

Dipartimento
di Impresa e Management

Cattedra: Diritto Commerciale

Pubblicità comparativa: nascita ed evoluzione della disciplina

Prof. Leonardo Di Brina

RELATORE

Stillone Eleonora, matr. 207921

CANDIDATO

Sommario

Introduzione.....	3
Capitolo 1 – La concorrenza sleale.....	5
Nascita ed evoluzione della disciplina.....	5
Le fattispecie dell'art. 2598 n.1	9
Le fattispecie dell'art.2598 n.2	11
La denigrazione	12
Le fattispecie dell'art. 2598 n.3	17
Capitolo 2 – La pubblicità comparativa	20
Caratteristiche.....	20
Definizioni e classificazioni	20
Condizioni ottimali per l'utilizzo	24
Vantaggi e svantaggi	26
Evoluzione della disciplina.....	27
Disciplina fino al 1997	27
La riforma del 1997	32
Capitolo 3 – Disciplina odierna: descrizione ed interpretazioni.....	38
Livello comunitario	38
Modifiche all'impianto normativo previgente.....	38
Direttiva 2005/29/CE.....	38
Direttiva 114/2006/CE.....	40
Problematiche ed interpretazioni: l'intervento della Corte di Giustizia Europea	43
Livello statale	53
Modifiche all'impianto normativo previgente.....	53
Decreto legislativo 145/2007	54
Decreto legislativo 146/2007	56
Problematiche ed interpretazioni	56
Livello autodisciplinare	63
Codice di autodisciplina pubblicitaria (ieri ed oggi)	63
Interpretazioni ed orientamenti del Giurì	63
Conclusioni.....	66

Introduzione

Se pur alcuni studiosi¹ fanno risalire la prima forma di pubblicità comparativa al V secolo a.C.², fu solo all'inizio del XX secolo che questa pratica commerciale iniziò ad essere presa maggiormente in considerazione, prima dalle grandi multinazionali statunitensi, ed in seguito anche in Europa.

Nonostante le divergenze culturali e giuridiche tra i due continenti, in entrambi i casi l'introduzione di questo nuovo espediente ha portato con sé il sorgere di numerosi dibattiti, derivanti dalla diversa natura degli interessi in gioco.

Difatti, Oltreoceano la pubblicità comparativa è regolata attraverso diverse leggi³, alla base delle quali vi è la concezione che i raffronti pubblicitari, qualora veritieri e corretti, siano un'ottima fonte di informazioni per i consumatori, che in tal modo vengono favoriti nelle loro scelte di acquisto. Per tale motivazione, già dal 1971 la pubblicità comparativa diretta venne ritenuta lecita. Nonostante ciò, i professionisti del settore hanno da sempre dimostrato un atteggiamento riluttante nei confronti di questa tecnica commerciale, prima rifiutandola completamente, poi imparando ad accettare la sua legittimità ma ostacolandone ad ogni modo la diffusione. Difatti, in particolare durante il XX secolo, il principale problema derivante dall'utilizzo di questo particolare tipo di advertising era la denigrazione del concorrente⁴.

Problematiche del tutto simili si presentarono anche nel vecchio continente, e furono accompagnate da un lungo processo legislativo, durato quasi un ventennio, alla ricerca di una disciplina unitaria che prendesse in considerazione tutti gli elementi critici del caso.

Il presente elaborato si pone come obiettivo proprio quello di esporre tutte le evoluzioni che le norme atte alla regolamentazione del fenomeno hanno subito dalla sua origine sino ai giorni nostri, con riguardo al panorama comunitario ed in particolare a quello italiano, nonché delle problematiche interpretative a cui ciascuna di esse ha dato luogo.

¹ Carlos Lema Devesa in *La pubblicità comparativa nell'Unione Europea*, *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.1, 2014, pag. 5

² In particolare, si ritiene che apparisse su un vaso del ceramista Eutimide un'incisione recante un'affermazione di superiorità delle proprie opere rispetto a quelle di Eufonio.

