dei destinatari, inducendoli e/o condizionandoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

Le valutazioni conclusive effettuate dall'Autorità garante e inerenti gli aspetti oggettivi della pratica commerciale scorretta, evidenziano che durante la conversazione tra i protagonisti appare a tutto schermo la comparazione figurativa dei due detersivi, con notazioni che specificano. "*Un misurino (73 ml) di Dash smacchia come un misurino e mezzo (99 ml) del principale concorrente. Testata su cotone a 40° e con acqua di media durezza*". Lo spot si chiude con il pay off: "*Dash più bianco non si può*".

L'oggetto di valutazione del messaggio è essenzialmente la decodifica e la percezione del prodotto da parte del consumatore con riferimento alle caratteristiche prestazionali di esso. Infatti, dalle risultanze istruttorie è emerso che non vi è una *sostanziale superiorità* in termini di caratteristiche e di efficacia del prodotto pubblicizzato ma come dimostrano i test di laboratorio depositati dal *professionista*, sulla maggior parte delle macchie testate, l'efficacia di lavaggio dei due detersivi è praticamente la stessa.

Attraverso la voce fuori campo che sottolinea la superiorità di Dash rispetto al principale concorrente è evidente che il produttore vuole convincere il consumatore della superiorità delle prestazioni del prodotto, il quale consente di ottenere lo stesso risultato, con uno risparmio in termini di quantità di prodotto. Dalla costruzione dello spot, il consumatore è

indotto a pensare che per ottenere lo stesso risultato di lavaggio con Dixan, è necessario usare il 50% di prodotto in più rispetto a Dash. Tale percezione è veicolata attraverso l'utilizzo di dati numerici ambigui e fuorvianti.

L'Autorità, inoltre, sottolinea che è di fondamentale importanza che una pratica commerciale riporti tutte le informazioni, necessarie per la corretta valutazione delle caratteristiche del prodotto, e le stesse vengano fornite contestualmente e con evidenza grafica visibile, al fine di consentire al consumatore di effettuare una scelta consapevole, soprattutto quando esse sono necessarie ed indispensabili a declinare i reali significati dei claim utilizzati.

Secondo l'AGCM, P&G effettua una comparazione illecita perché ha ommesso di indicare l'esatta quantità di prodotto necessaria ad effettuare la comparazione, ritenendo insufficiente ai fini dell'informazione al consumatore, l'indicazione che compare in calce allo spot.

L'omissione delle informazioni necessarie per comprendere l'offerta, ai sensi dell'art. 22 cod.cons. determina un convincimento erroneo sulla convenienza dell'acquisto e può pregiudicare il comportamento economico del consumatore, il quale può essere indotto a preferire quel prodotto rispetto ad altri, sulla base di un presupposto inesatto.

La condotta del professionista, inoltre, non risulta conforme al livello di diligenza professionale esigibile ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons. considerato che P&G è uno dei principali operatori nella produzione e commercializzazione di detersivi, cosmetici e prodotti per la casa, non solo in Italia.

Tenuto conto di tutti gli elementi, ai sensi dell'art. 27, comma 9, cod. cons.¹³³ e dell'art. 23, comma 12-*quindiciesdecies* del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, come modificato dalla Legge 7 agosto 2012, n. 135¹³⁴, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità della Concorrenza e del Mercato dispone l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

¹³³ Secondo l'art. 27, comma 9, Codice del Consumo: "Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 5.000.000 euro tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000 euro".

¹³⁴ Secondo l'art. 23, comma 12 - *quindiciesdecies*, Legge n. 135/2012 - ("Spending Review") - "Introdotta durante l'iter parlamentare al Senato, aumenta a 5 milioni di euro l'importo massimo delle sanzioni in materia di pratiche commerciali scorrette di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del Codice del Consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206), per le quali la competenza è dell'Antitrust".

In ordine alla quantificazione della sanzione si deve tener conto, dei criteri individuati nell'art. 11 della Legge n.689/1981, in virtù del richiamo previsto dall'art. 27, comma 13, Codice del Consumo: in particolare dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto oltre dell'importanza del *professionista*, in quanto multinazionale operante a livello mondiale, anche del fatto che la pubblicità è caratterizzata da un elevato grado di offensività perché in grado di influenzare una vasta categoria di consumatori.

