



**Dipartimento di Impresa e Management**  
**Cattedra di Diritto Commerciale**

**CONCORRENZA SLEALE E PUBBLICITA’  
COMPARATIVA DENIGRATORIA**

**RELATORE**

**Prof. Raffaele Lener**

**CANDIDATO**

**Nicolina Innamorato**

**Anno Accademico**

**2012/2013**

## **Indice:**

### **Introduzione**

## **1. Disciplina della concorrenza sleale**

### 1.1 Profili generali

### 1.2 Ambito di applicazione della disciplina della concorrenza sleale

### 1.3 Fattispecie illecite *ex art. 2598 c.c.*

#### 1.3.1 Atti confusori (art. 2598, n.1, c.c.)

#### 1.3.2 Denigrazione e appropriazione pregi altrui (art. 2598, n. 2, c.c.)

#### 1.3.3 Atti non conformi alla correttezza professionale (art. 2598, n. 3, c.c.)

### 1.4 Sanzioni

## **2. Pubblicità comparativa denigratoria**

### 2.1 Aspetti generali

#### 2.1.1 Vantaggi e Rischi della pubblicità comparativa

#### 2.1.2 Pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa

### 2.2 Disciplina comunitaria

#### 2.2.1 Il lungo e difficile percorso della direttiva sulla pubblicità comparativa

#### 2.2.2 Direttiva 2005/29/CE e 2006/114/CE

2.3 Disciplina nazionale: D.Lgs 2 Agosto 2007, n. 145

2.3.1 I caratteri del messaggio pubblicitario comparativo

2.3.2 L'illeicità comparativa

2.3.3 L'obiettività del confronto e l'essenzialità, pertinenza, verificabilità e rappresentatività delle caratteristiche comparate

2.3.4 Pubblicità comparativa: confronto non veritiero e disomogeneo

2.4 Pubblicità comparativa e l'autodisciplina pubblicitaria

2.4.1 Caso Barilla-Plasmon

### **3. I procedimenti per la pubblicità comparativa**

3.1 Pubblicità comparativa e Autorità Garante

3.2 Poteri e procedimenti dell'AGCOM

# Introduzione

La pratica pubblicitaria ha da sempre rivestito un ruolo importante nelle dinamiche imprenditoriali, ma la sua rilevanza risulta oggi ancor più accentuata a causa dei continui e rapidi mutamenti dello scenario concorrenziale.

Alcuni fattori socio-economici propri del XX secolo, quali la crescita della produzione industriale, l'aumento della concorrenzialità e, soprattutto, la necessità sempre maggiore di raccordarsi ai bisogni dei consumatori, hanno reso indispensabile l'elaborazione, da parte delle imprese, di strategie specifiche finalizzate alla commercializzazione e alla vendita dei loro prodotti. Nel seguente elaborato si affronterà l'istituto della concorrenza sleale e più nello specifico l'exkursus della disciplina della pubblicità comparativa denigratoria.

Questo lavoro si propone di sviluppare il tema della pubblicità comparativa, come fattispecie inserita tra le maglie della concorrenza sleale, in tre capitoli. Nel primo capitolo, viene effettuata una panoramica sulla disciplina della concorrenza sleale e della sua evoluzione (fino all'introduzione nel Codice Civile del 1942 di una apposita disciplina della concorrenza sleale, prevista dagli artt. 2598-2601 c.c.) e l'ambito di applicazione; successivamente vengono poi sviluppate nello specifico le fattispecie illecite *ex art. 2598 c.c.* nonché gli atti confusori (c.1), gli atti denigratori (c.2) e tutti quegli atti non conformi alla correttezza professionale; nell'ultima parte del primo capitolo, invece, si affronta la disciplina dei provvedimenti giurisdizionali in materia di concorrenza sleale. Nel secondo capitolo invece, si affronta nello specifico l'illecito concorrenziale, ovvero, la pubblicità comparativa, toccando in prima istanza gli aspetti generali, le forme che può configurare (superlativa, diretta, indiretta), i rischi nonché i vantaggi che essa apporta sia agli

imprenditori che ai consumatori ed un accenno anche in materia di pubblicità ingannevole. In un secondo momento, sempre nel capitolo secondo, si affronta l'aspetto disciplinare della materia partendo dall'ordinamento comunitario e dalla sua evoluzione che ha contraddistinto gli anni Novanta e i primi anni di questo nuovo millennio (fino ad arrivare alla Direttiva 2005/29/CE), il recepimento della disciplina comunitaria da parte della disciplina nazionale (mediante D.Lgs. 145/2007) argomentando, più specificatamente, le condizioni di liceità e le caratteristiche del messaggio pubblicitario e del confronto, fino ad arrivare al contributo dato, al processo evolutivo italiano, in favore della comparazione dall'ordinamento dell'autodisciplina pubblicitaria, l'organo (Giuri) e il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria. Nell'ultimo paragrafo del secondo capitolo, si analizza un caso concreto giurisprudenziale, in merito agli interventi del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria, in materia di pubblicità comparativa denigratoria e più nello specifico il caso Barilla G. e R. Fratelli S.p.A. contro Plasmon Dietetici Alimentari s.r.l. Infine, il terzo capitolo è dedicato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCOM), alla quale è affidato il compito di far applicare la normativa, con particolare riferimento alla descrizione dei provvedimenti finali e alle sanzioni amministrative inflitte dall'Autorità stessa. Lo scopo di questo studio è quello di analizzare lo strumento comparativo in ambito pubblicitario e capire come il sistema legislativo e disciplinare abbiano cercato di tutelare i consumatori e il mercato.

# Capitolo I

## Disciplina della Concorrenza sleale

### 1.1 Profili Generali

La disciplina della concorrenza sleale, contenuta nel Titolo X del libro quinto del Codice Civile del 1942, trova il suo fondamento nell'art. 41 della Costituzione italiana<sup>1</sup> che, nel tutelare l'iniziativa economica privata, permette a qualsiasi soggetto di offrire, in qualità di imprenditore, beni o servizi, identici o simili, in un mercato concorrenziale.

La libertà di iniziativa economica determina, di conseguenza, la coesistenza sul mercato di una pluralità di imprenditori in competizione tra loro.

La loro attività consiste, in particolare, nel mettere in atto diverse tecniche e strategie per conquistare il maggior numero di consumatori e sottrarre clientela ai loro concorrenti al fine di perseguire il maggior successo economico.

Posto che la sottrazione della clientela da parte dei concorrenti non costituisce di per sé *danno ingiusto e risarcibile*<sup>2</sup>, è interesse generale, nonché interesse dell'altrui attività imprenditoriale, che sia assicurata una competizione corretta e leale tra imprenditori, reprimendo atti di concorrenza sleale e assicurando così un corretto funzionamento del mercato.

---

<sup>1</sup> Costituzione Italiana, art. 41: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."

<sup>2</sup> Nello stesso senso, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale -Diritto dell'impresa-*, UTET, 2003, p. 240.

Al tal fine, è nata l'esigenza di emanare specifiche disposizioni per far sì che l'imprenditore ponga in essere un comportamento concorrenziale leale, lecito e quindi consentito dall'ordinamento.

Le regole sulla concorrenza sleale sono sorte, come creazione giurisprudenziale, nella seconda metà dell'ottocento.

Infatti, prima di arrivare alla disciplina attuale della concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.), il codice di commercio del 1882 era privo di disposizioni al riguardo, tant'è che la giurisprudenza applicava in materia la disciplina generale dell'*illecito civile*, sanzionando come atto illecito i comportamenti concorrenziali sleali generando così un insieme di regole da applicare nell'ambito della concorrenza.

La fattispecie della concorrenza sleale nasce da quella dell'illecito civile ex art. 2043 c.c.<sup>3</sup>.

Tale riconducibilità della concorrenza sleale a quest'ultima categoria è dimostrata dal fatto che l'illecito concorrenziale, per essere risarcito, deve integrare tutti gli elementi della fattispecie: dolo e/o colpa nella condotta, danno effettivo subito e nesso di causalità<sup>4</sup>.

Dunque, la disciplina della concorrenza sleale previene e reprime atti idonei a creare un danno ingiusto, medesima funzione che l'ordinamento attribuisce alla disciplina generale dell'illecito civile.

Tuttavia, occorre precisare che, al di là di questa affinità, questi istituti presentano nel contempo divergenze di disciplina non trascurabili rappresentate dagli adattamenti relativi alla specificità dell'illecito concorrenziale.

L'evoluzione dell'istituto ha portato, successivamente, all'introduzione nel Codice Civile del 1942 di una apposita disciplina della concorrenza sleale, prevista dagli artt. 2598-2601 c.c.

---

<sup>3</sup> Art. 2043 c.c.: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno."

<sup>4</sup> Cass., 25.09.2012, n.16294, in *Disciplina della concorrenza - Azione di risarcimento del danno - Prova*.

Quest'ultima viene intesa come forma di concorrenza tra imprenditori rappresentata dall'utilizzazione diretta o indiretta da parte di un imprenditore di mezzi o tecniche non conformi ai "principi della correttezza professionale" e idonei a danneggiare l'azienda di un concorrente.

## 1.2 Ambito di applicazione della disciplina della concorrenza sleale

La coesistenza sul mercato di imprenditori in competizione tra loro ha fatto sì che la disciplina della concorrenza sleale regolasse i loro rapporti.

Affinché possa essere messa in atto tale disciplina si presuppone l'esistenza di due condizioni:

a) la *qualifica di imprenditore* sia del soggetto attivo che pone in atto, in maniera diretta o indiretta, l'illecito concorrenziale, sia del soggetto passivo (che subisce la lesione ed è legittimato all'invocazione della tutela);

b) il *rapporto di concorrenza economica* tra gli stessi.<sup>5</sup>

Entrambi i presupposti di applicazione della disciplina *ex art.2598 c.c.* , sopra enunciati, meritano tuttavia alcune puntualizzazioni.

La dottrina italiana, in merito al presupposto della qualità di *imprenditore*, assume due differenti posizioni.

A giudizio di alcuni autori il soggetto attivo potrebbe essere *chiunque*, per cui qualunque soggetto, non necessariamente concorrente o imprenditore, potrebbe porre in essere atti di concorrenza sleale.

Ciò troverebbe conferma con quanto enunciato nell'incipit dell'art. 2598 c.c., che afferma "*compie atti di concorrenza sleale chiunque ...*".

---

<sup>5</sup> In tale ordine di idee, CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 244.

L'opinione maggioritaria, al contrario, ritiene che entrambi i soggetti, attivo e passivo, del rapporto di concorrenza (o se più, tutti) debbano essere "imprenditori" e, quindi, l'art. 2598 c.c. sarebbe applicabile soltanto a questi ultimi.

Tale teoria è supportata dal comma 3 dall'art. 2598 c.c. dove si parla di "altrui azienda": se è necessaria l'esistenza di una azienda lo sarà anche quella dell'imprenditore.

Inoltre, sempre nella clausola generale (c.3) si parla di obblighi di correttezza professionale i quali dovrebbero essere posti solo in capo agli imprenditori.

E' importante sottolineare, inoltre, che l'imprenditore risponde a titolo di concorrenza sleale non solo in relazione agli atti compiuti *direttamente* da lui, ma anche per quelli posti in essere da altri soggetti terzi (ausiliari autonomi e subordinati, concessionari di vendita, imprese controllate) nel suo interesse e a suo incarico.

Infatti, sempre al c. 3 dell'art. 2598, si prevede chiaramente che l'atto di concorrenza sleale può essere compiuto anche *indirettamente*.

Insieme all'imprenditore, nel cui interesse è stato posto in essere l'illecito concorrenziale, risponderà perciò solidalmente anche l'autore materiale dello stesso, il quale, pur non essendo imprenditore, risponderà a titolo di concorrenza sleale in base all'art. 2598 e non secondo la disciplina generale dell'illecito civile.

Di conseguenza, indipendentemente da dolo e colpa, gli saranno applicate le sanzioni tipiche della disciplina della concorrenza sleale.

Il secondo presupposto di applicabilità della disciplina *ex art.2598 c.c.*, relativo all'esistenza di un *rapporto di concorrenza* fra gli imprenditori, consta nel fatto che sia il soggetto attivo che il soggetto passivo, operanti nello stesso ambito di mercato, devono offrire beni o servizi volti a soddisfare, anche in maniera succedanea, lo stesso bisogno dei consumatori o bisogni simili o complementari poiché la comunanza della clientela individua nella sua oggettività l'esistenza del rapporto concorrenziale.

L'opinione tradizionale scinde il concetto di *rapporto concorrenziale* da un punto di vista oggettivo e soggettivo<sup>6</sup>: l'elemento soggettivo nel rapporto di concorrenza si riferisce alla pluralità di operatori economici operanti sul mercato; l'elemento oggettivo, invece, fa riferimento al mercato nel quale operano concretamente i concorrenti, ai beni e alle attività offerte in relazione ai bisogni del consumatore.

Nel momento in cui si valuta l'esistenza di un rapporto concorrenziale bisogna considerare anche la cosiddetta *concorrenza potenziale*.

Infatti, è opinione consolidata<sup>7</sup> che sia sufficiente anche un rapporto di concorrenza potenziale tra soggetti attivo e passivo dell'atto per l'applicazione dell'art. 2598 c.c..

Sembra importante precisare, pertanto, che esistono tre elementi che configurano un *mercato potenziale*:

- 1) Le imprese devono operare nel medesimo *ambito territoriale* inteso non in senso statico ma in relazione alla possibilità di sviluppo dell'attività dell'impresa dal punto di vista territoriale e merceologico (c.d. mercato di sbocco).
- 2) La concorrenza deve essere *attuale*, quindi deve sussistere nel momento in cui si lamenta la possibile attitudine dannosa di un determinato comportamento<sup>8</sup>.
- 3) I settori merceologici devono essere identici o, quantomeno, affini o succedanei poiché vi è una tendenza delle imprese ad allargare la gamma delle produzioni per ricomprendervi prodotti succedanei o analoghi.<sup>9</sup>

Un ulteriore aspetto importante da considerare riguarda l'esistenza di un rapporto concorrenziale *ex art.2598 c.c.* anche fra operatori che agiscono a *livelli economici diversi*, nonché che operino a diversi stadi della

---

<sup>6</sup> Per le due interpretazioni, CENDON P., *La concorrenza*, UTET, 2005, p. 518.

<sup>7</sup> AULETTA e MANGINI 1987, p. 200; ABRIANI, COTTINO e RICOLFI 2001, p. 297; GHIDINI 1991. P. 37; Cass., 14.2.2000, n. 1617; Cass., 15.12.1994, n. 10728.

<sup>8</sup> In tal senso, RICCIO G.M., *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Dir. Informatica* 2006, fasc.03, p. 309.

<sup>9</sup> In tale ordine di idee, CENDON P., *op. cit.*, UTET, 2005.

catena produttiva-distributiva (produttore-rivenditore; grossista-detteggiante); ciò a causa dell'incidenza della loro attività sulla stessa categoria di consumatori anche se diversa è la cerchia di clientela direttamente servita (c.d. concorrenza verticale) e, quindi, per l'idoneità dell'atto posto in essere da uno di essi a causare uno sviamento di clientela a danno dell'altro.