³ In particolare, dalla normativa emanata nel 1971 dalla Federal Trade Commission, dalle norme incluse nel *Lanham Act* e nelle diverse leggi aggiuntive che ogni singolo Stato può emanare in materia

⁴ Williams, K. C., & Page, Jr., R. A. (2013). Comparative Advertising as a Competitive Tool. *Journal of Marketing Development & Competitiveness*, 7.

In particolare, il primo capitolo si concentra sulla concorrenza sleale, con una panoramica generale sulle diverse fattispecie che rientrano in questa disciplina ed un focus particolare sulla denigrazione, nella quale si annovera anche la comparazione. Nel secondo capitolo, dopo una breve rassegna sulle caratteristiche principali di questo specifico tipo di *reclame*, si passa all'analisi del panorama giuridico del nostro Paese in materia prima del 1997⁵, per poi passare allo studio del processo che ha portato all'introduzione di una normativa *ad hoc*, prima europea e poi nazionale, fornendo altresì una dettagliata esamina dei dettati normativi in questione.

Il terzo capitolo, infine, si occupa della descrizione delle diverse modifiche alle quali tale regolamentazione (prima europea ed in seguito italiana) è stata sottoposta nel tempo, fino all'ultimo aggiornamento, risalente al 2006.

Per ciò che riguarda l'analisi dei numerosi dubbi interpretativi che hanno accompagnato questo processo legislativo, non mancano riferimenti a sentenze e decisioni di diversi organi giuridici, al fine di sottolineare punti di contatto e di divergenza tra i diversi piani di tutela, sia a livello comunitario che statale.

⁵ Anno di svolta, caratterizzato dall'introduzione di una disciplina specifica per la regolamentazione del fenomeno

Capitolo 1 – La concorrenza sleale

Nascita ed evoluzione della disciplina

La nascita e l'evoluzione di un sistema di mercato basato sulla libera concorrenza ha portato con sé il bisogno di una regolamentazione atta a formulare principi ai quali i partecipanti devono attenersi, con lo scopo di permettere lo svolgimento del gioco concorrenziale in maniera corretta e leale, senza per questo ledere o ridurre la libertà di azione propria dei singoli operatori economici.

Tale necessità fu a lungo tempo ignorata dalla legislazione italiana, che nel Codice del Commercio del 1882 non prevedeva nessuna disposizione a riguardo, costringendo la giurisprudenza a ricorrere alla fattispecie dell'illecito civile extracontrattuale⁶ (o illecito aquiliano) per poter sanzionare eventuali atti concorrenziali “disonesti”⁷.

A ben vedere, fu proprio da questa fattispecie che fu sviluppata la disciplina della concorrenza sleale⁸, in un primo momento regolata attraverso la promulgazione di una legge che allargava anche ai cittadini italiani l'art. 10-bis, contenuto nella Convenzione internazionale d'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale. Tale articolo infatti obbligava i Paesi aderenti ad “assicurare una protezione effettiva contro la concorrenza sleale”, quest'ultima rintracciabile in “ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale”⁹.

In particolare, il testo normativo individuava (e individua tutt'ora) le fattispecie ritenute vietate negli atti che generano confusione, nelle “asserzioni false, nell'esercizio del commercio”¹⁰ tali da screditare il concorrente e nei comportamenti idonei ad indurre in errore gli acquirenti circa le caratteristiche peculiari del prodotto. Questo stesso impianto, ad esclusione di alcuni elementi derivanti dalla modifica della norma a seguito della revisione di Lisbona (31 ottobre 1958), fu mantenuto nel Codice Civile¹¹, attraverso il quale si arrivò all'introduzione di una disciplina statale specifica, contenuta negli artt. 2598-2601, ad oggi tutt'ora vigente e operante.