In calce al provvedimento, l'Autorità delibera pertanto che lo spot, posto in essere da Procter&Gamble s.r.l. costituisce una "pratica commerciale scorretta" e perciò ne vieta la diffusione o continuazione. Tutto ciò in base al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lett. *b*), comma 2, lett. *a*), e dell'art. 22, cod. cons.

Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili presenti negli atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere tra il febbraio 2013 e giugno 2013. Sulla base di tali elementi, l'Autorità ritiene che la società Procter&Gamble s.r.l. dovrà versare una sanzione di 100.000 euro.

In merito alla sanzione, la cifra destinata alla società segnalante, dovrà essere corrisposta entro trenta giorni dal provvedimento e in base alle condizioni da rispettare nel caso in cui il professionista, paghi in ritardo.

4.3 PROVVEDIMENTO n. 24873, 9 APRILE 2014

Il secondo caso analizzato nell'elaborato ha anch'esso ad oggetto le due multinazionali citate nel precedente provvedimento: Procter&Gamble S.r.l. e Henkel Italia S.p.A.

In questo caso Henkel Italia S.p.A. si configura come *professionista* ai sensi dell'art. 18, lett. *b*) cod. cons., mentre P&G si configura in qualità di *segnalante* e come principale concorrente del *professionista*.

La pratica commerciale messa in atto da Henkel, consiste nella diffusione di spot televisivi e di messaggi pubblicitari sulla confezione del prodotto dal claim: “*Nuovo Dixan*” – “*Dixan Nuova formula*”.

In particolare, il *segnalante* lamenta che il *professionista* a partire dall'aprile 2013 ha commercializzato sul mercato, confezioni di prodotto individuate dalla dicitura *Dixan Nuova Formula*, mentre in realtà la formula chimica del detersivo pubblicizzato sia sostanzialmente la stessa rispetto alla precedente.

Anche in questo caso, nello spot televisivo interviene una voca fuori campo che enfatizza come il detersivo Dixan sia nuovo e con efficacia pulente superiore rispetto al concorrente: “*Nuovo Dixan – rimuove le macchi meglio del principale concorrente già alle basse temperature*”.

In concomitanza sullo schermo compare l'indicazione “*Formula extra brillantezza*” e in calce compare (in caratteri ridotti) l'indicazione che il test è stato effettuato soltanto su una tipologia di macchia (uova).

In relazione alla pratica commerciale appena descritta, il 18 novembre 2013 veniva comunicato alle Parti l'avvio del procedimento istruttorio n. PS9115 nei confronti di Henkel Italia S.p.A., per possibile violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lett. *b*) e comma 2, lett. *a*) e art. 22 cod. cons.

In particolare, si ipotizza la natura ingannevole del messaggio perché lo spot prospetta caratteristiche di efficacia e risultati raggiungibili con il prodotto pubblicizzato, in maniera non veritiera ed ambigua attraverso l'indicazione “*Nuova Formula*”, inducendo i consumatori a credere che il detersivo proposto sia diverso e migliore del precedente, quando in realtà si tratta di un detersivo con la medesima composizione chimica.

Inoltre, il professionista realizza una forma di pubblicità comparativa illecita, attraverso l'utilizzo di parametri non corretti, in quanto si tratta di un confronto effettuato su un'unica tipologia di macchia.

Il segnalante, P&G, inviava la richiesta di intervento dell'autorità in data 8 agosto 2013, mentre Henkel trasmetteva la documentazione richiesta il 23 dicembre 2013.

In data 7 febbraio 2014 veniva comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria.

Quanto ai dati fatturati, dall'istruttoria emerge che, nel corso del 2013, Henkel ha innovato il prodotto *Dixan* in due modi diversi, apportando cambiamenti rilevanti alla composizione chimica.

Precisamente nel 2011, Henkel continua a produrre e a commercializzare *Dixan* (c.d. "prima generazione"), mentre dal 2013 essa introduce una nuova formula a livello europeo c.d. *Rocket 13*, in commercio dal marzo 2013.

Henkel, nel frattempo, continua a smaltire le scorte di *Dixan* di *prima generazione* e pubblica il nuovo prodotto con il claim *Nuova Formula*, tramite l'etichetta apposta sui prodotti, al fine di segnalare l'introduzione di una diversa composizione chimica: c.d. *Dixan* di "seconda generazione".