### 1.3 Fattispecie illecite *ex art. 2598 c.c.*

Nell'art. 2598 c.c., che rappresenta la principale fonte legislativa della concorrenza sleale, sono definiti i comportamenti che costituiscono atti di concorrenza sleale. La norma individua innanzitutto due ampie condotte illecite tipizzate: a) gli *atti di confusione* (n.1); b) gli *atti di denigrazione e l'appropriazione di pregi altrui* (n.2). Contiene poi, al n.3, una *clausola* di carattere *generale*, nonché una regola generale di chiusura, disponendo che costituisce atto di concorrenza sleale “*ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*” (n.3). E' evidente che quest'ultima formula non può essere costretta in rigide classificazioni contenutistiche, dal momento che tali usi possono mutare nel tempo e nello spazio ed essere influenzati da una serie di circostanze non individuabili aprioristicamente<sup>10</sup>.

In essa sono racchiusi elementi che qualificano in generale l'atto di concorrenza sleale e che, pertanto, anche le due fattispecie tipizzate si caratterizzano sia per la *scorrettezza professionale*, sia per l'idoneità a danneggiare i concorrenti.

#### 1.3.1 Atti confusori (art. 2598, n.1, c.c.)

---

<sup>10</sup> Cfr. RICCIO G.M., *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Dir. Informatica* 2006, fasc.03, p. 308.

L'art. 2598, n. 1, c.c. individua i cosiddetti *atti confusori*, ovvero quei comportamenti illeciti idonei a determinare confusione nel mercato con i prodotti o con l'attività di un concorrente.

E' lecito attrarre a sé l'altrui clientela, ma non è lecito farlo avvalendosi di mezzi che possono trarre in inganno il pubblico sulla provenienza dei prodotti e sull'identità personale dell'imprenditore.

Questi mezzi sono sleali poichè sfruttano il successo conquistato sul mercato dai concorrenti, generando equivoci ed eventuale sviamento dell'altrui clientela.

Il legislatore individua espressamente due tra le molteplici pratiche e tecniche che un imprenditore può mettere in atto per creare confondibilità dei propri prodotti e della propria attività con i prodotti e con l'attività altrui:

a) l'uso di *nomi e segni distintivi* "idonei a produrre confusione con i nomi e con i segni distintivi *legittimamente* usati da altri". In questa fattispecie, la confondibilità riguarda tutti i segni distintivi (marchio, ditta, ragione o denominazione sociale, insegna, sigla, emblema e qualsiasi altro segno atipico), che posso essere usati nell'attività imprenditoriale.

La confondibilità può riguardare segni distintivi tipici (ditta, insegna e marchio) ed in tal caso la tutela offerta dalla disciplina della concorrenza sleale integrerà quella offerta dalla disciplina dei segni distintivi, come espressamente previsto dall'art. 2598. La confondibilità può altresì riguardare segni non protette da altre disposizioni (ad esempio, uno slogan pubblicitario o il "nome di dominio" di un sito Internet) ed in tal caso il valore individuante degli stessi potrà essere difeso solo invocando l'applicazione della disciplina della concorrenza sleale<sup>11</sup>.

Occorre osservare che la fattispecie acquisitiva dei diritti sui segni distintivi (tipici o atipici) consiste nell'*uso* dei segni medesimi, ossia nel loro concreto impiego rivolto al mercato. Di conseguenza, non

---

<sup>11</sup> In tal senso, CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 247.; Cass., 20.10.1982, n. 5462, in *Giur. dir. Ind.*, 1982; Cass., 22.02.1986, n. 1080, in *Foro.it.*, con nota di Calvosa.

costituisce atto di concorrenza sleale la semplice registrazione di un marchio confondibile con l'altrui ove non sia accompagnata dall'uso dello stesso. Inoltre, non sussiste confusione fra i segni distintivi quando la parola usata da entrambi gli imprenditori corrisponda a quella utilizzata da tutti gli operatori del ramo per contraddistinguere tutti i prodotti di quel genere, da chiunque fabbricati e messi in commercio<sup>12</sup>.

L'altra ipotesi di concorrenza sleale per confusione presa in considerazione dal legislatore è costituita da:

b) l'*imitazione servile* dei prodotti di un concorrente, ossia la riproduzione pedissequa dei prodotti altrui, tale da indurre il pubblico a ritenere che i due prodotti (l'originale e l'imitato) provengono dalla stessa impresa.

Occorre osservare che per "*prodotto*" si intende l'oggetto della produzione o del commercio esercitati dall'imprenditore, quindi la nozione comprende non solo la parte sostanziale, interna e quindi il contenuto, ma anche quella formale, esterna e quindi tutto lo sforzo realizzato dall'imprenditore (ad esempio, involucro, confezione, rivestimento o anche il prodotto nel suo aspetto complessivo).

L'imitazione formale deve però far riferimento ad elementi formali *non necessari* e allo stesso tempo *caratterizzanti*, idonei cioè a differenziare quel dato prodotto dagli altri dello stesso genere agli occhi della specifica clientela alla quale sono diretti (ad esempio, la particolare forma o colore).

Non si può parlare perciò di imitazione servile e quindi, non si applica la disciplina concorrenziale, quando vengono imitate forme comuni o ormai standardizzate o rinvenibili in ogni prodotto di quel genere, ossia l'imitazione di forma generalizzata, diffusa, standardizzata. Ne consegue che le norme sulla concorrenza sleale non possono che tutelare le forme aventi efficacia individualizzante e diversificatrice del prodotto rispetto ad altri consimili, denotandone la provenienza.

---

<sup>12</sup> Così, Cass., 8.11.1986, n. 6557.

Dunque, in altre parole, si ha concorrenza sleale quando l'imitazione riguarda le forme esteriori che per la loro novità ed originalità costituiscono l'individualità di un prodotto, rendendone nota la provenienza alla specifica clientela cui è destinato<sup>13</sup>.

Il divieto di imitazione servile si estende, inoltre, a qualsiasi tipo di prodotto, senza alcuna distinzione di genere ed a prescindere dal carattere principale od accessorio del medesimo.

Infine, l'ultima parte dell'art. 2598, n. 1, c.c. delinea una clausola generale, di portata residuale, che vieta il compimento, con qualsiasi mezzo (al di fuori dell'abuso di segni distintivi e dell'imitazione servile) di atti idonei a creare confusione con i prodotti e l'attività di un concorrente creando, quindi, equivoco sul mercato. L'applicazione giurisprudenziale di tale clausola è stata estesa ad una varietà di fattispecie tra cui l'imitazione dei mezzi pubblicitari, dei listini, dei cataloghi, dell'aspetto esteriore dei locali di vendita, quando ciò può creare equivoci nel pubblico<sup>14</sup>.

### 1.3.2 Denigrazione e appropriazione dei pregi altrui (art. 2598, n. 2, c.c.)

L'art. 2598, n. 2, c.c., prevede che compie atto di concorrenza sleale chiunque “diffonde notizie ed apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente”.

Dunque, la seconda categoria di atti di concorrenza sleale contempla, come illecito concorrenziale, nella prima parte gli atti di denigrazione e nella seconda l'appropriazione di pregi altrui.

Entrambe le fattispecie sono accomunate dalla finalità di falsare gli elementi di valutazione comparativa del pubblico (consumatori e altri

---

<sup>13</sup> Nello stesso senso, CENDON P., *op. cit.*, p. 546; Cass., 21.11.1998, n. 11795.

<sup>14</sup> Cfr., CENDON P., *op. cit.*, p.557.

imprenditori) attraverso comunicazioni indirizzate a terzi soprattutto avvalendosi della pubblicità.

La differenza, nei due casi, è la modalità con cui la finalità è perseguita. Infatti, con la denigrazione si tende a mettere in cattiva luce i concorrenti danneggiando la loro reputazione commerciale, mentre con la vanteria, l'incidenza sull'altrui valutazione, si realizza attraverso l'artificioso incremento del proprio prestigio attribuendo ai propri prodotti o alla propria attività pregi e qualità che in realtà appartengono a uno o più concorrenti.

Per quanto attiene la "denigrazione", l'opinione prevalente in dottrina ritiene che gli elementi necessari affinché possa essere considerata illecita la condotta sono, da un lato, l'*esternazione* degli apprezzamenti e delle notizie e, da altro lato, che tale comunicazione sia stata effettuata nei confronti di un numero indeterminato o almeno notevole di persone e non è pertanto configurabile nell'ipotesi di esternazioni occasionalmente rivolte ai singoli interlocutori nell'ambito di separati e limitati colloqui.<sup>15</sup> Ad ogni modo, la denigrazione non costituisce illecito quando vi sono condizioni di necessità o impossibilità da parte della gente di evitare un comportamento sanzionato.

Tali circostanze possono essere riscontrarsi nei seguenti casi:

- nella necessità di reagire all'altrui attacco ingiusto;
- nella necessità di descrizione tecnica dei propri prodotti;
- nella necessità di dissipare equivoci sorti nel pubblico o di rispondere a domande di consumatori e clienti circa i propri prodotti o le proprie attività<sup>16</sup>.

Le tecniche tradizionalmente qualificate come atti di denigrazione sono le *diffide*, volte a denunciare, in modo fuorviante, pretesi atti di contraffazione, e la *pubblicità iperbolica* (o superlativa).

Con tale forma di pubblicità si tende ad accreditare l'idea che il proprio prodotto sia il solo a possedere specifiche qualità o determinati pregi

---

<sup>15</sup> Cassaz., sez. I, 30 Maggio 2007, n.12681.

<sup>16</sup> Cfr., CENDON P., *op. cit.*, p. 563.

(non oggettivi), che invece vengono implicitamente negati ai prodotti dei concorrenti.

Anche l'appropriazione di pregi altrui può essere realizzata con modalità e tecniche diverse come la *pubblicità parassitaria* (o per sottrazione) che consiste nella mendace attribuzione a se stessi di qualità, pregi e caratteristiche positive che in realtà appartengono ad altri imprenditori del settore, e la *pubblicità per riferimento* (o per agganciamento) attraverso la quale si tende a far credere che i propri prodotti siano simili a quelli di un concorrente utilizzando il marchio del concorrente preceduto da espressioni quali “tipo”, “modello”, “sistema” o simili, al fine di avvantaggiarsi indebitamente dell'altrui reputazione commerciale.

Non sempre costituisce invece atto di concorrenza sleale la *pubblicità comparativa*, ossia ogni pubblicità che identifichi in modo esplicito o implicito un concorrente, ovvero beni o servizi offerti da un concorrente<sup>17</sup>.

Infatti, la pubblicità comparativa non si può ritenere vietata in maniera assoluta, ma anzi è lecita quando non è ingannevole, confronta oggettivamente caratteristiche verificabili ed essenziali di beni o servizi omogenei, non ingenera confusione sul mercato e non causa discredito o denigrazione del concorrente.

Tuttavia, non deve procurare all'autore della pubblicità un indebito vantaggio tratto dalla notorietà dei segni distintivi del concorrente.

### 1.3.3 Atti non conformi alla correttezza professionale (art. 2598, n. 3, c.c.)

L'art. 2598, n. 3, c.c., definisce sleale la condotta di chi “*si avvale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*”.

---

<sup>17</sup> Cfr., CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 250.

Non c'è attualmente una classificazione standard degli atti "atipici" di concorrenza sleale, dunque, non potendosi prevedere con esattezza le diverse forme di concorrenza sleale concretamente realizzabili, l'art. 2598 c.c., demanda alla giurisprudenza il compito di identificare ulteriori atti ritenuti illeciti.

Si affida, quindi, al giudice il compito di rendersi interprete della coscienza sociale del momento al fine di stabilire se un comportamento concorrenziale, diverso da quelli legislativamente tipizzati, sia o meno in armonia con i canoni di *etica professionale* generalmente accettati e seguiti dal mondo degli affari (o dal settore cui appartengono dati imprenditori).

Fra gli atti contrari al parametro della correttezza professionale rientra innanzitutto la *pubblicità menzognera*: falsa attribuzione ai propri prodotti di qualità o pregi non appartenenti ad alcun concorrente, diretta a screditare i prodotti di altro imprenditore. Tale forma di pubblicità è illecita anche quando il messaggio pubblicitario non sia specificatamente lesivo di un determinato concorrente ma sia tale da trarre in inganno il pubblico falsandone gli elementi di giudizio, con danno potenziale per tutti i concorrenti del settore.

Fra le altre forme di concorrenza sleale ricondotte dalla giurisprudenza nella categoria residuale del n. 3 dall'art. 2598, vanno ricordate:

- la *concorrenza parassitaria*, che consiste nella sistematica imitazione dell'altrui iniziative imprenditoriali, da un lato, accompagnata da accorgimenti utili a evitare la piena confusione tra le iniziative economiche coinvolte, e, dall'altro, con un disegno complessivo che denota il pedissequo sfruttamento dell'altrui creatività;
- il *dumping*, ovvero la ripetuta vendita sottocosto dei propri prodotti al fine di eliminare dal mercato i concorrenti;
- il *boicottaggio economico*, ossia il rifiuto ingiustificato ed arbitrario di un'impresa in posizione dominante sul mercato (boicottaggio individuale) o di un gruppo di imprese associate (boicottaggio collettivo)

di fornire i propri prodotti a determinati rivenditori, in modo da escluderli dal mercato;

- lo *storno dei dipendenti*, il quale consiste nella sottrazione di dipendenti o anche di collaboratori autonomi particolarmente qualificati all'azienda del concorrente per assumerli nella propria. Occorre precisare però che, per considerarsi illecito concorrenziale, deve essere attuata con mezzi scorretti e con il deliberato proposito di trarne vantaggio con danno dell'altra azienda;
- la *violazione di segreti aziendali*, nonché la rilevazione a terzi (ad esempio, da parte di ex dipendenti) e l'acquisizione o l'utilizzazione da parte di terzi, in modo contrario alla correttezza professionale, delle informazioni aziendali segrete. L'ordinamento consolidato ritiene che la sottrazione dei segreti di un imprenditore concorrente costituisca concorrenza sleale a prescindere dalle modalità con cui viene realizzata.<sup>18</sup>

## 1.4 Sanzioni e risarcimento del danno per la concorrenza sleale

Due norme del codice civile sono specificamente dedicate alla disciplina dei provvedimenti giurisdizionali in materia di concorrenza sleale.

Infatti, la repressione degli atti di concorrenza sleale si fonda su due distinte sanzioni: la sanzione tipica dell'*inibitoria* (art. 2599 c.c.) e quella, comune all'illecito civile, del *risarcimento del danno* (art. 2600 c.c.).

I *provvedimenti inibitori*, ex art. 2599 c.c., prescindono dalla dimostrazione del danno o della colpa del soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale e dall'esistenza di un danno patrimoniale attuale per la controparte.

---

<sup>18</sup> Per gli atti non conformi alla correttezza professionale vedi, CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 251-254.

Lo scopo di tali provvedimenti è quello di ottenere una sentenza che *accerti* l'illecito concorrenziale, ne *impedisca* la continuazione o la ripetizione e disponga a carico della controparte i *provvedimenti reintegrativi* necessari per far cessare gli effetti della concorrenza sleale<sup>19</sup>.

Invece, per ottenere il *risarcimento del danno*, ex art. 2600 c.c., è necessario che ricorrano i normali presupposti richiesti per gli atti illeciti: l'elemento soggettivo della colpevolezza, il danno effettivo ed il rapporto di causalità tra illecito ed evento dannoso.

L'esercizio della relativa azione è facilitato dal fatto che, in deroga alla disciplina generale dell'illecito civile, la colpa del danneggiante *si presume* una volta accertato l'atto di concorrenza sleale (art. 2599, 3° comma, c.c.), presunzione che non può essere interpretativamente estesa al dolo, da provarsi in ogni caso.

Il comma 2 dell'art. 2600 c.c. statuisce, inoltre, che possa essere consentita la pubblicazione della sentenza, laddove sussistano i presupposti per la condanna al risarcimento del danno.