⁶ Riconducibile all'art.2043 c.c. secondo cui “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”

⁷ Signorini, C. (n.d.). Concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette. In G. Ghidini, & G. Cavani (Eds.), *Il diritto privato nella giurisprudenza* (pp. 112–145). Milano, Italia: Giuffrè

⁸ Ipotesi presentata da Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001). *Diritto industriale*. Padova, Italia: CEDAM

⁹ Convenzione d'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, 2/06/1934, artt. 10-bis, commi 1 e 2

¹⁰ Ivi, art. 10-bis, comma 3, punto 2

¹¹ Signorini, C. (n.d.), *op.cit*

Difatti, ai sensi dell'art. 2598 c.c., “compie atti di concorrenza sleale chiunque:

- 1) Usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;
- 2) Diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;
- 3) Si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.”

Se pur, come già accennato, gli illeciti derivanti dalla violazione della succitata norma rappresentano una *species* rispetto al *genus* dell'illecito aquiliano, sussistono comunque alcune differenze tra le due fattispecie¹².

In primo luogo, per poter sanzionare un illecito extracontrattuale è necessaria la presenza di dolo o colpa da parte del soggetto che ha compiuto l'atto o, in ogni caso, il riscontro di un danno attuale. Tali circostanze non sono invece essenziali nel caso dell'accertamento e dell'inibizione di un'infrazione delle norme a tutela della concorrenza, in quanto è sufficiente la mera idoneità a danneggiare l'altrui azienda (cosiddetto danno potenziale). In quest'ottica, l'illecito concorrenziale è considerato “di pericolo”, e il risarcimento è visto come un'azione solo eventuale, qualora sia riscontrato un reale danno patrimoniale, causato da dolo o colpa del soggetto accusato¹³. Colpa che, con un'ulteriore deroga all'art. 2043 c.c., si presume qualora sia accertato l'atto di concorrenza. A dimostrazione di tale indirizzo la sentenza del Tribunale di Ancona, secondo cui “L'accertamento di concreti fatti materiali di concorrenza sleale comporta una presunzione di colpa, ex art. 2600 c.c., che onera l'autore degli stessi della dimostrazione dell'assenza dell'elemento soggettivo ai fini dell'esclusione della sua responsabilità”¹⁴.

Altre differenze fondamentali riguardano i soggetti e le condizioni alle quali le due discipline si applicano. Difatti, affinché si rientri nell'ambito di tutela della

¹² Differenze analizzate ed esposte da Signorini, C. (n.d), *op.cit.*

¹³ In questo senso si è espresso il Tribunale di Bologna, 29/06/2011, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2012, 1, 353, asserendo che “Ai fini della condanna generica al risarcimento del danno conseguente all'accertamento della concorrenza sleale, non rileva il difetto di prova in ordine a singoli episodi di effettivo sviamento, considerato che non si richiede che un danno sia stato già prodotto in relazione ad una attività concorrenziale in atto, essendo invece sufficiente una situazione di rischio potenziale di confusione o sviamento.”

¹⁴ Tribunale Ancona Sez. spec. Impresa, 13/02/2019 n.285, in *Redazione Giuffrè* 2019

concorrenza sleale, sono necessari due requisiti fondamentali: a) la qualifica di imprenditore sia del soggetto attivo, che mette in atto la pratica scorretta, sia di quello passivo, che la subisce; b) l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra gli stessi¹⁵.

Riguardo al primo punto, le diverse interpretazioni che sono state date del termine "imprenditore", hanno portato ad espandere l'ambito di influenza delle norme in questione non solo ad operatori privati, ma anche alle imprese pubbliche, agli enti pubblici (economici e non), ai concessionari di servizi pubblici e alle organizzazioni senza scopo di lucro che svolgano in qualche maniera attività di natura economica¹⁶. Occorre sottolineare che, di qualunque tipo di imprenditore si tratti, egli non risponde solo per gli atti compiuti in prima persona, ma anche per quelli realizzati nel suo interesse o in quello dell'impresa da altri soggetti a lui legati¹⁷. In particolare, come si evince dalla sentenza della Corte di appello di Bologna (sez. III, 10/02/2017, n.356), "La giurisprudenza di legittimità estende la responsabilità da concorrenza sleale anche al c.d. "terzo interposto", cioè al soggetto che, non in rapporto di concorrenzialità col danneggiato, agisca per un concorrente del danneggiato, o comunque in collegamento con lo stesso, dovendo, in tal caso, ritenersi il terzo responsabile in solido con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta". Per ciò che concerne la seconda prerogativa, è opinione diffusa¹⁸ che per "concorrenza" non vada intesa solo quella reale (rappresentata dalla condivisione della stessa clientela finale dovuta al soddisfacimento dei medesimi bisogni, anche con prodotti succedanei), ma vada presa in considerazione anche la cosiddetta "concorrenza potenziale". Con questa espressione si intende comprendere tutte le possibili espansioni del mercato, che siano sotto un profilo territoriale, merceologico o temporale¹⁹. Alcuni filoni interpretativi della legge tendono a far rientrare in tale