Dai primi di giugno 2013 produce e commercializza esclusivamente in Italia Nuovo *Dixan* (*Boosted*) c.d. di "terza generazione".

Dalle *evidenze acquisite* e dalle schede tecniche dei singoli prodotti, emergono differenze nella composizione chimica dei tre prodotti (non analizzati in questa sede), con riferimento anche ai periodi di commercializzazione di ciascuno.

Sempre in merito alla risultanze del procedimento e in particolare dalle evidenze acquisite emerge che da marzo 2013, con l'entrata nel mercato della seconda formula, è stata utilizzata la nuova etichetta "Nuova Formula", mantenuta invariata anche a seguito della modifica introdotta a giugno 2013.

I risultati dei test effettuati secondo il protocollo AISE (International Association for Soaps, Detergents and Maintenance Products), a diverse temperature di lavaggio, mettono in evidenza una sostanziale parità del potere detergente dei due detersivi concorrenti (*Dash* e *Dixan*).

A 20°, è dimostrato che i prodotti ottengono lo stesso risultato pulente su venti macchie; *Dash* è migliore di *Dixan* su 4 macchie e invece *Dixan* vince su *Dash* in tre tipologie di macchie. A 40°, il potere pulente di entrambi i prodotti lo stesso su sedici macchie, mentre *Dash* è superiore su cinque tipi di macchie e *Dixan* è migliore su sei macchie.

Tra le argomentazioni di Henkel, la società dichiara che l'adozione del claim "*Nuovo Dixan*" – "*Dixan - Nuova Formula*" sulle confezioni dei prodotti *Dixan Rocket 13*, a partire dall'aprile 2013, è in linea con i criteri di diligenza professionali previsti dal Codice

del Consumo, considerato che esistono tre formule chimiche diverse e, segnatamente sono state introdotte novità in termini di caratteristiche e risultati raggiungibili con Dixan di seconda generazione rispetto alla formula precedente.

A fronte delle novità introdotte a livello di composizione chimica e di performance, Henkel Italia S.p.A. lascia intendere ai consumatori che il detersivo di seconda generazione, per il breve periodo che è stato in commercio, ha costituito un prodotto nuovo e diverso da quello tradizionale.

La società afferma inoltre, che il detersivo di terza generazione è un'ulteriore novità rispetto a Dixan Rocket 2013, rilevando altresì che il nuovo prodotto non può creare confusione con il secondo perché i prodotti di seconda generazione non sono più in commercio dal giugno 2013.

Henkel, inoltre, nel difendere la sua posizione, specifica che la voce fuori campo nella pubblicità del 23 giugno 2013, la quale enfatizza la novità di Dixan e la maggiore efficacia pulente, si riferisce esclusivamente al Dixan di terza generazione.

Al fine di diffondere correttamente ai consumatori le informazioni circa le nuove proprietà di Dixan di terza generazione, a partire dalla fine del giugno 2013, Henkel ha utilizzato il claim “Nuovo Dixan – rimuove le macchie meglio del principale concorrente già alle basse temperature”, come è stato ampiamente documentato e testato attraverso la verifica dei test AISE.

Tali test hanno evidenziato, secondo il *professionista*, le proprietà detergenti più concentrate ed efficaci di Dixan di terza generazione, non solo rispetto alla formula precedente ma anche rispetto a Dash dimostrando che a 20° e a 40° il Nuovo Dixan dà risultati più efficaci, con minor impiego di detersivo rispetto a quelli ottenuti con il prodotto di P&G.

Quanto alle argomentazioni proposte da Procter&Gamble, afferma che Henkel ha intrapreso nei mesi tra marzo e giugno 2013 la commercializzazione di prodotti con diverse composizioni chimiche, ma entrambi contraddistinti dalla medesima confezione ed etichetta, facendo intendere che si trattasse di prodotti differenti.

Ciò ha determinato un grave e persistente inganno nei confronti del consumatore, il quale è stato indotto a pensare di acquistare Dixan di “terza generazione” quando in realtà si trattava del prodotto già in commercio.