La pubblicazione è un provvedimento discrezionale, che, secondo l'opinione dominante della giurisprudenza<sup>20</sup>, potrebbe prescindere anche dall'esistenza di un danno.

Infine, per quanto riguarda i soggetti legittimati a promuovere la repressione della concorrenza sleale sono menzionati l'imprenditore o gli imprenditori lesi.

La relativa legittimazione è poi espressamente riconosciuta anche alle *associazioni professionali* degli imprenditori e agli enti rappresentativi di categoria, "*quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale*" (art. 2601 c.c.).

---

<sup>19</sup> In questo senso, CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 254.

<sup>20</sup> Cfr. RICCIO G.M., *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Dir. Informatica* 2006, fasc.03, pag. 311.

## Capitolo II

### Pubblicità comparativa denigratoria

#### 2.1 Aspetti generali

La normativa sulla concorrenza sleale si presenta strettamente collegata a quella contro la pubblicità comparativa illecita (d.lgs. 2 Agosto 2007, n. 145, emanata in attuazione della Direttiva 2005/29/CE e Codice del consumo) con lo scopo di tutelare gli imprenditori concorrenti.

La pubblicità comparativa è quella modalità di comunicazione pubblicitaria, diffusa su iniziativa di operatori economici, che identifica e mette a confronto le caratteristiche pertinenti, essenziali, rappresentative e verificabili, cioè dimostrabili, di almeno due prodotti o servizi che soddisfano medesimi bisogni dei clienti e che vengono offerti da due imprese concorrenti. Per mezzo della pubblicità comparativa, dunque, un'impresa promuove i propri beni o servizi mettendoli a confronto con quelli offerti da imprese concorrenti<sup>21</sup>.

Secondo, invece, l'art. 20, lett. c), Codice del consumo, per pubblicità comparativa si intende “*qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*”.

Questo tipo di pubblicità si può presentare in tre forme principali: la *comparazione superlativa* con riferimenti ai concorrenti solo per esclusione. In questa forma, la superiorità del prodotto è affermata in maniera assoluta attraverso l'uso del superlativo relativo e di altre

---

<sup>21</sup> In questo senso, GAMBINO A.M., FALCE V., A. STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 451.

analoghe aggettivazioni o formule che esprimono superiorità (“il migliore”, “il primo”, “il n. 1”, “l’unico”, “il solo” ecc.)<sup>22</sup>.

Un'altra forma di pubblicità comparativa è la *comparazione indiretta*, in cui le qualità del prodotto vengono raffrontate solo in via generica con quelle dei concorrenti, i quali non vengono individuati espressamente, ma genericamente, all'interno del messaggio pubblicitario<sup>23</sup> (ad esempio, colui che attribuisce al proprio prodotto pregi unici, implicitamente afferma che tali pregi non sono posseduti dai prodotti delle aziende concorrenti). Quest'ultima è l'unica forma di pubblicità comparativa ammessa in Italia fino al 2000, il cui contenuto era considerato non pregiudizievole degli interessi dei concorrenti, se non economicamente, ed utile sia per il produttore di un bene o servizio innovativo che volesse “posizionarlo” nel mercato, che per il consumatore che volesse essere informato sulle novità<sup>24</sup>.

Invece, nel caso in cui i concorrenti sono nominati o comunque identificati specificatamente, siamo dinanzi ad un'ipotesi di *pubblicità comparativa diretta* nella quale i concorrenti sono resi riconoscibili all'interno del messaggio pubblicitario o mediante citazione espressa della loro denominazione o del loro marchio, ovvero mediante l'indicazione di elementi che li rendano comunque inequivocabilmente identificabili.

E' intuitivo che le tre forme di pubblicità comparativa che precedono non esauriscono tutte le fattispecie comunicazionali di genere comparativo né attribuisce ad ognuna delle tipologie descritte il valore di una categoria chiusa e ben definita. La sommaria elencazione fornisce per grandi linee un profilo delle varie forme che la comparazione in ambito pubblicitario assume in ragione della determinatezza del confronto e della riconoscibilità del concorrente, ma essa non chiude

---

<sup>22</sup> Per una dettagliata analisi, FUSI M., TESTA P., COTTAFANI P., *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, CHRISTIAN MARINOTTI EDIZIONI, 2000, p. 9.

<sup>23</sup> In tale ordine di idee, CENDON P., *op. cit.*, p. 625.

<sup>24</sup> Cfr. Paciullo 2000, 116.

l'argomento, giacchè esistono numerose altre classificazioni delle varie tipologie di *advertising* comparativo<sup>25</sup>.

### 2.1.1 Vantaggi e Rischi della pubblicità comparativa

Benchè la pubblicità comparativa sia considerata da molti una innovazione delle tecniche di comunicazione d'impresa, tipica dei mercati moderni, dinamici e aggressivi, il suo utilizzo, soprattutto nei settori in cui è più viva la competizione commerciale, è assai più risalente.

Sul piano strettamente *tecnico-aziendalistico*, l'opinione concorde è che la comunicazione comparativa sia, da un lato, senza dubbio di grande impatto ed influisca sulla percezione del messaggio e sul processo d'acquisto consentendo anche di fare gli acquisti sulla base di confronti, dall'altro, non utilizzabile, però, in ogni situazione e per qualsiasi tipo di prodotto ma solo in caso di "esigenza di posizionamento" per far risaltare i pregi rispetto ai concorrenti. Per contro, ove una reale necessità di posizionamento non sussista, è convinzione diffusa che il ricorso alla comparazione sia non soltanto non indispensabile, ma addirittura controproducente, soprattutto nei casi in cui il prodotto gode di notorietà indiscussa ed occupa posizioni di leadership sul mercato<sup>26</sup>.

Dal punto di vista *comunicazionale*, alcuni sostengono che la comparazione attrarrebbe più efficacemente l'attenzione dei consumatori di quanto non possa fare la semplice esaltazione non comparativa e che il messaggio sarebbe inoltre più facilmente memorizzabile richiedendo, da parte dei destinatari, una elaborazione più razionale pressoché assente nelle altre formule<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Se ne veda la dettagliata analisi in, CARDINI – DI FRAIA, *Il problema della pubblicità comparativa*, 1993, 15 ss.

<sup>26</sup> In tal senso, FUSI M., TESTA P., COTTAFARI P., *op. cit.*, p. 24.

<sup>27</sup> Vedi, CARDINI – DI FRAIA, *op. cit.*, 67 ss.

Sotto l'aspetto più strettamente competitivo, i fautori della comparazione sottolineano gli effetti positivi sul mercato del confronto pubblicitario nel rendere la concorrenza più dinamica, nello stimolare l'innovazione tecnologica e nello svolgere una funzione antimonopolistica costringendo le grandi imprese a contenere i prezzi e a non adagiarsi nelle posizioni di preminenza acquisite.

Per contro ai suddetti vantaggi, può dirsi che i rischi e i temuti svantaggi del ricordo alla pubblicità comparativa discendono tutti dalla sua natura tipicamente aggressiva. Essa è, infatti, strumento efficace per le imprese meno note, per aggredire un mercato occupato da imprese ormai note. Alla pubblicità comparativa ricorrono, infatti, prevalentemente le imprese che vogliono conquistare posizioni o entrare su mercati, necessariamente a scapito degli *incumbents*<sup>28</sup>.

E' esperienza comune degli esperti in comunicazione pubblicitaria come il riferimento a marchi e prodotti altrui, sia pure operato in modo da evidenziare la superiorità del proprio, possa rivelarsi un'arma a doppio taglio: si rischia, infatti, di creare distorsioni nella percezione da parte del pubblico, a volte dando luogo a confusione fra marca pubblicizzata e marca comparata e allo stesso tempo di fare pubblicità gratuita ai concorrenti, imprimendo comunque nei consumatori il ricordo dei loro marchi. Occorre, però, sottolineare come, spesso, il messaggio comparativo finisce per rivelarsi meno persuasivo, stimolando reazioni contrarie, infatti, specie se molto aggressivo, incontra nei consumatori resistenze psicologiche a tal punto da suscitare "simpatia" a favore del prodotto comparato<sup>29</sup>.

In conclusione, essendo questi (in estrema sintesi) vantaggi e svantaggi di questa forma comunicazionale, si possono ben comprendere i motivi per cui il suo utilizzo non abbia mai assunto rilievo (se non in qualche periodo e su qualche mercato) e il perché si sia in genere fatto sempre

---

<sup>28</sup> Cfr., MELI V., *La pubblicità comparativa fra vecchia e nuova disciplina*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1999, fasc. 02, p. 268.

<sup>29</sup> In tal senso, FUSI M., TESTA P., COTTAFIVI P., *op. cit.*, p. 27.

ricorso alle forme di confronto pubblicitario meno impegnative prediligendo i paragoni generici e indiretti rispetto a quelli più aggressivi e specificatamente mirati nei confronti di determinati *competitors*.

### 2.1.2 Pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa

L'interesse tutelato dalla disciplina della concorrenza sleale non è esauribile nell'interesse degli imprenditori a non vedere alterate le proprie probabilità di guadagno per effetto di comportamenti sleali dei concorrenti. Tutelato è anche il più generale interesse a che non vengano falsati gli elementi di valutazione e di giudizio del pubblico e non siano tratti in inganno i destinatari finali della produzione: *i consumatori*. Al riguardo è tuttavia necessario evitare facili suggestioni e fuorvianti equivoci.

Devono perciò essere tenuti presenti, nel valutare la "lealtà" delle pratiche concorrenziali, gli interessi diffusi dei consumatori, i quali, non possono considerarsi del tutto estranei al sistema della concorrenza sleale. Non possono essere però elevati ad interessi *direttamente* tutelati da tale disciplina, infatti un atto configura concorrenza sleale è anche se non arreca alcun pregiudizio ai consumatori e pure se (per avventura) questi ne traggono un vantaggio.

Il sistema della concorrenza sleale non può essere deputato ad assolvere una diretta funzione protettiva dei consumatori, lasciando questi ultimi esposti ai possibili inganni dei mezzi di persuasione pubblicitaria, infatti basti pensare al fatto che gli unici legittimati a reagire contro gli atti di concorrenza sleale sono *solo* gli imprenditori concorrenti o le loro associazioni di categoria (art. 2601 c.c.), non invece il singolo consumatore o le relative associazioni. Il che implica, inevitabilmente, che l'interesse dei consumatori a non essere tratti in inganno nelle loro scelte è tutelato dalla disciplina dell'illecito concorrenziale sono in modo *mediato e riflesso*.; nei limiti in cui la reazione degli imprenditori lesi

dall'altrui comportamento sleale assicura la lealtà della competizione e la trasparenza del mercato<sup>30</sup>.

Tuttavia dal 1942 ad oggi sono stati compiuti passi avanti contro gli inganni pubblicitari a protezione dei consumatori e non solo.

Oggi, infatti, la disciplina della concorrenza sleale, è affiancata da una specifica disciplina contro la *pubblicità ingannevole* e la *pubblicità comparativa illecita*: la direttiva comunitaria (2005/29/CE e 2006/114/CE), la quale delinea un sistema per così dire binario, distinguendo le pratiche commerciali scorrette (ingannevoli o aggressive) che pregiudicano gli interessi dei consumatori, dalla pubblicità scorrettamente comparativa che lede quelli delle altre imprese.

La legislazione nazionale, riproduce la dicotomia fra pratiche commerciali scorrette pregiudizievoli per i consumatori e quelle pregiudizievoli per i professionisti e le disciplina rispettivamente mediante il d. lgs. 146/2007 e il d. lgs 145/2007<sup>31</sup>.

Le pratiche commerciali, disciplinate dal decreto a tutela dei consumatori, vengono suddivise in due categorie: quelle *ingannevoli* e quelle *aggressive*. Per ciascuna categoria sono previsti criteri per valutare rispettivamente l'ingannevolezza (artt. 21 e 22) e l'aggressività (artt. 24 e 25). Viene, altresì, stilato un elenco di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli (art. 23) o aggressive (art. 26), per le quali si presume la scorrettezza e l'attitudine a influenzare le decisioni del consumatore.

Ciò fissato, vediamo in sintesi i punti salienti della disciplina legislativa in tema di *pratiche ingannevoli* a danno del consumatore.

Il d. lgs n. 146 del 2007, all'art. 21, 1° comma, definisce specificatamente *ingannevole* una pratica commerciale che induce o è

---

<sup>30</sup> Sugli interessi dei consumatori e degli imprenditori tutelati dalla disciplina della concorrenza sleale, vedi: CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 242-243.

<sup>31</sup> Sulla normativa italiana che ha dato attuazione alla direttiva 2005/29/CE vedi: MINERVINI-ROSSI-CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007.

idonea a indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e contiene informazioni non rispondenti al vero, oppure è comunque idonea ad indurre in errore il consumatore riguardo almeno uno dei sette elementi indicati in un apposito elenco.<sup>32</sup>

L'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario può risiedere solo nella *veridicità* delle informazioni in esso contenute, ma anche nella loro *completezza*. In altri termini, omettere informazioni rilevanti per la determinazione delle caratteristiche del bene o servizio offerto, del loro prezzo, delle condizioni di recesso e delle clausole accessorie (ad esempio, la garanzia del prodotto), rileva tanto quanto la non corrispondenza al vero di tali informazioni. L'omissione di informazioni è, dunque, censurabile nella misura in cui riguarda elementi fondamentali e necessari a comprendere esattamente il contenuto della comunicazione pubblicitaria per poi poter effettuare la scelta del prodotto o del servizio<sup>33</sup>.

La liceità di un messaggio pubblicitario discende, come già visto, non solo dalla veridicità e dalla completezza delle informazioni, ma anche dall'utilizzo di *termini appropriati* e il cui significato corrisponda pienamente al bene o servizio offerto<sup>34</sup>.

## 2.2 Diciplina comunitaria

### 2.2.1 Il lungo e difficile percorso della direttiva sulla pubblicità comparativa

La gestazione dei più recenti provvedimenti comunitari, in materia di pubblicità ingannevole (2005/29/CE e 2006/114/CE), è stata lunga e

---

<sup>32</sup> Vedi, art. 21, 1° comma, da *lett. a) a g)*, d. lgs. 146/2007.

<sup>33</sup> In questo senso, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *op.cit.*, p. 459.

<sup>34</sup> Si veda, SERAFINO A., *Osservatorio sulle pratiche commerciali scorrette e la pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Il Nuovo diritto*, 2008, fasc. 3-4, pt. 4, p. 222.

difficile e preceduta da una serie di tentativi sistematicamente naufragati. Per rintracciare il primo atto comunitario ufficiale che punta l'attenzione sul problema della pubblicità comparativa bisogna risalire al novembre del 1975, data in cui risale il *Memorandum* sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di concorrenza sleale ad opera della Direzione del ravvicinamento delle legislazioni della Commissione delle Comunità Europee.<sup>35</sup>

Nel *Memorandum* si metteva in evidenza la tendenza, che emergeva dall'analisi dei vari ordinamenti dei Paesi membri, che la pubblicità comparativa non era considerata vietata se basata su un confronto oggettivo di dati tecnici, se il confronto fosse stato richiesto da un cliente e se utilizzata per autodifesa dagli attacchi degli altri concorrenti.<sup>36</sup>

Tali direttive non furono, tuttavia, prese in considerazione dal Primo Progetto di direttiva sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di concorrenza sleale.<sup>37</sup>

Nel settembre 1976 vide la luce il Secondo Progetto di direttiva sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di concorrenza sleale.<sup>38</sup> Anche qui il problema della comparazione pubblicitaria fu affrontato in maniera non molto difforme dal precedente progetto, infatti, a tal riguardo fu dedicato l'art. 6 che definiva la pubblicità comparativa "*qualsiasi forma di pubblicità che implicitamente o esplicitamente*" stabilisse "*un raffronto comparativo tra beni o servizi dell'utente di pubblicità e beni o servizi di un'altra*

---

<sup>35</sup> Il testo del *Memorandum* può leggersi in *Riv. dir. Ind.*, 1979, p. 342 e segg. Il quale così conclude le sue osservazioni: "*Confesso di non sentire alcuno spasmodico interesse a che una norma stabilisca entro quali limiti la pubblicità comparativa sia ammissibile. Disposizioni di carattere generale sono preferibili in un campo in cui il "fatto" è, da un lato, sempre diverso, dall'altro, sempre essenziale. E ove il "fatto" regna sovrano, una normativa elastica è certamente migliore*".