¹⁵ Signorini, C. (n.d), *op.cit.*

¹⁶ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

¹⁷ Signorini, C. (n.d), *op.cit.*

¹⁸ Esemplificativa di tale orientamento la massima secondo cui "Per l'integrazione degli estremi di cui all'art. 2598 c.c. è sufficiente una situazione di concorrenza potenziale, ravvisabile ogni qual volta sia possibile una estensione o una ripresa della produzione di un bene in concorrenza o stia per essere dato inizio ad una certa attività produttiva". (Tribunale Torino sez. fer., 14/09/2006, in *Redazione Giuffrè* 2006)

¹⁹ Cassazione civile sez. I, 22/07/2009, n.17144, in *Giust. civ. Mass. 2009*, 7-8, 1127: "In tema di concorrenza sleale, presupposto indefettibile dell'illecito è la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori, derivante dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, e quindi la comunanza di clientela, la quale non è data dalla identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti che sono in grado di soddisfare quel bisogno. La sussistenza di tale requisito va verificata anche in una prospettiva potenziale, dovendosi esaminare se l'attività di cui si tratta, considerata nella sua naturale dinamicità, consenta di configurare, quale esito di mercato fisiologico e prevedibile, sul piano temporale e

concezione ampliata anche la “concorrenza verticale”, così intesa quella che si instaura “tra soggetti operanti a diversi livelli, in assenza di ulteriori elementi”²⁰.

La presenza di queste condizioni di base ha portato all’apertura di un ulteriore dibattito, relativo all’individuazione degli interessi tutelati, necessario a comprendere in maniera più completa l’inquadramento dell’intera disciplina. A riguardo, la dottrina ha fornito le ipotesi più diverse, individuando nell’oggetto specifico della normativa: l’azienda considerata nel suo complesso, l’avviamento insito nella stessa, il diritto alla conservazione della clientela o nell’impresa stessa considerata in senso obiettivo²¹. Quale che sia l’alternativa ritenuta corretta, appare chiaro che l’ambito principale della tutela è la sfera imprenditoriale, in particolare l’interesse a che la concorrenza si svolga in maniera lecita, senza alterare le naturali probabilità di guadagno dei diversi operatori.

Seguendo una diversa e più ampia visione, l’intera disciplina della concorrenza sleale è stata pensata in realtà per avvantaggiare tutto il mercato, compresi i singoli consumatori. Questa prospettiva non sembra del tutto condivisibile: difatti, la difesa di questi ultimi, a ben vedere, non sembrerebbe essere stata presa molto in considerazione, neanche da dottrina e giurisprudenza, come dimostra l’atteggiamento lassista nei confronti della pubblicità ingannevole (giustificato dal fatto che un livello minimo di falsità sia insito in ogni messaggio pubblicitario e pertanto inevitabile, oltre che innocuo per gli utenti), accompagnato dall’ostruzionismo nei confronti della pubblicità comparativa, che avrebbe invece potuto – in determinate circostanze – aumentare la corretta informazione dei consumatori ed aumentare l’efficienza del mercato, che a lungo hanno caratterizzato la giurisprudenza nazionale²².