Quanto alla pubblicità comparativa, la documentazione risulta non idonea a provare la superiorità del prodotto vantata nello spot. Nel test condotto da WFK (Cleaning Technology Institute e V.), su richiesta di Henkel, alla temperatura di 40° è documentata la

parità su sedici macchie a fronte di sei macchie sulle quali è dimostrata la superiorità di Dixan e cinque di Dash. Nel dettaglio si dimostra anche, come esiste un'inferiorità sotto il profilo prestazionale del Nuovo Dixan essendo esso superiore a Dash solo su tre macchie, a fronte della superiorità di Dash rispetto a Dixan su quattro macchie ed una parità tra i due prodotti raggiunta rispetto alle prestazioni di entrambi i prodotti su sette macchie.

Ancora più netti sono i risultati effettuati dall'istituto tedesco, nel test condotto a 20°, ove si raggiunge una parità di venti macchie ed una superiorità di Dash rispetto a Dixan su ben quattro macchie, a fronte delle sole tre macchie a favore di Dixan. La generalizzazione dei risultati ottenuti su una sola macchia quindi, risulta arbitraria perché fondata su una base comparativa limitata.

Non si può trascurare, inoltre, il fatto che Henkel abbia scelto una macchia che non è contemplata dal protocollo AISE.

Come nel provvedimento del 18 settembre 2013, anche in questo caso veniva richiesto il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in quanto lo spot è stato trasmesso in via televisiva il 27 febbraio 2014 (ai sensi dell'art. 27, comma 6, cod. cons.).

Essa ritiene che la pratica commerciale risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, 21, comma 1, lett. b) e art. 22 cod. cons., in quanto gli spot televisivi evidenziano la novità del detersivo Dixan non dichiarando la reale diversità delle versioni del prodotto succedutesi nel corso degli anni.

Pertanto, la comunicazione risulta contraria alla “diligenza professionale” e “idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori, inducendoli e/o condizionandoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”, sulla base di una erronea rappresentazione delle caratteristiche del prodotto e degli effetti derivanti dall'impiego stesso.

Come si ravvisa nella documentazione, l'oggetto del provvedimento è in sostanza lo spot diffuso da Henkel Italia S.p.A. attraverso l'utilizzo del termine “*Nuova Formula*”.

Dalla documentazione fornita dalla società al momento dell'apertura dell'istruttoria, il professionista ha messo a punto una nuova formula chimica del detersivo Dixan attraverso modifiche sulle componenti chimiche del prodotto a partire dal marzo 2013 fino al giungo dello stesso anno, mediante l'effettiva commercializzazione del prodotto rispetto a quello presente sul mercato fino al marzo 2013.

Il professionista, però, ha provveduto a modificare l'etichetta del prodotto all'epoca del commercio utilizzando senza specificazioni ulteriori, la dicitura “Nuova Formula” su tutte le confezioni, e su entrambi i prodotti.

Alla luce di questo esposto, in difformità del parere espresso dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'Antitrust ritiene che il messaggio pubblicitario non sia ingannevole, in quanto l'utilizzo della generica affermazione di cui si discute e presente nelle confezioni, non risulta idonea a indurre in inganno i consumatori ed ad orientarli verso una scelta commerciale non consapevole.

Per contro, in merito alla fattispecie di pubblicità comparativa contestata dall'operatore, tra il nuovo detersivo Dixan e il principale concorrente si rileva che la comparazione viene effettuata in termini generici senza specificare a cosa si riferisce, salvo indicare in caratteri molto piccoli che la superiorità del prodotto è stata testata soltanto su una tipologia di macchia.

Prospettare la generica possibilità di ottenere prestazioni di lavaggio migliori rispetto, non solo alla precedente formula, ma anche rispetto ai concorrenti accredita agli occhi del consumatore l'immagine di un detersivo nuovo con caratteristiche diverse e superiori rispetto a quelle reali.

Risulta dagli atti che nel test effettuato da WFK¹³⁵, su richiesta di Henkel, a 40° vi è una parità di efficacia dei due prodotti su sedici macchie, a fronte di una superiorità di Dixan su sei tipi di macchie e una superiorità di Dash su cinque macchie. Se si considera il panel AISE, risulta addirittura acclarata un'inferiorità del nuovo Dixan essendo quest'ultimo superiore a Dash solo su tre tipi di macchie, a fronte di una superiorità di Dash su Dixan su quattro tipi di macchie ed una parità tra i due su sette macchie. Ancora più netti i risultati WFK nel test condotto a 20°, ove si raggiunge una parità tra i due prodotti su venti tipi di macchie ed una superiorità di Dash su Dixan su ben quattro tipi di macchie a fronte delle sole tre macchie a favore di Dixan.