<sup>36</sup> In questo senso: MUSIO A., *La pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, in *Dir. informatica*, 1999, fasc. 01, p. 167.

<sup>37</sup> In *Riv. dir. ind.*, 1977, p. 247.

<sup>38</sup> In, *Riv. dir. ind.*, 1977, p. 250

*persona*”. Il secondo comma dell’art. 6 ammetteva, questa volta esplicitamente, la *liceità della comparazione pubblicitaria* se non ritenuta ingannevole ai sensi dell’art. 3 del progetto di direttiva o se non considerata sleale ai sensi dell’art. 5 dello stesso progetto “*tenendo conto fra l’altro della comparabilità dei rispettivi beni e servizi, della gamma di qualità raffrontate e del limite entro il quale i dati comparativi*” fossero “*misurabili e corrispondenti*”.<sup>39</sup>

Poco più tardi fu la Proposta di direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole e sleale<sup>40</sup> a prendere in considerazione il fenomeno della pubblicità comparata, ritenuta dall’art. 4 di tale Proposta “*ammissibile purchè*” raffrontasse “*aspetti essenziali o verificabili e non*” fosse “*ingannevole o sleale*”<sup>41</sup>.

Il 10 settembre 1984 fu poi emanata la direttiva 84/450/CEE<sup>42</sup> la quale, chiamata a fronteggiare la questione della pubblicità ingannevole, in un primo momento, nulla prevede a proposito della pubblicità comparativa. Soltanto il 28 maggio 1991 fu presentata dalla Commissione una Proposta di direttiva del Consiglio riguardante la pubblicità comparativa, e recante modifiche alla direttiva sopra citata. L’art. 1, paragrafo 2 di tale Proposta definiva innanzitutto la pubblicità comparativa come “*qualsiasi pubblicità che*” avesse individuato “*in modo esplicito o implicito un concorrente o i beni o i servizi di identica natura offerti da un concorrente*”. Se tale forma di *réclame* veniva considerata lecita e

---

<sup>39</sup> Vedi, MUSIO A., *op. cit.*, p. 168.

<sup>40</sup> Presentato dalla Commissione al Consiglio il 1° marzo 1978, in G.U.C.E. N. C 70 del 21 marzo 1978, p. 4. Il testo della proposta di direttiva con le modificazioni sottoposte dalla Commissione al Consiglio in data 10 luglio 1979 ai sensi dell’art. 149, comma 2, del Trattato CEE può leggersi in *Riv. dir. ind.*, p. 128.

<sup>41</sup> In tal senso, MUSIO A., *op. cit.*, p. 168. Per un autorevole commento alla proposta di direttiva cfr., GUGLIELMETTI G., *La pubblicità comparativa e la proposta di direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1979, p. 342 e segg.

<sup>42</sup> In G.U.C.E., 19 settembre 1984, n. L 250, p. 17.

meritevole di tutela in quanto capace di stimolare la concorrenza, tuttavia, essa era, all'art. 3-bis, anche sottoposta a limiti, nonché condizioni di liceità, entro il quale muoversi.

In data 21 aprile 1994, fu presentata dalla Commissione una nuova Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la pubblicità comparativa e che modificava la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole<sup>43</sup>. Tale modifica introduceva diverse novità, tra le quali, *in primis*, quella secondo cui la direttiva avrebbe dovuto ottenere, per poter entrare in vigore, anche l'approvazione del Parlamento europeo oltre che del Consiglio per cercare di raggiungere, a causa della problematicità della materia, un consenso il più possibile allargato. La definizione di pubblicità comparativa rimaneva invariata rispetto alla Proposta di direttiva del 1991 ma, mutavano i *limiti* entro i quali veniva ammessa la comparazione. Così, essa veniva considerata lecita “*soltanto a condizione che*” confrontasse “*obiettivamente le caratteristiche essenziali, pertinenti, sempre verificabili, scelte lealmente e rappresentative di beni o di servizi concorrenziali*”. Inoltre, la pubblicità comparativa non avrebbe dovuto dar luogo neppure al rischio di confusione tra segni distintivi e i beni e i servizi dell'utente del messaggio pubblicitario e quelli dei concorrenti. Il discredito, la denigrazione o il disprezzo restavano limitati ai marchi, alle denominazioni commerciali, ai beni e servizi o alle attività di un concorrente e non riguardavano più la persona del concorrente in sé considerata<sup>44</sup>.

Nell'ottobre 1997, il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione adottavano la direttiva 97/55/CE che ha modificato e ampliato i contenuti della 84/450 prevedendo e includendo nella normativa anche la pubblicità comparativa dichiarandola lecita a certe condizioni. Intendendosi per pubblicità comparativa, quella “*che identifica in modo*

---

<sup>43</sup> In G.U.C.E. N. C 136 del 19 maggio 1994, p. 4. Il testo della Proposta modificata di direttiva può leggersi in *Dir. ind.*, 1994, p. 1009 con commento di R. Rossotto.

<sup>44</sup> Sulla direttiva comunitaria 84/450/CEE vedi: MUSIO A., *op. cit.*, p. 168 – 169.

*esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*". È importante sottolineare che, coerentemente con l'impostazione originaria, si è ritenuto adottare non già una direttiva *ad hoc*, avente come unico oggetto la pubblicità comparativa, bensì un testo modificato della direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, il quale, opportunamente integrato con le nuove disposizioni sulla comparazione, sostituisce ad ogni effetto quello precedente<sup>45</sup>.

Tale direttiva nasce proprio per mettere i consumatori in condizione di trarre dal mercato il massimo vantaggio, dal momento che la pubblicità comparativa, secondo le Istituzioni europee, contribuirà ad evidenziare in maniera oggettiva i pregi dei vari prodotti comparabili e servirà a stimolare una sana concorrenza tra le imprese da cui a beneficiarne saranno per primi i consumatori. La comparazione è, infatti, considerata uno strumento idoneo a realizzare uno dei diritti fondamentali dei consumatori: il diritto all'informazione<sup>46</sup>. Dunque, nonostante la materia della pubblicità comparativa sia sempre stata considerata come facente parte del diritto della concorrenza, la direttiva introduce espressamente anche il coinvolgimento di interessi diversi da quelli essenzialmente privatistici facenti capo alle imprese, assegnando al confronto fra beni e servizi attuato con la pubblicità anche una funzione in senso lato sociale<sup>47</sup>.

Infine, in data 11 giugno 2005 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e successivamente la direttiva 2006/114/CE, le quali rappresentano il capolinea di un tormentato *iter* in tema di pubblicità comparativa.

## 2.2.2 Direttiva 2005/29/CE e 2006/114/CE

---

<sup>45</sup> In questo senso, FUSI M., TESTA P., COTTAFANI P., *op. cit.*, p. 44.

<sup>46</sup> Cfr. considerando n. 5 dir. 97/55/CE.

<sup>47</sup> In tale ordine di idee, MUSIO A., *op. cit.*, p. 172.

La circolazione transfrontaliera di merci e servizi consente ai consumatori di accedere ad un'ampia gamma di prodotti e stimola un'offerta efficiente a prezzi più competitivi. La direttiva 2005/29/CE persegue quindi lo sviluppo di pratiche commerciali leali nello spazio senza frontiere interne al fine di promuovere le attività transfrontaliere. Con essa si è inteso realizzare un'armonizzazione completa delle norme comunitarie in materia di pratiche commerciali sleali<sup>48</sup>. All'interno della stessa, vengono identificate le condotte che, poste in essere, ledono i diritti dei consumatori e delle imprese concorrenti.

La direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio. La direttiva in questione fissa le regole che consentono di determinare qualora una procedura commerciale possa considerarsi sleale o meno; infatti, nell'ipotesi in cui una procedura sia contraria alle esigenze di diligenza professionale o sia *“idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto del consumatore”* (art. 5), determinando così, un'alterazione sostanziale delle sue scelte, è ovvio che la stessa possa essere ricondotta all'interno dell'alveo della disciplina della concorrenza sleale<sup>49</sup>. Il divieto generale si articola, poi, attraverso due gruppi di norme, raccolte sotto la Sezione I e la Sezione II del capo II, riguardanti, rispettivamente, le *“Pratiche commerciali ingannevoli”* nelle due ipotesi di azioni e omissioni ingannevoli di cui agli artt. 6 e 7, e le *“Pratiche commerciali aggressive”*, facendo riferimento a molestie, coercizione o indebito condizionamento.

---

<sup>48</sup> In questo senso: MINERVINI E., ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, GIUFFRÈ, 2007, p. 86-87.

<sup>49</sup> Vedi, PIAZZA C., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. informatica*, 2008, fasc. 01, p. 3.

Inoltre, come accennato sopra, la direttiva in oggetto ha apportato delle modifiche alla direttiva 84/450/CEE. In effetti l'art. 1 di quest'ultima viene modificato come segue: *“La presente direttiva ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”* anche se non si rintracciano novità particolarmente significative.

Occorre sottolineare, inoltre, che la direttiva non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali aggressive.

Rispetto al quadro normativo così brevemente illustrato, concentriamo l'attenzione su due diversi aspetti: la *nozione di messaggio pubblicitario* e l'*ambito di applicazione della disciplina*.

In relazione alla nozione di messaggio pubblicitario, giova osservare che l'art. 2, lett. *d*) della direttiva 2005/29/CE si limita ad annoverare la “pubblicità” tra le “pratiche commerciali” senza, tuttavia, offrirne alcuna definizione includendo la pubblicità tra le comunicazioni di natura commerciale. È auspicabile dunque che, in sede di attuazione della direttiva, si tiene conto oltre che della definizione di messaggio pubblicitario accolta all'art. 20 del codice di consumo<sup>50</sup> anche dell'interpretazione estensiva che di essa hanno dato, nella prassi applicativa, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la giurisprudenza amministrativa<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> L'art. 20, lett. *a*) del codice del consumo definisce il messaggio pubblicitario come “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'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 presentazione di opere o di servizi”.

<sup>51</sup> Gli orientamenti dell'Autorità sono stati confermati dalla giurisprudenza amministrativa che, in linea generale, in relazione alla nozione di messaggio ha sancito il principio secondo cui “perché un messaggio sia definibile come pubblicitario, è sufficiente che, rispetto a qualsivoglia strategia imprenditoriale, esso sia preordinato a valorizzarne ovvero a migliorarne l'immagine nei confronti dei consumatori, in vista dell'acquisto, da parte di questi ultimi, dei beni e dei servizi prodotti dall'impresa in questione” (T.a.r. Lazio, Sez. I, 17 gennaio 2005, n. 290).

Per quanto riguarda, invece, il campo di applicazione della direttiva è tuttavia limitato all'armonizzazione delle legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledano gli interessi economici dei consumatori riconoscendo, quindi, solo una tutela indiretta degli interessi economici dei concorrenti legittimi<sup>52</sup>. Ne deriva dunque che la direttiva non concerne le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledano esclusivamente gli interessi economici dei concorrenti o che siano connesse ad un'operazione tra soli professionisti<sup>53</sup>. Ciò non toglie che la stessa tuteli, se pure solo in via mediata, le attività legittime da quelle dei concorrenti che non rispettino le nuove regole comuni, garantendo, pertanto, una concorrenza leale nel settore da esso coordinato<sup>54</sup>. Di conseguenza, le pratiche commerciali sleali che danneggino esclusivamente i concorrenti senza essere lesive degli interessi dei consumatori sono escluse dall'ambito applicativo della suddetta direttiva<sup>55</sup>.

Nella relazione illustrativa della proposta di direttiva elaborata dalla Commissione, sono specificati i confini del campo di applicazione della direttiva, da cui si evince l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva di alcuni comportamenti sanzionati dall'art. 2598 c.c. italiano in materia di atti di concorrenza sleale poiché, pur costituendo atti di concorrenza sleale in alcuni Stati membri, non sono idonee a ledere in via diretta gli interessi economici dei consumatori. Fra di esse si possono annoverare, l'imitazione servile che non sia atta a generare confusione nel consumatore e la denigrazione dei concorrenti.

La realtà è che la direttiva regola esclusivamente le pratiche commerciali fra imprese e consumatori finali e, pertanto, non si applica alle pratiche commerciali che interessano unicamente le imprese. Sotto il profilo della

---

<sup>52</sup> Considerando n. 6 della direttiva.

<sup>53</sup> Cfr. n. 6 della direttiva. In sostanza, la direttiva 2005/29/CE tutela in via diretta solo gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali fra imprese e consumatori medesimi.

<sup>54</sup> In questo ordine di idee, : MINERVINI E., ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 90 .

<sup>55</sup> Cfr. n. 8 della direttiva.

tutela della concorrenza, è bene inoltre evidenziare come la direttiva 2005/29/CE, pur non prefiggendosi un obiettivo di tutela diretta della posizione dei concorrenti, doti espressamente questi ultimi di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali, legittimandoli alla promozione dei rimedi giudiziari o amministrativi che ciascuno Stato membro dovrà prevedere<sup>56</sup>.

L'ultima direttiva in materia di pubblicità ingannevole e comparativa è la direttiva 2006/114/CE che abroga la direttiva 84/450/CEE a decorrere dal 12.12.2006.

La definizione di pubblicità comparativa è la medesima in quanto la stessa non risulta invariata in alcuna sua parte. Tra i requisiti che si richiede siano soddisfatti affinché una pubblicità comparativa risulti lecita, viene annoverata anche la mancanza di confusione tra i professionisti identificati come *“qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, e chiunque agisca in nome e per conto di un professionista”*.

Anche in questo caso, come evidenziato nell'analisi della precedente direttiva, non viene escluso il controllo volontario, che gli Stati membri possono incoraggiare, della pubblicità ingannevole o comparativa esercitata da organismi autonomi, non volendo, la direttiva in esame, in alcun caso essere ostacolato al mantenimento o all'adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei professionisti e dei concorrenti. L'obiettivo è sempre quello di garantire al consumatore uno spettro di tutela più ampio possibile, e questa volontà passa anche attraverso l'esigenza che l'operatore pubblicitario fornisca prove sull'esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità, qualora tale esigenza risulti giustificata dalle circostanze del caso in

---

<sup>56</sup> In tal senso, MINERVINI E., ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 90 .

esame e nel caso della pubblicità comparativa di esigere che l'operatore pubblicitario fornisca tali elementi entro un periodo di tempo breve<sup>57</sup>.

L'entrata in vigore della direttiva 2006/114/CE in materia di pratiche commerciali sleali, contrassegna una tappa non secondaria nel graduale processo evolutivo della disciplina della concorrenza. Tale evoluzione, si sostanzia in un progressivo ampliamento delle finalità della concorrenza che si va sempre più arricchendo di una nuova e diversa funzione volta a garantire un'obiettiva lealtà del gioco economico in generale al fine di reprimere le artificiose alterazioni della libertà del mercato.