Tale orientamento è venuto a modificarsi solo in tempi recenti, anche grazie alle spinte comunitarie dovute all’introduzione di nuove normative da applicare in tutti gli Stati. In particolare, l’introduzione di una disciplina specifica posta a regolamentare il fenomeno della pubblicità ingannevole e di quella comparativa²³ (della quale si parlerà ampiamente più avanti nel corso della trattazione), è stata

geografico, e quindi su quello merceologico, l’offerta dei medesimi prodotti, ovvero di prodotti affini e succedanei rispetto a quelli offerti dal soggetto che lamenta la concorrenza sleale. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, nella parte in cui, nonostante il diverso pregio dei prodotti delle parti ed il diverso livello dei negozi presso cui essi erano reperibili, aveva ritenuto sussistente la confondibilità tra gli stessi, in virtù della loro appartenenza alla medesima categoria merceologica e dell’adozione di un marchio fortemente confondibile, che avrebbero potuto indurre il pubblico a ritenere entrambi i prodotti riconducibili all’attività della medesima impresa). “

²⁰ Tribunale Bari sez. IV, 08/01/2008, n.37, in *Foro it.* 2008, 10, I, 3010

²¹ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

²² Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

²³ Direttiva 114/2006/CEE

recepita in Italia e successivamente modificata fino ad arrivare ad un sistema più complesso di norme²⁴ tramite le quali il consumatore, in quanto riconosciuto come soggetto con un ruolo attivo e capace di influenzare le dinamiche del mercato, assume un ruolo centrale nella valutazione delle condotte dell'impresa²⁵.

Nonostante questo cambio di rotta nel rispetto degli interessi dei clienti finali, la tutela degli utenti tramite la disciplina della concorrenza sleale rimane indiretta e pressoché nulla: infatti, tramite l'introduzione delle norme sopracitate riguardanti le pratiche commerciali scorrette, tale assistenza diventa prerogativa di quelle leggi. L'esclusione di questi individui dalla disciplina in questione è ulteriormente dimostrata dai requisiti richiesti per l'attuazione delle disposizioni legislative (che come già ricordato si applicano solo qualora anche il soggetto passivo sia un imprenditore) e dal fatto che la legittimazione all'azione per atti contrari alla concorrenza (espressa nell'art. 2601 c.c.²⁶), riservata alle "associazioni professionali", non sembra poter essere estesa anche alle organizzazioni di consumatori²⁷.

Passando all'analisi delle specifiche categorie di condotte riconducibili a pratiche di concorrenza sleale, è possibile osservare come esse, seguendo il dettato normativo, possano essere ricondotte a tre categorie principali, ovvero: atti confusori, atti denigratori e la più generale classe degli atti contrari alla correttezza professionale. Prima di analizzare nel dettaglio la fattispecie della denigrazione, nella quale rientra anche la pubblicità comparativa, giova all'esposizione analizzare le altre condotte lesive della concorrenza.

Motivo di tale scelta non è solo l'importanza di queste ultime, ma anche i numerosi richiami alle stesse effettuati nella disciplina della pratica commerciale oggetto dell'intero elaborato.

Le fattispecie dell'art. 2598 n.1

Il punto 1 dell'art. 2598 c.c., nell'obiettivo di evitare che il consumatore possa essere tratto in inganno durante il suo processo di acquisto, individua tre comportamenti

²⁴ In particolare i Decreti Legislativi n. 145/2007 e 146/2007

²⁵ Signorini, C. (n.d), *op.cit.*

²⁶ Ai sensi del quale "Quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano la categoria".

²⁷ Signorini, C. (n.d), *op.cit.*

messi in atto dai concorrenti in grado di generare confusione tra i diversi prodotti presenti sul mercato ed appartenenti ad imprese diverse.