Il messaggio in esame, pertanto, ai sensi dell'art. 21, comma 2, lett. a) effettua una comparazione illecita tra prodotti contenente informazioni non vere in merito alle caratteristiche e i risultati conseguibili con il prodotto pubblicizzato.

La condotta del professionista risulta non conforme al livello di diligenza professionale ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons., considerato che Henkel è uno dei principali operatori nella produzione e commercializzazione di detersivi, cosmetici e prodotti per la casa, a livello mondiale e pertanto dovrebbe assicurare ai consumatori, non solo un'informazione completa, esaustiva e veritiera in merito alle reali caratteristiche del prodotto pubblicizzato, ma anche corretta nella sua presentazione complessiva.

¹³⁵ WFK - Cleaning Technology Institute è stato fondato nel 1949 e oggi l'istituto svolge attività di ricerca nel campo della pulizia, ritrattamento e igiene dei vari materiali

Ai sensi dell'art. 27, comma 9, cod. cons., con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

L'Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato delibera che la pratica commerciale, posta in essere da Henkel, costituisce una pratica commerciale scorretta (artt. 20-21, comma 2, lett. a)) e pertanto ne vieta la diffusione o continuazione.

Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto dell'importanza del professionista, trattandosi di uno dei principali operatori a livello mondiale, del fatto che lo spot è stato veicolato tramite emittenti televisive nazionali e infine della durata della violazione. Per questi motivi, l'importo della sanzione amministrativa applicata a Henkel Italia S.p.A. è di 50.000 euro.

Come nel caso precedente, la sanzione dovrà essere corrisposta entro trenta giorni, allo scadere dei quali verranno applicati ulteriori interessi (art. 27, comma 6, della Legge n. 689/81), precisando inoltre le modalità attraverso le quali poter effettuare il pagamento.

APPENDICE

ALLEGATO I

Pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali

Pratiche commerciali ingannevoli - art. 23.

1. Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali:

- a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;
- b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione;
- c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;
- d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta;
- e) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti;
- f) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:
 - 1) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure
 - 2) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure
 - 3) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto.
- g) dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole;

- h) impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione;
- i) affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita;
- l) presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista;
- m) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore;
- n) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto;
- o) promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore;
- p) avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti;
- q) affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare;
- r) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte;
- s) affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni;
- t) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato;
- u) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;

- v) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto;
- z) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto; aa) dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;
- bb) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto.

Pratiche commerciali aggressive - art. 26.

1. Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali:

- a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;
- c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;
- d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;
- e) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini

affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;

f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo;

g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;

h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore.

BIBLIOGRAFIA

- AUTERI P., *La pubblicità comparativa secondo la Direttiva n.97/55/CE. Un primo commento, Contatto e Impresa Europa*, 1998.
- AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V., OLIVIERI G., RICOLFI M., SPADA P., *Diritto Industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Seconda Edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2005.
- BALLIO L., ZANACCHI A., *Carosello story*, Eri, Torino, 1987.
- BALLOTTA F., BRIGIDA F., *Radio e pubblicità*, Torino, Gruppo Editoriale Forma, 1982.
- BENSOUSSAN C.A., *La publicité comparative*, Paris, Hermès, 1993.
- BERTI C., *Pubblicità scorretta e diritti dei terzi*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- CESERANI G.P., *Storia della Pubblicità in Italia*, Roma, Ed. Laterza, 1988.
- CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Manuale del Diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- CODELUPPI V., *Storia della Pubblicità Italiana*, Roma, Carrocci Editore, 2013.
- CUFFARO V., *Codice del consumo*, Milano, Giuffrè Editore, 2008.
- CRUGNOLA P., *Note minime in materia di pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. Ind.*, 1993.
- D’ANTONIO V., SCIANCALEPORE G., *La tutela del consumatore*”, Torino, Giappichelli Editore, 2007.
- DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, Giappichelli Editore, 2007.
- DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs.n.146/2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007.
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti del codice di consumo*, Torino, Edit Service, 2008.
- FABRIS G., *La pubblicità. Teorie e prassi*, Seconda edizione, Milano, Franco Angeli, 1992.