Nel contesto sopra descritto, sembra configurarsi un rapporto biunivoco fra disciplina della concorrenza sleale *ex artt. 2598 ss. c.c.* e direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Infatti mentre la prima sanzionando gli atti di concorrenza sleale fra imprenditori garantisce, quantomeno in via mediata, la salvaguardia degli interessi dei consumatori, la seconda, invece, vietando le pratiche commerciali sleali fra professionista e consumatore, tutela, se pure solo indirettamente, anche la posizione dei concorrenti.

### 2.3 Disciplina nazionale: D. lgs. 2 agosto 2007, n. 145

Come già accennato nel capitolo precedente, nonostante la Costituzione della Repubblica Italiana sancisca all'art. 41, comma 2, il principio secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana, la legislazione ordinaria non ha ad oggi dettato

---

<sup>57</sup> Riguardo la direttiva 2006/114/CE vedi, GAMBINO A.M., *Pubblicità ingannevole e comparativa. Secondo semestre 2006 e primo semestre 2007*, in *Concorrenza e mercato 2007*, fasc. 01, p. 103.

norme che esigano particolari requisiti generali qualitativi, in relazione a specifiche attività, cui gli imprenditori debbano attenersi.

Tant'è che anche la disciplina sulla concorrenza sleale, di cui agli artt. 2598 ss. c.c., si limita a fare riferimento ad alcuni comportamenti e atti, considerandoli sleali, ma non disciplina l'esercizio dell'attività in quanto tale, considerata complessivamente. Infatti la disciplina italiana in tema di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa diretta ai professionisti è dettata dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145.

Tale decreto, infatti, come sancito all'art. 1, comma 1, si pone come scopo quello di tutelare i professionisti dalle pratiche commerciali scorrette, poste in atto da soggetti concorrenti, a loro danno, per mezzo di messaggi pubblicitari ingannevoli e dalle conseguenze sleali che derivano da tali comportamenti, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa<sup>58</sup>.

In sede di adeguamento al quadro normativo comunitario, il legislatore nazionale ha, dunque, introdotto un sistema binario di protezione dando recepimento alla Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Per un verso, con l'emanazione del d.lgs. 145/2007 (che per l'esattezza dà attuazione alla dir. 2006/114/CE, la quale sostituisce la dir. 84/450/CEE, tenendo conto delle modifiche ad essa apportate dalla dir. 2005/29/CE), ha espunto dal Codice del consumo le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole nei rapporti tra imprese e di liceità della pubblicità comparativa, facendole confluire in un *corpus* normativo separato; per altro verso, con l'emanazione del D.Lgs. 146/2007 ha regolato le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, innestando la relativa disciplina nel Codice del consumo, agli artt. Da 18 a 27-*quarter*<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> In tal senso, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *Rassegna degli orientamenti dell'autorità garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 449.

<sup>59</sup> FALCE V., *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Il Diritto Industriale*, 2008, fasc. 1, p. 57.

Concentriamoci, adesso, sul D.Lgs. 145/2007 in materia di pratiche commerciali “scorrette” nei rapporti tra professionisti.

Deve sottolinearsi, tuttavia, come il suddetto decreto riproduca, sostanzialmente, i divieti previgenti nel Codice del consumo modificando, solo apparentemente secondo quanto ritenuto dalla dottrina maggioritaria, i soggetti cui la relativa disciplina è destinata<sup>60</sup>.

Il suddetto decreto intende, come evidenziato, limitare la rilevanza delle proprie disposizioni ai casi in cui il messaggio pubblicitario sia indirizzato da professionista al professionista, cd. pubblicità *Business to business* o *b2b*. Le norme sarebbero, dunque, volte a tutelare esclusivamente gli operatori economici professionali, vale a dire le imprese e i liberi professionisti nonché chiunque agisca in nome e per conto di questi ultimi. Sicchè, nell’ipotesi in cui un messaggio pubblicitario abbia come destinatari non gli operatori economici professionali, bensì i consumatori o, ancora, sia i professionisti che i consumatori, si dovranno applicare le disposizioni, formulate a tutela dei consumatori, contenute nel Codice del consumo, relative alle pratiche commerciali scorrette<sup>61</sup>.

### 2.3.1 I caratteri del messaggio pubblicitario comparativo

Sofferamoci adesso sulla nozione di *messaggio pubblicitario* all’interno del d.lgs. 145/2007.

A sensi dell’art. 1, comma 2, di tale decreto, si sancisce il principio per cui la pubblicità deve essere *palese, veritiera e corretta*.

---

<sup>60</sup> Vedi, LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il Diritto industriale*, 2008, fasc. 3, p. 260.

<sup>61</sup> In tal senso, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *op. cit.*, p. 450.

Tale decreto stabilisce, all'art. 2, comma 1, che per *pubblicità* si intende qualsiasi forma di messaggio diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi (*lett a*)) e per *pubblicità ingannevole* si intende la pubblicità che in qualsiasi modo, sia idonea a indurre in errore i professionisti ai 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, sia idonea a ledere un concorrente (*lett b*)). Ed, in particolare, alla lettera *d*), sempre dell'art. 2, il legislatore definisce per *pubblicità comparativa* qualsiasi pubblicità che identifichi in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente.

L'art. 5 del D.Lgs. 145/2007, sotto la rubrica "*trasparenza della pubblicità*", intende garantire che i messaggi pubblicitari siano *palesi*, ovvero che essi siano riconoscibili in quanto tali e distinguibili da altre tipologie di comunicazione estranee alle finalità commerciali tipiche dei messaggi promozionali.

Per valutare l'applicabilità dell'articolo 5 del D.Lgs. 145/2007, in relazione al rispetto del requisito della *riconoscibilità* della pubblicità, occorre preliminarmente risolvere il problema della natura del messaggio, ossia l'individuazione di una specifica finalità pubblicitaria, non essendo sufficiente il semplice effetto pubblicitario che può indirettamente ed involontariamente verificarsi a favore di determinati prodotti e servizi esplicitamente citati in un servizio informativo. Qualora, ad esempio, l'esistenza di un rapporto di committenza sia contestata l'eventuale natura pubblicitaria della comunicazione dovrà essere desunta indirettamente attraverso elementi presuntivi, purché essi si rivelino gravi, precisi e concordanti<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> In questo ordine di idee, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *op. cit.*, p. 452.

Il citato decreto prevede, inoltre, che la pubblicità debba essere comunque chiaramente riconoscibile vietando, in ogni caso, la pubblicità subliminale.

### 2.3.2 L'illiceità comparativa

Ai fini della valutazione di illiceità comparativa di un messaggio pubblicitario, l'esame preliminare operato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato è concentrato sull'esistenza di una "*pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni e servizi offerti da un concorrente*"<sup>63</sup>. Ove tale analisi fornisca esito positivo, è possibile procedere alla valutazione relativa al simultaneo rispetto delle *condizioni di liceità* prescritte, per la pubblicità comparativa, dall'art. 4 del D.Lgs. 145/2007.

Nel corso degli ultimi anni, l'Autorità, con riferimento alla nozione di pubblicità comparativa, ha confermato il proprio orientamento, secondo il quale in essa rientrerebbe la sola pubblicità comparativa c.d. diretta, ossia quella che realizza un confronto tra un'impresa ed uno o più soggetti concorrenti esplicitamente od implicitamente determinati.

Pur accertandosi la natura pubblicitaria di un messaggio, dunque, se lo stesso non identifica, in modo esplicito od implicito, un'impresa concorrente o i beni e servizi da essa commercializzati, il messaggio, secondo l'Autorità difficilmente potrà essere qualificato come fattispecie di pubblicità comparativa e non sarà possibile valutarlo ai sensi della relativa disciplina.

Le *condizioni di liceità* della pubblicità comparativa sono definite all'art. 4 del D.Lgs. 145/2007; il messaggio pubblicitario che operi una comparazione tra prodotti e/o imprese concorrenti è lecita se sono soddisfatte le seguenti *condizioni*:

---

<sup>63</sup> Art. 2, comma 1, *d*), D.Lgs. 145/2007.

- a) non è ingannevole;
- b) confronta prodotti omogenei, nonché beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;
- c) raffronta oggettivamente una o più caratteristiche essenziali pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo di tali beni e servizi;
- d) non ingenera confusione sul mercato tra professionisti o tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente;
- e) non causa discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o posizione di un concorrente;
- f) per prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;
- g) non trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa ai segni distintivi di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;
- h) non presenta un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati.
- i) Qualunque raffronto faccia riferimento a un'offerta speciale, per essere lecita, la pubblicità comparativa deve indicare in modo chiaro e non equivoco il termine finale dell'offerta oppure, nel caso in cui l'offerta speciale non sia ancora avviata, la data di 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<sup>64</sup>.

Affinché il committente del messaggio pubblicitario ed il suo autore, nonché, il proprietario del mezzo con cui il messaggio è diffuso, nel caso in cui quest'ultimo non consenta all'identificazione dei primi, non

---

<sup>64</sup> Cfr. art 1, 2 e 4 D.Lgs. 145/2007.

incorrono in una declaratoria di illiceità da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e nella comminazione di una sanzione pecuniaria, le condizioni previste dall'art. 4 del D.Lgs. 145/2007, appena richiamate, devono essere soddisfatte cumulativamente all'interno del messaggio pubblicitario comparativo<sup>65</sup>.

### 2.3.3 L'obiettività del confronto e l'essenzialità, pertinenza, verificabilità e rappresentatività delle caratteristiche comparate

La lett. c) dell'art. 4, del d.lgs. 145/2007, il quale esige che il confronto riguardi "*caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentabili*" dei beni o servizi raffrontati, costituisce la disposizione cardine della normativa. Ed in effetti, mentre le restanti condizioni di liceità riprendono o si ricollegano a divieti già presenti, in vario modo, in diverse norme del nostro ordinamento, quella di cui alla lett. c), oltre ad essere nuova, è essenziale ai fini della individuazione dei limiti cui la pubblicità comparativa è assoggettata.

La nuova disciplina, da un lato imponendo il requisito dell'obiettività del confronto e dall'altro richiedendo che la comparazione verta su caratteristiche essenziali, concrete e verificabili, pone finalmente un punto fermo sul discrimine fra comparazione lecita ed illecita. E ove tali requisiti siano posti in relazione alle funzioni (di informare consumatori per un verso e di stimolare il mercato creando trasparenza per l'altro) che la normativa europea assegna a questa forma di *advertising*, pure la loro interpretazione ne risulta agevolata, consentendo finalmente, anche nel profilo giuridico, d'inquadrare il fenomeno in una prospettiva non equivoca ed incerta come quella che per tanti anni lo ha caratterizzato.

Analizziamo più nel dettaglio il requisito della comparazione illecita citato all'art. 4, lett. c), del d.lgs. 145/2007.

---

<sup>65</sup> In questo senso, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *op. cit.*, p. 451.

Anzitutto, la disposizione dice chiaramente che il paragone deve riguardare non già entità astratte ma “*caratteristiche di beni o servizi*” comparati. Il che esprime implicitamente da un lato la concretezza di ciò che deve formare oggetto del raffronto e, dall’altro, che deve trattarsi di aspetti, appunto, caratterizzanti, come il sostantivo “*caratteristiche*” induce a ritenere. In altre parole, sembra dire la norma, la comparazione ha una ragion d’essere se vi sia qualcosa di effettivo da comprare: ove non poggi su (più o meno) solide basi e sia costruita su elementi totalmente irrazionali, non ha ragione di essere tollerata.

Gli aggettivi che seguono precisano meglio il concetto:

- “*Essenziali*”, sottolinea in particolare la natura caratterizzante delle caratteristiche, attenendo ad elementi importanti e decisivi ai fini della loro valutazione;
- “*Pertinenti*”, il quale, pare bandire le comparazioni fondate su elementi inconsistenti e comunque non attinenti alla soddisfazione dei bisogni che i prodotti stessi sono destinati ad assolvere;
- “*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 possono essere dimostrati, di conseguenza, deve intendersi come sinonimo di “*dimostrabile*”;
- “*Rappresentative*”, il quale, pare principalmente riferito, non diversamente da “*essenziali*”, alla significatività delle caratteristiche poste a paragone con riguardo alla valutazione complessiva del prodotto o servizio.

Da ciò, il legislatore italiano, ne fa scaturire che se la comparazione non può che vertere su elementi reali attinenti al prodotto o servizio, e se tali elementi debbono essere da un lato rilevanti, rappresentativi e addirittura essenziali ai fini della sua valutazione complessiva, dall’altro inerenti alla sua funzione, concreti e suscettibili di essere provati, non par dubbio che l’unica area nella quale la comparazione potrà essere lecitamente realizzata, sia quella che, in altre occasioni è stata definita come

“prestazionale” o, meglio ancora, “fattuale”. Il confronto fattuale (o prestazionale) è quello che attiene sia agli aspetti sostanziali ed intrinseci dei prodotti o dei servizi (quali natura, origine, composizione, struttura, metodo, ecc.) sia alla loro convenienza, utilità e funzione (costo, rapporto prezzo/qualità, durata, modalità d’uso, effetti e risultati conseguibili, ecc.) sia infine alla loro collocazione sul mercato (diffusione, successo commerciale, gradimento del pubblico, market-share, ecc.), ossia a tutti gli aspetti oggettivi che, in qualche misura, possono influenzare l’apprezzamento del consumatore su basi razionali. E ad essa fa riscontro il raffronto obiettivamente ingiustificato, privo di sostanza e di reali contenuti, prevalentemente basato sulla contrapposizione irrazionale, emozionale o suggestiva, motivato solo dall’intento di colpire il concorrente.

Tale norma statutale, la quale sancisce la liceità, si riferisce alla comparazione concreta che ha qualche informazione da dare, mentre per contro deve ritenersi illecita e non consentita quella basata sul vuoto, ciò che del resto è intuitivo in considerazione dei motivi che hanno indotto il legislatore comunitario a favorire questo tipo di pubblicità<sup>66</sup>

### 2.3.4 Pubblicità comparativa: confronto non veritiero e disomogeneo

Tra le condizioni di liceità della comparazione, di fondamentale importanza, come sottolineato dalla stessa Autorità, risulta la *veridicità* delle informazioni riportate all'interno del messaggio pubblicitario in relazione a tutte le caratteristiche essenziali e rappresentative dei beni e/o servizi posti a confronto, quali, ad esempio, il prezzo degli stessi. Infatti, la comparazione è *lecita* ove le informazioni contenute nel

---

<sup>66</sup> In materia di obiettività del confronto e l’essenzialità, pertinenza, verificabilità e rappresentatività delle caratteristiche comparate vedi, FUSI M., TESTA P., COTTAFANI P., *op. cit.*, p. 205-232.

messaggio pubblicitario, relative alle caratteristiche essenziali e rappresentative dei beni e/o servizi posti a confronto siano veritiere.

I messaggi pubblicitari risultati idonei ad indurre in errore i soggetti ai quali sono indirizzati, a causa di omissioni significative o di un mancato confronto oggettivo tra le caratteristiche essenziali dei beni e/o servizi raffrontati, sono stati dichiarati *illeciti*. Inoltre, un messaggio pubblicitario che, operando una comparazione tra beni e/o servizi non omogenei offerti da differenti operatori del mercato, fornisca informazioni negative sui prodotti di operatori avversari, costituisce una forma di pubblicità comparativa illecita ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), b) ed e), del D.Lgs. 145/2007.

Al fine di soddisfare le condizioni di liceità, quali la veridicità del messaggio pubblicitario e l'omogeneità del confronto operato, l'Autorità garante della concorrenza e del Mercato ha, in più occasioni sottolineato nelle sue pronunce l'importanza della modalità con la quale viene effettuata la comparazione.

Il raffronto tra le diverse tariffe offerte da più operatori per un determinato bene e/o servizio, attuata mediante una tabella comparativa nella quale, per ciascuna società vengono specificate le caratteristiche del bene e/o servizio offerto, la durata del servizio ed il prezzo, costituisce, ad esempio, una modalità idonea a fornire tutti gli strumenti necessari ad una corretta decodifica del messaggio da parte di concorrenti e consumatori.

La normativa in materia di pubblicità comparativa è invero volta a garantire che le informazioni negative sui prodotti avversari, eventualmente rese all'interno di un messaggio pubblicitario, costituiscano il risultato di un confronto obiettivo e veritiero.

Qualora il discredito risulti immotivato nonché sproporzionato, in relazione alle esigenze di una corretta conduzione del confronto pubblicitario, la pubblicità comparativa va definita illecita<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> In questo ordine di idee, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *op. cit.*, p. 453.

La normativa cui ci si riferisce, laddove ha lo scopo, come suddetto, di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa, consente sicuramente di ricomprendere nel suo campo di applicazione la tutela dalla pubblicità ingannevole e comparativa che riguarda solo i *rapporti precontrattuali* intercorso fra professionisti e di escludere i rapporti contrattuali o *post* contrattuali instaurati dal professionista con altri professionisti. Infatti, a differenza del D.Lgs. 146/2007, che assicura la protezione al consumatore prima, durante e dopo un'operazione commerciale, il D.Lgs. 145/2007 tutela solo i rapporti della prima fase, ovvero quelli consistenti nelle comunicazioni pubblicitarie scorrette<sup>68</sup>.

### 2.3.5 Pubblicità comparativa e l'autodisciplina pubblicitaria

All'inesistenza di norme statuali sulla pubblicità comparativa e al non sempre univoco orientamento offerto in materia dalla giurisprudenza e dalla dottrina faceva riscontro, nel regime previgente, il più pragmatico e concreto sistema di autoformazione istituito nel 1966 su basi volontarie dagli operatori del settore ed espresso nel Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (di seguito anche "CA"). Il quale, pur se vincolante solo nei confronti dei soggetti che vi aderiscono, si caratterizza tuttavia per un ambito di operatività estremamente esteso, avendo inoltre acquisito, attraverso le decisioni dei suoi organi e soprattutto del Giurì, un'autorevolezza affatto rimarchevole<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> In questo senso, GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *op. cit.*, p. 450.

<sup>69</sup> Vedi, FUSI M., TESTA P., COTTAFABI P., *op. cit.*, p. 59 – 60. Tra i più autorevoli studi dottrinali in tema di autodisciplina pubblicitaria, si segnalano: FRANCESCHELLI R., *L'autodisciplina pubblicitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Atti del convegno internazionale sul diritto della pubblicità*, Madrid, 1983; VANZETTI, *l'Autodisciplina pubblicitaria*, in *Atti del congresso nazionale della pubblicità*, Roma, 1986. SENA, *Il sistema*

L'ordinamento autodisciplinare, ha dato un sensibile contributo al processo evolutivo italiano in favore della comparazione, sia con le norme del codice che definivano i limiti entro cui essa poteva lecitamente svolgersi, sia soprattutto attraverso la giurisprudenza dei suoi organi e segnatamente del Giurì, nella individuazione delle cosiddette "condizioni di liceità" della pubblicità comparativa nonché nella valutazione giuridica del fenomeno.

Per comprendere l'importanza assunta dall'elaborazione giurisprudenziale del Giurì, mette conto ricordare come, dopo l'entrata in vigore del codice di autonormazione pubblicitaria del 1966 e via via che l'ordinamento autodisciplinare è andato acquistando prestigio ed autorevolezza, si sia registrata una progressiva tendenza ad affidare sempre più frequentemente la soluzione delle controversie in materia di pubblicità al Giurì piuttosto che all'autorità giudiziaria.

Occorre precisare che la maggior parte delle vertenze di rilievo in tema di comunicazione pubblicitaria, e segnatamente di campagne comparative, è stata deferita al Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria. Quest'ultimo, pur avendo il più delle volte preso in esame fattispecie di comparazione indiretta (quella diretta, come si è ricordato, era vietata dall'ordinamento autodisciplinare prima della riforma del 1999), ha tuttavia fissato principi e criteri sicuramente di grande ausilio per l'interpretazione della normativa in argomento<sup>70</sup>.

E' proprio il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria che disciplina esplicitamente la pubblicità comparativa vietando quella diretta e consentendo quella indiretta solo a certe condizioni.

Le disposizioni del CA da cui emerge maggiormente la preoccupazione che il ricorso alla comunicazione pubblicitaria, da parte degli operatori economici, sia effettuato con lealtà e correttezza, non solo nei confronti

---

*dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, fasc. 01, p. 188 ss. Per una trattazione più approfondita circa la storia e i vari aspetti dell'autodisciplina italiana, si rinvia a FUSI-TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983.

<sup>70</sup> In questo ordine di idee, FUSI M., TESTA P., COTTAFANI P., *op. cit.*, p. 62 - 63.

dei consumatori, ma anche nei confronti degli altri professionisti operanti nel medesimo mercato, sono gli artt. 7 (Identificazione della comunicazione commerciale), 13 (Imitazione, confusione e sfruttamento), 14 (Denigrazione) e 15 (Comparazione).

Con riguardo al disposto dell'art. 13 CA, orientamento consolidato del Giurì è quello di ritenere che, affinché l'idea pubblicitaria possa essere tutelata dalla suddetta norma, è necessario che la stessa presenti i requisiti di *originalità* e *creatività*<sup>71</sup>. In particolare è stato affermato che può essere considerata originale l'idea che sia il risultato di uno sforzo creativo autonomo e apprezzabile e, dunque, che l'originalità dell'idea si misura, in primo luogo, in funzione della sua lontananza dall'oggetto cui viene riferita.

Con la pronuncia *n. 14/2010 del 23 febbraio 2010*<sup>72</sup>, il Giurì sembra voler, quindi, estendere l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 13 CA, affermando che la tutela da essa fornita non può ritenersi limitata ai casi in cui si ponga l'esigenza di proteggere elementi di creazione pubblicitaria nuovi ed originali, poiché essa deve essere accordata anche quando due messaggi tendano a sovrapporsi a tal punto da poter essere considerati l'uno il calco dell'altro.

Quando, quindi, i tratti distintivi di due spot che tendono a sovrapporsi non impediscono la percezione da parte del pubblico di una sostanziale equivalenza, deve ritenersi che il messaggio pubblicitario sia idoneo ad ingenerare confusione nei consumatori.

Sono state analizzate le decisioni emanate dal Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria dal 2004 al 2006 in tema di pubblicità comparativa.

Come evidenziato in passato, le imprese continuano a rivolgersi anche al Giurì per la risoluzione di controversie in materia di pubblicità comparativa, stante la rapidità dei tempi del giudizio (di media i procedimenti vengono conclusi in un mese) e l'alto grado di vincolatività

---

<sup>71</sup> Giurì n. 80/2004, *L'Oreal Cosmetique Active s.p.a. c. KUIPER*, in *Dir. Ind.*, 2001, p. 487.

<sup>72</sup> Giurì n. 14/2010, *L'Oreal Italia S.p.a. c. Henkel Italia S.p.a.*, in *Dir Ind.*, 2010, fasc. 04, p. 385.

delle decisioni, definitive e non impugnabili dinanzi ad alcun organo statale.

Come osservazione di natura generale, sulla base del confronto tra gli orientamenti espressi dal Giurì e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si concorda con la posizione espressa dalla dottrina secondo cui la comparazione pubblicitaria troverebbe nel nostro ordinamento giuridico una disciplina unitaria, nonostante l'esistenza di due diversi sistemi normativi che disciplinano la materia, il Codice del consumo ed il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria.

Infatti, nonostante una non totale coincidenza tra le condizioni di liceità previste dall'*art. 22* del Codice del consumo e quelle di cui all'*art. 15* del Codice di Autodisciplina, negli interventi oggetto della presente analisi il Giurì si è allineato all'orientamento, da tempo espresso dall'Autorità Garante, secondo cui la pubblicità comparativa deve perseguire finalità prettamente informative.

Sembra in tal modo, e a ragione, superata l'interpretazione espressa dal Giurì all'indomani della modifica dell'*art. 15* del Codice di Autodisciplina, operata nel 1999 in vista dell'introduzione nell'ordinamento italiano della normativa in tema di pubblicità comparativa di cui al d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, secondo cui anche il confronto non basato su caratteristiche oggettive e misurabili dei prodotti sarebbe lecito, purché esso non ricorra ad indebito agganciamento e non sia confusorio né denigratorio.

A conforto di quanto detto, si consideri che gli interventi del Giurì oggetto della presente analisi hanno affermato, in molteplici occasioni, che il confronto operato nell'ambito di pubblicità comparative deve riguardare in maniera obiettiva le caratteristiche c.d. informativo-prestazionali dei servizi e/o prodotti stessi, deve essere "*razionalmente motivato*" e suscettibile di dimostrazione della verità dei dati riportati<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Si vedano, ad esempio, casi *Procter & Gamble Holding Srl contro Italsilva Spa*, n. 172/2004 del 14/9/2004 e *ENI Spa contro Eataly Srl*, n. 1/2006 del 14/2/2006.

Emblematico di tale impostazione è il caso di un confronto operato tra due soggetti che offrivano servizi di informazione elenco abbonati (caso *Vodafone Omintel Nv contro Il Numero Italia Srl*, n. 157/2005 del 30/9/2005). La pubblicità utilizzava l'immagine di una coppia di ballerini gemelli, che sembrava riscuotere molto successo, per rappresentare il nuovo numero 892-892, e quella di una coppia di anziani signori dall'aria rassegnata e malinconica, con due cartelli su cui erano scritti i numeri 12 e 412. La *reclame* è stata ritenuta illecita perché non poneva " *a confronto obiettivamente caratteristiche essenziali, pertinenti e verificabili e rappresentative dei servizi* ", e per tale motivo era " *meramente suggestiva* " e perciò contraria all'art. 15 del CAP.

Tale orientamento, secondo cui la comparazione deve essere concreta e fattuale, da un lato, ed interessante e significativa, dall'altro, così come prescritto dall'art 15, comma 1, CAP, è senza dubbio condivisibile. Esso rappresenta una delle vere novità introdotte in seguito alla detta modifica dell'art. 15 del Codice di Autodisciplina.

Quanto all'*ambito applicativo* dell'art. 15 CAP, può ritenersi ormai risalente l'orientamento del Giurì secondo cui tale norma è da riferirsi a qualsiasi forma di comparazione, di tipo diretto, indiretto o anche solo superlativo. Tale orientamento, che non corrisponde a quello espresso sul punto dall'Autorità Garante, è confermato dalle decisioni prese in esame.

Come detto, anche i *claims* superlativi sono sottoposti dal Giurì al severo vaglio di veridicità e di liceità dell'art. 15 e di altre norme del Codice di Autodisciplina. Le uniche ipotesi di superlazione ammesse dall'ordinamento autodisciplinare continuano ad essere quelle che si risolvono in mere iperboli, come tali riconoscibili da chiunque<sup>74</sup>. A tale proposito, anche recentemente il Giurì ha affermato che non contrasta con gli articoli 2 (divieto di ingannevolezza), 14 (divieto di denigrazione) e 15 del CAP una rivendicazione di eccellenza che sia

---

<sup>74</sup> Vedi, ad esempio, caso *Coca Cola contro Pepsi Cola*, n. 98/1991 del 11/5/1991.

generica e caratterizzata da un'ambientazione favolistica della *reclame*<sup>75</sup>.

Non si concorda con l'orientamento che sottopone anche le pubblicità superlative ad analisi di compatibilità con la normativa sulla comparazione pubblicitaria, in quanto si ritiene che un'interpretazione così ampia dell'ambito applicativo delle norme sulla pubblicità comparativa non sia giustificata. I messaggi pubblicitari non hanno più come destinatari consumatori c.d. sprovveduti, in quanto l'atteggiamento del pubblico nei confronti dell'*advertising* è oggi molto più consapevole che in passato. Invece, secondo il Giurì è proprio al consumatore più sprovveduto che bisogna fare riferimento per decidere se un messaggio pubblicitario sia o meno ingannevole o illecito<sup>76</sup>.

Inoltre, la possibilità di veicolare *claims* con aspetti di superlazione è in qualche modo da considerarsi auspicabile: anche in caso di pubblicità per così dire " informative ", le modalità espressive devono essere allettanti e persuasive, affinché la pubblicità stessa non perda in efficacia ed in capacità di induzione all'acquisto<sup>77</sup>.

Il Giurì ritiene che sia necessario dare ai consumatori tutte le informazioni utili relative al prezzo ma che un eccesso di informazioni può generare l'effetto contrario, ossia la mancata percezione di tutte le informazioni indicate.

Il Giurì ha preso in considerazione, in diverse delle decisioni esaminate, il requisito della *omogeneità* tra i beni confrontati, anche questa una delle novità introdotte dal nuovo art. 15 CAP tra le condizioni di liceità della comparazione.

---

<sup>75</sup> Cfr., caso *Henkel Spa contro Procter & Gamble Holding Srl*, n. 206/2005 del 29/11/2005.

<sup>76</sup> In tal senso, GAMBINO A.M., *Pubblicità ingannevole e comparativa*, Anni 2004, 2005 e primo semestre 2006, in *Concorrenza e mercato 2006*, fasc. 01, p. 185.

<sup>77</sup> Vedi, MELI V., *La pubblicità comparativa tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1999, p. 287.

In maniera del tutto condivisibile, si è ritenuto che il confronto pubblicitario non deve riguardare beni "*riconducibili ad attività commerciali totalmente estranee a rapporti di concorrenza*".

Il Giurì ha poi stabilito che configura un'ipotesi di denigrazione ogni atteggiamento di disgusto, repulsione o violento rifiuto del servizio altrui<sup>78</sup>.

Tale organo autodisciplinare si rifà a regole di esperienza idonee a fornire all'interprete un criterio astratto ed univoco. La modalità di analisi utilizzata circa la denigratorietà del confronto non pare eccessivamente discrezionale ed offre dei parametri piuttosto obiettivi. Anche secondo la dottrina, la casistica del Giurì delinea un criterio generale in tema di denigrazione, ossia quello dell' " eccesso espressivo nella illustrazione del minor pregio del prodotto concorrente, ovvero [quello di] una presentazione allusiva tale da imprimergli più o meno implicitamente ed in modo forzato una connotazione negativa "<sup>79</sup>.

Infine, va messo in luce che vi è la tendenza nel nostro ordinamento ed in quello comunitario a considerare le violazioni delle regole dei codici di condotta, tra cui rientra il Codice di Autodisciplina, come fattispecie illecite ai sensi delle norme sulla concorrenza sleale.

In tal modo, oltre ad un auspicabile coordinamento delle varie normative che disciplinano la pubblicità ingannevole e comparativa, si opera una sorta di " riconoscimento " del ruolo e della efficacia delle norme disciplinari e deontologiche anche al di fuori delle categorie professionali che hanno sottoscritto i codici stessi.

A livello comunitario, ai sensi della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, il mancato rispetto dei codici di condotta da parte dei professionisti che si sono impegnati a rispettarli, sempre che si tratti di impegni fermi e irrevocabili, costituisce una pratica commerciale ingannevole e dunque

---

<sup>78</sup> Cfr., caso *Telecom Italia Spa contro Tele2 Italia Spa*, n. 173/2005 del 19/10/2004

<sup>79</sup> In questo senso, GAMBINO A.M., *op. cit.*, p. 185.

sleale, in quanto induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 6).