- FALABRINO G., *Storia della pubblicità in Italia dal 1945 ad oggi*, Roma, Carocci, 2007.
- FLORIDIA G., *La repressione della pubblicità comparativa*, in *Diritto Industriale* II, Torino, Giappichelli Editore, 1998.
- FUSI M., TESTA P., COTTAFASI P., *La pubblicità Ingannevole (Commento al D.lgs. 25 gennaio 1992, n.74)*, Milano, Giuffrè Editore, 1993.
- FUSI M., TESTA P., COTTAFASI P., *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, Marinotti Edizioni, 2000.
- FUSI M., *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1970.
- FUSI M., TESTA P., *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, Giuffrè Editore, 1983.
- FUSI M., TESTA P., *Diritto e Pubblicità*, Milano, Lupetti Editore, 1991.
- GENOVESE A., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette- Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, Cedam, 2008.
- GHIDINI G., *Informazione economica e controllo sociale: il caso del Warentest*, in *Pol. Dir.*, 1973.
- GHIDINI G. *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè Editore, 1991.
- GHIDINI G., *La concorrenza sleale*, Torino, UTET, 2001.
- GHIDINI G., GAMBINO A.M., DE RASIS C., ERRICO P., FARUFFINI DI SEZZADIO F., LAZZARETTI A., *La pubblicità ingannevole, Commento sistematico alla normativa vigente*, Milano, Il Sole 24Ore, 2003.
- GUGLIELMETTI G., *La pubblicità comparativa e la proposta di direttiva comunitaria*, in *Riv. Dir. Ind.* 1979.
- LIBERTINI, *Commentario del Codice Civile*, diretto da P. CEDON, Libro V, t.2°, Torino, UTET, 1991.
- MALAGOLI F., UNNIA F., *La pubblicità comparativa – aspetti giuridici del confronto tra imprese alla luce della nuova normativa pubblica e autodisciplinare*, Torino, Giappichelli Editore, 2002.
- MELI V., *La repressione della pubblicità ingannevole (Commento al d.lgs. 25 gennaio 1992, n.74)*, Torino, Giappichelli Editore, 1994.
- MINERVINI E., ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

- MUSIO A., *La pubblicità comparativa alla luce della Direttiva n.97/55/CE*, in *Dir. ind.*, 1996.
- PENNAZIO R., *La legge comunitaria 2005 in Contr. impr. Europa*, 2006.
- ROFFI M., FRANCO A., *La storia della radio e della televisione*, Milano, Gruppo Editoriale JCE, 2005.
- ROSSI G., *La pubblicità “dannosa”. Concorrenza sleale, “diritto a non essere ingannati”, diritti della personalità*, Milano, 2000.
- ROSSOTTO R., *La pubblicità comparativa un altro modo di comunicare*, Milano, 1998.
- SOMOGYI S., *L'alimentazione nell'Italia Unita*, in *Storia d'Italia*, Torino, Einaudi, 1973.
- STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., *Commentario del Codice del consumo – inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano, Ipsoa, 2006.
- TADDEI ELMI, Art.26, in *Codice del consumo, commentario a cura di G.VETTORI*, Padova, Cedam, 2007.
- TESTA, *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004.
- TREITEL V., *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003.
- UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza, Appendice di aggiornamento 2008*, Padova, Cedam, 2008.
- VALERI A., *Pubblicità italiana*, Milano, Il Sole 24 Ore Libri, 1986.
- VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale del diritto industriale*, Milano, Giuffrè Editore, 1996.
- VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di Diritto Industriale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- VANZETTI A., *Le nuove regole dei marchi*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- VETTORI G., *Codice del Consumo – Commentario*, Padova, Cedam, 2007.
- VETTORI G., *Codice del Consumo – Aggiornamento Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, Cedam, 2009.

SITOGRAFIA

- www.agcm.it, 04/02/2015;
- www.iap.it, 7/02/2015
- www.raipubblicità.it, 15/01/2015;
- www.raipubblicita.it, 17/11/2014;
- www.testgewebe.de, 03/02/2015;