Nell'ordinamento nazionale, la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che le regole del Codice di Autodisciplina costituiscono quei parametri di valutazione della " correttezza professionale " ai quali si riferisce l'art. 2598 n. 3, Codice Civile, poiché esprimono l'etica degli operatori del settore<sup>80</sup>.

## 2.4 Caso Giurisprudenziale: Barilla G. e R. Fratelli s.p.a contro Plasmon Dietetici Alimentari s.r.l. e Heinz Italia s.p.a

Nell'ambito della pubblicità comparativa e ingannevole, esemplare è la sentenza del Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale (di seguito, "P.I.I."), emessa il 17 Gennaio 2012 tra Barilla G. e R. Fratelli e Plasmon Dietetici Alimentari s.r.l. e Heinz Italia S.p.A.

In data 01.12.2011 Barilla G. e R. Fratelli – S.p.A (di seguito, "Barilla") citava in giudizio Plasmon Dietetici Alimentari s.r.l. (di seguito, "Plasmon") e Heinz Italia S.p.A (di seguito "Heinz") per aver posto in essere atti di concorrenza sleale e aver violato le norme sulla pubblicità comparativa attraverso un'aggressiva campagna pubblicitaria, principalmente a mezzo stampa e internet confrontando, attraverso una tabella comparativa, i biscotti e la pasta Plasmon (rivolti all'alimentazione della prima infanzia) con i biscotti "Macine" e la pasta "Piccolini" della Barilla. Il confronto verteva sul fatto che i prodotti Plasmon erano genuini a differenza di quelli della concorrenza che contenevano pesticidi e micotossine in misura molto superiore ai limiti

---

<sup>80</sup> In questo ordine di idee, GAMBINO A.M., *op. cit*, p .186.

di legge stabiliti per l'infanzia, a tal punto da definirli “prodotti per adulti”.

La ricorrente contestava pertanto la violazione dell'art. 4 n. 1 lett. b) D. Lgs. n. 145/2007<sup>81</sup>, il compimento di atti di violazione per denigrazione del proprio marchio e di atti di concorrenza sleale a norma dell'art. 2598 c.c.<sup>82</sup>.

Il particolare, la ricorrente, contestava che la comparazione:

- era *ingannevole* dal momento che dalla comparazione dei prodotti si evinceva che i prodotti Barilla non fossero adeguati all'alimentazione dei bambini in generale, quando invece questi ultimi erano perfettamente idonei all'utilizzo dei bambini, oltre i tre anni di età;
- *non* avveniva tra *beni omogenei* tra loro poiché si raffrontavano alimenti destinati ai lattanti e bambini (quelli Plasmon) con quelli destinati ad un target superiore ai tre anni (quelli Barilla);
- non indicasse differenze di prezzo;
- constava in una vera e propria denigrazione nei confronti dei prodotti Barilla.

Pertanto la Barilla sottolinea la sua necessità di agire in via cautelare, in quanto, quanto al *periculum*, la suddetta comparazione andava a ledere l'immagine del brand Barilla, e per di più ne sviava la clientela creando, così, un danno irreversibile; quanto invece al *fumus*, rilevava come ciò risultasse evidente dall'*advertising* contestata.

Di conseguenza, la ricorrente, chiedeva in via cautelare innanzitutto la cessazione della prosecuzione degli atti illeciti, in essere e futuri, relative a campagne pubblicitarie delle resistenti e, inoltre, una congrua penale e soprattutto che il provvedimento venisse emanato *inaudita altera parte* data.

---

<sup>81</sup> Vedi *supra*, “L'illeicità comparativa”, par. 2.3.2., p. 37-39.

<sup>82</sup> Vedi *supra*, “Denigrazione e appropriazione dei pregi altrui (art. 2598, n. 2, c.c.)”, par. 1.3.2, p. 13-15.

Il giudice, dott. Marina Tavassi, presidente della Sezione Specializzata P.I.I. di Milano, con decreto emesso *inaudita altera parte*, depositato in data 3.12.2011, accoglie le lamentele presentate da Barilla a causa del carattere ingannevole e non rispettoso dei limiti di cui all'art. 4 del D.Lgs. 14572007 della pubblicità comparativa della resistente oggetto di causa, prevedendo la cessazione, da parte della Plasmon, a proseguire la suddetta campagna pubblicitaria comparativa fra i prodotti Plasmon e Barilla e disponendo una penale di Euro 100.000,00, in virtù della notorietà dei marchi coinvolti e dell'eco mediatica prodotta.

In data 22 dicembre 2011 si costituivano in giudizio le società *resistenti*, Plasmon e Heinz, formulando in via cautelare *domande riconvenzionali*. In primo luogo, sottolineavano, l'incompetenza di questa Sezione Specializzata, di cui sul punto nel giudizio, il Giudice si dimostrerà di competenza.

Le resistenti lamentavano come Barilla avesse tentato un agganciamento ai propri prodotti e inoltre avessero voluto rivolgersi al segmento dell'alimentazione per l'infanzia (caratterizzante i prodotti Plasmon).

Inoltre, giustificano la promozione della loro campagna sulla base di ragioni che vanno anche al di là del business in quanto fondate su considerazioni dal punto di vista etico; infatti, affermano che la loro promozione aveva come scopo quello di rendere coscienti i consumatori dei pericoli connessi ad una scorretta alimentazione dei bambini sotto i tre anni di età, attraverso l'utilizzo "indifferenziato" di prodotti Barilla.

In particolare, in merito all'accusa di *violazione* delle disposizioni di cui all'art. 4 D.Lgs. n. 145/2007, e più nello specifico con riferimento all'affermazione della ricorrente che non si trattasse di un confronto tra prodotti omogenei, le resistenti Plasmon/Heinz rilevavano che fosse stata la stessa Barilla ad aver ingenerato un convincimento sul mercato nel suggerire un uso dei propri prodotti, destinati agli adulti, per i bambini e per la prima infanzia.

Relativamente, invece, all'addebito di *ingannevolezza* del confronto, la difesa Plasmon/Heinz evidenziava come la il testo dei messaggi

contestati con il termine "bambini" voleva riferirsi all'infante con meno di tre anni.

Circa l'*omissione* del differente minor *prezzo* dei prodotti Barilla, invece, la controparte rilevava invece che un eventuale indicazione del prezzo avrebbe messo in luce il concetto secondo il quale il minor prezzo e quindi una maggior convenienza dei prodotti Barilla potesse giustificare ed addirittura suggerire un consumo inappropriato.

In relazione alla denigrazione del *brand* Barilla, le resistenti dimostrano come i risultati delle indagini di "Astra Ricerche" confermano come la fiducia complessiva nel *brand* e nella qualità Barilla in generale non sarebbe stata intaccata dalla campagna Plasmon.

Con riferimento all'accusa di uso non legittimo del marchio Barilla, le resistenti controbattevano, sostenendo l'inesistenza di presupposti per invocare la relativa tutela (*i.e.* tentativo di agganciamento; uso del segno altrui in funzione distintiva; confusione circa la origine dei prodotti).

Infine occorre aggiungere un'ultima contestazione posta in essere dalle resistenti in relazione al fatto che Barilla, in reazione e successivamente alla campagna Plasmon/Heinz, si fossero poste in violazione dell'art. 4 lett. a), c) ed e) del D.Lgs. n. 145/2007 e dell'art. 2598 nn. 2 e 3 c.c.

Infatti, a riguardo, con riferimento alla pronuncia resa dal Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria, (adito, in prima istanza, da Barilla giudicando la pubblicità contestata imprecisa in alcuni punti, ma non illecita), la difesa Plasmon/Heinz faceva anche presente come in proposito quest'ultimo avesse inibito a Barilla l'ulteriore utilizzo del proprio *claim* "A mangiar bene si comincia da Piccolini" in quanto avrebbe potuto indurre in errore i consumatori sui prodotti Barilla, considerati prodotto "per adulti" ed non idonei alla prima infanzia, dunque, ingannevole.

Passando all'esame delle richieste inibitorie formulate dalle parti del procedimento.

In merito del ricorso della ricorrente, il giudicante, conferma il provvedimento emesso *inaudita altera parte*, non essendo state le difese

svolte da parte delle resistenti “*idonee a fugare il giudizio di sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora*”.

Nel dichiarare legittima o meno la pubblicità comparativa diffusa da parte della Plasmon, il Giudice considera l'art. 4 del D.Lgs. n. 145/2007<sup>83</sup>.

La lett. a) dell'art.4 del suddetto decreto, prevede innanzitutto che la pubblicità comparativa *non sia ingannevole*; a tal riguardo, il Giudice chiarisce innanzitutto che l'elemento che viola tale condizione è la modalità con cui sono messi a confronto i residui di pesticidi e micotossine (valori posti in posizione “defilata” e marginale, in alto a sinistra, con caratteri e spessori poco evidenti).

Inoltre l'ingannevolezza del messaggio sta anche nel fatto che il messaggio trasmesso dalla pubblicità Plasmon induce il consumatore a ritenere che i prodotti Barilla non siano idonei all'alimentazione di tutti i bambini, di qualsiasi età, in contrasto con quanto dichiarato all'art. 2, lett. b), del medesimo D.Lgs. n. 145/2007, riguardo la definizione di “pubblicità ingannevole”<sup>84</sup>.

Sempre con riferimento all'ingannevolezza del messaggio bisogna avere presente le ulteriori precisazioni di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 145/2007, per cui, “*se ne devono considerare tutti gli elementi*”, e fra questi il *prezzo* o il modo in cui questo è calcolato e le condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti (lett. b). Quindi il messaggio trasmesso appare ingannevole anche per la mancata indicazione del prezzo in modo da pregiudicare il comportamento economico dei destinatari.

Il prezzo viene, poi, preso in considerazione anche alla lett. c), art. 4, del suddetto decreto, il quale, prevede che la pubblicità comparativa

---

<sup>83</sup> L'art. 4 del D.Lgs. 145/2007 dà attuazione della Direttiva n. 29/2005 sulla pubblicità ingannevole e stabilisce le condizioni di liceità della pubblicità comparativa.

<sup>84</sup> Art. 2, lett. b), D. Lgs. N. 145/2007 afferma: “*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, è idonea ad 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, sia idonea a ledere un concorrente*”.

confronti “oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo di tali beni e servizi” (lett. c), requisito della c.d. *verificabilità*; di conseguenza, una simile omissione, non è ammessa nel momento in cui la diversità di prezzo è così rilevante nel determinare la scelta del consumatore.

Con riferimento alla lett. b), art. 4, D.Lgs. 145/2007, il quale prevede che la pubblicità comparativa debba confrontare beni o servizi c.d. *omogenei*, ovvero che soddisfino gli stessi bisogni o si propongano gli stessi obiettivi, il Giudice afferma che non vi siano sufficienti elementi per affermare che Barilla avesse indotto al consumatore un suggerimento (quale affermato da Plasmon/Heinz), anzi, al contrario, dai documenti prodotti da Barilla circa i propri messaggi pubblicitari e circa le proprie iniziative sembra che i prodotti (in particolare la pasta denominata "Piccolini") siano destinati ad una categoria di bambini oltre i tre anni di età.

Inoltre, per poter affermare che si tratta di beni che soddisfano gli *stessi bisogni* (lett. b), è necessario che non solo si tratti di due generi alimentari della stessa specie, ma anche che si tratti di due prodotti aventi sul mercato parità di condizioni, fra le quali quella di prezzo, in maniera tale da non indurre il consumatore a pensare che i due prodotti in comparazione siano “*pienamente fungibili*” fra loro.

All’art. 4, lett c), oltre ad essere indicata l’eventuale comprensione del prezzo nel confronto, impone che siano messe in luce caratteristiche “*essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative*” in maniera tale da evitare di omettere un aspetto fondamentale volto ad una corretta informazione del consumatore utile nella scelta del prodotto; in questa fattispecie, infatti, la diversità di costo dei due prodotti poteva consentire al consumatore di attuare una comparazione dei benefici.

Passando invece alle domande riconvenzionali, proposte da Plasmon/Heinz, si può affermare che l’analisi degli spot a supporto delle loro istanze cautelari confermano la tesi di Barilla, dal momento che

negli stessi compaiono sicuramente bambini di età superiore ai tre anni e che la voce fuori campo fa riferimento esplicitamente a “Piccolini” come una linea così denominata per il formato ridotto, più “*appetibile*”.

Per quanto riguarda invece il *claim* “*A mangiar bene si comincia da Piccolini*”, il Giudice specifica che sulla facciata posteriore dei “Piccolini”, dedicata ai suggerimenti di consumo, è indicata “*con sufficiente visibilità*”, la raccomandazione che i prodotti siano rivolti a consumatori sopra i 3 anni.

Con riferimento alla violazione dell'art. 4 lett. a), c) ed e) del D.Lgs. n. 145/2007 e dell'art. 2598 c.c. da parte di Barilla ai danni delle resistenti Plasmon/Heinz mediante dichiarazioni e/o iniziative poste in essere dalla ricorrente, a seguito della contestata campagna pubblicitaria Plasmon/Heinz, il Giudice stabilisce che le stesse siano “*espressione di una misurata risposta alla campagna pubblicitaria posta in essere da Plasmon, senza superare i limiti di una corretta informativa al pubblico*”

Tuttavia il Giudice considera sproporzionata anche la richiesta di inibitoria, da parte di Plasmon/Heinz, riguardo l'uso del *claim* “*A mangiare bene si comincia da Piccolini*” e del corrispondente marchio Piccolini in quanto afferma che nonostante i “Piccolini” siano sconsigliabili per l'alimentazione dei consumatori sotto i tre anni, al contempo gli stessi risultano idonei per consumatori dai tre anni in su dal momento che “*manca quell'elemento di decettibilità e falsità che potrebbe giustificare una declatoria di nullità del marchio*”.

A tal riguardo, occorre precisare che il Giudice, valuta positivamente il comportamento di Barilla che, già prima delle domande riconvenzionali formulate in proposito dalle resistenti, ha deciso autonomamente di inserire sulle confezioni di pasta in questione l' “avviso”: “per consumatori sopra i 3 anni”.

In conclusione le domande riconvenzionali, poste in essere dalla resistente, non vengono accolte, disponendo, quindi, conferma delle

misure cautelari già adottate con il decreto emesso *inaudita altera parte* ed in particolare l'inibitoria e la penale in esso determinate.

Si conferma, dunque, l'illeicità della pubblicità della Plasmon inibendo alla società Plasmon/Heinz la prosecuzione della campagna pubblicitaria comparativa.

### QUAL E' LA DIFFERENZA?

PASTA PER BAMBINI
PASTA PER ADULTI




Limite Massimo Normativa Infanzia (µg/Kg)	PLASMON	PICCOLINI BARILLA
<b>PESTICIDI*</b>		
Piperonil butossido 10	✓	88
Deltametrina 10	✓	✓
Pirimifos metile 10	✓	48
Clorpirifos metile 10	✓	✓
Fosfine 10	✓	✓
<b>MICOTOSSINE*</b>		
Dea 200	✓	340
Ocrotossina 0,5	✓	✓

Molte mamme usano pasta per adulti anche per bambini con meno di 3 anni. Questa pasta va bene per gli adulti, ma può contenere livelli di contaminanti anche molto superiori ai limiti di legge stabiliti per i bambini di questa età. Plasmon, attraverso il programma Oasi, garantisce il rispetto di tali limiti.

Plasmon, da sempre ti da il meglio per il tuo bambino  
**QUESTA È LA DIFFERENZA.**

\*Analisi certificate da laboratorio privato indipendente, accreditato alla norma ISO 17025, sui contaminanti più rilevanti (Infanzia novembre 2013)

### QUAL E' LA DIFFERENZA?

BISCOTTO PER BAMBINI
BISCOTTO PER ADULTI




Limite Massimo Normativa Infanzia (µg/Kg)	PLASMON	MACINA MULINO BIANCO
<b>PESTICIDI*</b>		
Piperonil butossido 10	✓	227
Pirimifos metile 10	✓	✓
Deltametrina 10	✓	91
Clorpirifos metile 10	✓	✓
Fosfine 10	✓	✓

Molte mamme usano biscotti per adulti anche per bambini con meno di 3 anni. Questi biscotti vanno bene per gli adulti, ma possono contenere livelli di pesticidi anche molto superiori ai limiti di legge stabiliti per i bambini di questa età. Plasmon, attraverso il programma Oasi, garantisce il rispetto di tali limiti.

Plasmon, da sempre ti da il meglio per il tuo bambino  
**QUESTA È LA DIFFERENZA.**

\*Analisi certificate da laboratorio privato indipendente, accreditato alla norma ISO 17025, sui pesticidi più rilevanti (Infanzia novembre 2013)

## Capitolo III

### Procedimenti per la pubblicità comparativa denigratoria

#### 3.1 Pubblicità comparativa e Autorità Garante

Il compito di applicare la disciplina della pubblicità comparativa è stato affidato dal d.lgs. 145/2007 all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato attribuendogli la competenza a controllare la liceità della pubblicità comparativa non ingannevole.

Per quanto riguarda i decreti, relativi ai rimedi sulle pratiche commerciali scorrette, si prestano ad essere analizzati congiuntamente posto che recano previsioni in larghissima misura coincidenti (cfr. artt. 8 e 9 del d.lgs. 1245/2007 e 27 e 27-ter del Codice del consumo riformato).

Come da più parti, anche in sedi istituzionali e in occasioni ufficiali, era stato auspicato<sup>85</sup>, i decreti hanno attribuito all'AGCM primario ruolo e diretta responsabilità (evidenziata dalla possibilità di iniziativa d'ufficio) nel contrasto delle pratiche commerciali scorrette.

L'AGCM, su denuncia di soggetti interessati o anche d'ufficio, può valutare la legittimità di pratiche commerciali e messaggi pubblicitari

---

<sup>85</sup> Nel giugno del 2007, in occasione della Relazione alle Camere sull'attività del 2006, il Presidente dell'AGCM, dopo avere evidenziato come la legge n. 287 del 1990 non consente la repressione di abusi e scorrettezze che non siano posti in essere da un'impresa in posizione dominante, ma che danneggino consumatori e concorrenti, aveva auspicato che, per queste condotte, il recepimento della direttiva 2005/29/CE attribuisse all'AGCM competenza a intervenire.

(20) L'art. 27-ter del Codice del consumo riformato riproduce in buona parte, includendo anche la vecchia rubrica ("Autodisciplina"), il vecchio art. 27 del Codice del consumo (già art. 8 del d. lgs. n. 74 del 1992, abr.)

sospetti di scorrettezza e, se del caso, inibire (anche in via urgente) le condotte, irrogando all'impresa sanzioni amministrative pecuniarie. Avverso le decisioni dell'AGCM può essere proposto ricorso al T.A.R. del Lazio, che ha giurisdizione esclusiva in materia (cfr. l'art. 8, 13° comma, del d. lgs. n. 145 del 2007 e l'art. 27, 13° comma, del Codice del consumo).

Per la pubblicità commerciale ingannevole o comparativa, le principali novità riguardano l'*enforcement* amministrativo e sono sostanzialmente quattro: l'attribuzione all'AGCM di poteri di iniziativa d'ufficio, di più penetranti poteri inquisitori, di nuovi poteri di definizione, transattiva o negoziata o patteggiata, del procedimento, e infine l'inasprimento delle sanzioni pecuniarie.

Per le altre pratiche commerciali scorrette (essenzialmente le pratiche aggressive), le novità recate dal d. lgs. n. 146 del 2007 sono essenzialmente due: entrata in scena dell'*enforcement* pubblico, ad opera dell'AGCM, che esercita in questa materia i medesimi poteri di cui dispone in materia di pubblicità illecita; e attribuzione ad alcuni soggetti della legittimazione (straordinaria) a fare ricorso all'AGO<sup>86</sup> per chiedere l'inibitoria collettiva di cui all'art. 140 del Codice del consumo, o il risarcimento collettivo del danno previsto dal nuovo art. 140-*bis* dello stesso Codice (introdotto con la l. 24 dicembre 2007, n. 244 "legge finanziaria per il 2008").

Sul terreno del coordinamento, mette conto segnalare l'incerto rapporto che sussiste fra i decreti. In linea di principio, l'uno (il n. 146 del 2007)

---

<sup>86</sup> In relazione a tale istituto, e alla possibilità che venisse introdotto nel nostro ordinamento a seguito del recepimento della Direttiva, cfr. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO, p. 342; in generale, sulle prospettive di previsione di azioni risarcitorie di classe nell'ordinamento italiano cfr. SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 875 ss., e, da ultimo, GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in MAUGERI, ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, ivi ulteriori riferimenti.

pone divieti di pratiche commerciali scorrette e ingannevoli in danno dei consumatori; l'altro (il n. 145 del 2007) pone divieti di pubblicità illecita in danno dei professionisti e dei concorrenti. In pratica, però, i campi di applicazione dei decreti risultano parzialmente coincidenti per quanto riguarda la repressione della pubblicità ingannevole (in vari casi, sussumibile tanto nel d. lgs. n. 145 del 2007 quanto nel d. lgs. n. 146 del 2007, ovvero sia nel Codice del consumo). E del resto, anche le finalità dei decreti possono reputarsi largamente convergenti (finalità di tutela dei consumatori e finalità di tutela dei professionisti e dei concorrenti possono, in determinate situazioni, coincidere)<sup>87</sup>. Si profila perciò una questione interpretativa di non facile soluzione che attiene al "se" e al "come", tecnicamente, istituire fra i decreti un rapporto di specialità, ovvero gestire ipotetici cumuli di discipline e di procedimenti<sup>88</sup>.

### 3.2 Poteri e procedimenti dell'AGCM

Il legislatore italiano ha riconosciuto a chiunque ne abbia interesse il potere di presentare denunce all'Autorità ed ha anche attribuito all'AGCM il potere di agire *ex officio* per contrastare queste infrazioni<sup>89</sup>. Questa previsione è di particolare importanza. Con essa, in pratica, è superata ogni esigenza di verifica sulla legittimazione del denunciante a mettere in moto la procedura, e ogni necessità di distinguere, quanto ad esistenza di tutti i presupposti di apertura di un procedimento, denunce di pubblicità illecita vietata dal d. lgs. n. 145 del 2007, nell'interesse dei

---

<sup>88</sup> Cfr. in tal senso, DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d. lgs. 2007, n. 145*, in *Studium Iuris*, 2007, p. 1307 ss.

<sup>89</sup> La soluzione del riconoscimento dei poteri di iniziativa d'ufficio in materia di pubblicità ingannevole era in passato stata auspicata, fra gli altri, da AUTERI, *I poteri dell'autorità garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, p.220 ss.

professionisti e denunce di pratiche commerciali sleali vietate dal Codice del consumo, nell'interesse dei consumatori<sup>90</sup>.

L'interesse del denunciante però rimane significativo ad altri fini e, segnatamente, per determinare la posizione che egli riveste nel procedimento amministrativo, ai fini dell'intervento e dell'accesso agli atti e di una eventuale impugnativa giurisdizionale della decisione dell'AGCM. A tale scopo, occorrerà appurare se chi presenta la denuncia è portatore di un interesse all'accertamento del carattere scorretto della condotta. In materia di intervento, i regolamenti istruttori dell'AGCM esplicitano peraltro che possono in ogni caso intervenire nel procedimento, accedendo agli atti e presentando memorie scritte, deduzioni e pareri, 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. Varranno perciò i criteri che normalmente si utilizzano per stabilire se il soggetto che domanda pubblica tutela è portatore di un interesse attuale, personale e differenziato. Questo interesse, in linea di principio, può ritenersi sussistente, sia per i procedimenti avviati ai sensi del Codice del consumo, sia per i procedimenti avviati *ex d. lgs. n. 145 del 2007*, in capo a chi alleggi la propria qualità di concorrente o consumatore (anche potenziale) in relazione al mercato di riferimento (geografico e merceologico) nel quale la condotta si realizza; e in capo ad associazioni di consumatori (non solo quelle di cui all'art. 139 del Codice del consumo) e di professionisti, dotate di sufficiente organizzazione e serietà ("reputazione")<sup>91</sup>.

Come anticipato, uno dei contenuti qualificanti dei decreti è la previsione della competenza dell'AGCM ad intervenire, anche d'ufficio,

---

<sup>90</sup> In tale ordine di idee, GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, fasc. 04, p. 767.

<sup>91</sup> Sulla contrapposizione fra modelli di organizzazione della congiunta attività amministrativa *antitrust*, come amministrazione paragiurisdizionale, ovvero come amministrazione "di risultati", cfr. LIBERTINI, *Le misure cautelari*, in *Convegno ASSONIME*, Roma 23 luglio, 2007.

per contrastare la pubblicità illecita e le pratiche commerciali scorrette. Questa previsione ha rilevanti conseguenze pratiche e ricadute sull'inquadramento teorico dell'attività dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette.

Il d. lgs. n. 145 del 2007 (art. 8, 7° comma) prevede che "ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista l'assunzione dell'impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità.

L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione".

I decreti (nazionali e comunitari) non stabiliscono alcun termine oltre il quale la via della transazione non è percorribile e non stabiliscono espressamente che in caso di inottemperanza agli impegni il procedimento può essere riaperto. L'art. 14-ter della legge *antitrust*, invece, stabilisce che le imprese possono presentare all'AGCM impegni solo entro il termine di tre mesi dall'apertura del procedimento e prevede espressamente la riapertura del procedimento in caso di inosservanza degli impegni. Nel silenzio dei decreti peraltro il termine finale per la presentazione di impegni di correttezza è posto dai regolamenti, ed è di trenta giorni dall'avvio del procedimento.

I regolamenti inoltre stabiliscono espressamente che "successivamente alla decisione di accettazione di impegni, il procedimento potrà essere riaperto d'ufficio, laddove:

- a) il professionista non dà attuazione agli impegni assunti;
- b) si modifica la situazione di fatto rispetto a uno o più elementi su cui si fonda la decisione;
- c) la decisione di accettazione di impegni si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte e fuorvianti".

I decreti prevedono che l'Autorità valuti l'idoneità dell'impegno ottenuto dal professionista di "porre fine all'infrazione"; l'art. 14-ter della l. n. 287 del 1990, invece, prevede che le imprese possano sottoporre alla valutazione di idoneità dell'AGCM impegni "tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria".

L'AGCM è nelle condizioni di definire esclusivamente con l'interessato il contenuto degli eventuali impegni (ferma restando la possibilità dei terzi interessati di impugnare la decisione *ex post*). È altresì previsto che sia il Collegio, e non siano gli uffici istruttori, a valutare impegni parzialmente idonei e fissare un termine per l'eventuale integrazione<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> In materia di competenza e poteri dell'Autorità Garante riguardo le pratiche commerciali scorrette vedi, GENOVESE A., *op.cit*, p. 767-769.

## Conclusione

Nel corso del precedente elaborato si è analizzata la genesi e la formalizzazione del concetto di “pratica commerciale scorretta”, e più nello specifico della pubblicità comparativa, e soprattutto il recepimento di tale nozione nell’ordinamento italiano. La pubblicità è uno degli ingredienti che compongono l’economia moderna. Su mercati così vasti ed eterogenei come quelli che caratterizzano le società industrializzate, essa è strumento insostituibile per informare i consumatori e contribuire così ad un sano confronto concorrenziale fra le imprese. Purtroppo, però, non tutti utilizzano la pubblicità correttamente. E’ proprio nell’ambito di questo scenario, fatto di sfide a chi meglio sponsorizza i proprio beni e servizi, che il fenomeno della pubblicità comparativa si pone come ulteriore mezzo alla lotta concorrenziale, avendo oggi, quindi, più di prima la necessità per le imprese di servirsi della pubblicità come mezzo fondamentale. Proprio per questo è necessario, nell’interesse delle imprese e dei consumatori, garantire che la pubblicità svolga la propria funzione di comunicazione e promozione senza indurre i suoi destinatari in inganno creando le migliori condizioni possibili per la realizzazione della massima ricchezza nazionale, fissando regole che garantissero una concorrenza utile per gli interessi degli imprenditori ma anche per i consumatori.

## Bibliografia

AUTERI, *I poteri dell'autorità garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 2002.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, UTET, 2003.

CARDINI-DI FRAIA, *Il problema della pubblicità comparativa*, Arcipelago Edizioni, 1993.

CENDON P., *La concorrenza*, UTET, 2005.

CHICHI M., *La pubblicità comparativa. Un nuovo strumento di informazione*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it) (consultato il 20.08.1991).

DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d. lgs. 2007, n. 145*, in *Studium Iuris*, 2007.

FALCE V., *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Il Diritto Industriale*, 2008, fasc. 1.

FRANCESCHELLI R., *L'autodisciplina pubblicitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Atti del convegno internazionale sul diritto della pubblicità*, Madrid, 1983.

FUSI M., TESTA P., COTTAFABI P., *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Christian Marinotti Edizioni, 2000.

FUSI-TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983.

FUSI M., *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Diritto industriale*, 2009, fasc. 01.

GAMBINO A. M., *Pubblicità ingannevole e comparativa. Anni 2004, 2005 e primo semestre 2006*, in *Concorrenza e mercato*, 2006, fasc. 01.

GAMBINO A.M., *Pubblicità ingannevole e comparativa. Secondo semestre 2006 e primo semestre 2007*, in *Concorrenza e mercato 2007*, fasc. 01

GAMBINO A.M. , FALCE V., STAZI A., *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di Pubblicità Ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011.

GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, fasc, 04.

GUGLIELMETTI G., *La pubblicità comparativa e la proposta di direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1979.

LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. Industriale*, 2008, fasc. 03 e 08.

LIBERTINI, *Le misure cautelari*, in *Convegno ASSONIME*, Roma 23 luglio, 2007.

MANGIONE G., *Osservazioni sulla pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, fasc. 04.

MELI V., *La pubblicità comparativa fra vecchia e nuova disciplina*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1999, fasc. 02.

MINERVINI-ROSSI-CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007.

MINERVINI E. - ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, 2007.

MUSIO A., *La pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, in *Dir. informatica*, 1999, fasc. 01.

MUSTO A., *La pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, in *Dir. Informatica*, 1999, fasc. 01.

PIAZZA C., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. Informatica*, 2008, fasc. 01.

RICCIO G. M., *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Diritto Informatica*, 2006, fasc. 03.

SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

SENA, *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, fasc. 01.

SERAFINO A., *Osservatorio sulle pratiche commerciali scorrette e la pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Il Nuovo diritto*, 2008, fasc. 3-4.

TAVANI C., *Pubblicità comparativa e disciplina codicistica*, in *Giustizia Civile*, 1997, fasc. 07.

VANZETTI, *l'Autodisciplina pubblicitaria*, in *Atti del congresso nazionale della pubblicità*, Roma, 1986.