In primis, viene riconosciuto come atto confusorio l'utilizzo di nomi e segni distintivi usati legittimamente da altri, senza modificare le disposizioni riguardanti la tutela dei segni distintivi. Ciò significa che suddetta norma non solo rafforza la difesa dei segni registrati, ma introduce la tutela per marchi, ditte ed insegne che, pur non essendo registrati, siano legittimamente utilizzati²⁸. Il semplice utilizzo non autorizzato non è però sufficiente a giustificare l'applicazione dell'articolo in questione, per la quale è necessaria anche la reale sussistenza del rischio di confondibilità²⁹. Tale giudizio viene effettuato seguendo la stessa regolamentazione dettata per i marchi, ovvero in base alla probabilità che il consumatore medio al quale il prodotto è destinato possa essere tratto in inganno a seguito dell'impressione generale a lui fornita dall'utilizzo di quel determinato segno³⁰.

Questo tipo di valutazione è ritenuta³¹ necessaria anche per la seconda fattispecie di atti ritenuti in grado di generare disorientamento, ovvero quelli di "imitazione servile", espressione con la quale si intende definire la riproduzione passiva delle forme esteriori dei prodotti dei concorrenti. In questo caso, "ai fini dell'accertamento della confondibilità tra prodotti per imitazione servile, la comparazione tra i medesimi deve avvenire non tanto attraverso un esame analitico e separato tra i singoli elementi caratterizzanti, bensì mediante una valutazione di tipo sintetico, al fine di accertare se il prodotto susciti nel consumatore medio una impressione generale che non differisce da quella suscitata dal prodotto originale"³²; in altre parole, deve essere commisurata all'opinione creata nella mente del consumatore medio da un'osservazione rapida e superficiale³³. Pertanto, l'articolo pone come oggetto di tutela solo quelle forme esterne che permettano una effettiva

²⁸ Signorini, C. (n.d.), *op.cit.*

²⁹ Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

³⁰ Così Tribunale Bologna, 19/10/2017, in *IlSocietario.it* 22 GENNAIO 2018: "La valutazione del rischio di confusione tra due marchi non deve consistere in un attento esame comparativo, attraverso la valutazione separata di ogni singolo elemento, ma va condotta in via sintetica e unitaria secondo un'impressione d'insieme, mediante un apprezzamento complessivo che tenga conto degli elementi salienti, facendo altresì riferimento alla normale avvedutezza dei consumatori"

E ancora Cass. Sez. I, n. 825 del 14/03/1968: "Per stabilire la confondibilità non deve farsi riferimento a questo o a quel particolare tecnico, comune ai due prodotti, ma è necessario piuttosto indagare, nel loro complesso, gli elementi formali di essi, al fine di accertare se l'impressione generale che offre l'aspetto di insieme dei prodotti stessi possa provocare nella mente del pubblico -e precisamente di quel particolare pubblico cui il prodotto è destinato- la confusione tra l'uno e l'altro prodotto".

³¹ Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

³² Tribunale Napoli, 18/02/2014, in *Redazione Giuffrè* 2014

³³ Signorini, C. (n.d.), *op.cit.*

distinguibilità del prodotto rispetto a quello dei concorrenti, siano cioè elementi individualizzanti e diversificanti³⁴. Seguendo l'interpretazione del Tribunale di Bologna, nella sua sentenza del 30/08/2011, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2012, 1, 463, "l'imitazione rilevante ai fini della concorrenza sleale per confondibilità non si identifica con la riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui, ma solo con quella che cade sulle caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante e cioè idonee, proprio in virtù della loro capacità distintiva, a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa".

Non sono infatti protette dall'imitazione servile quelle forme ormai standardizzate né quelle cosiddette funzionali, ovvero necessarie, poiché legate alla struttura tecnica del prodotto³⁵.

Infine, vengono riconosciute come imitazione tutti gli altri atti che, compiuti dall'imprenditore con qualunque mezzo, siano idonei a generare confusione tra i propri prodotti e quelli dei concorrenti.

In questa categoria generale rientrano diverse condotte, principalmente relative alla particolare presentazione dei beni, all'allestimento e al lay-out dei punti vendita, alla redazione di listini, cataloghi o alla realizzazione del materiale pubblicitario³⁶.

Le fattispecie dell'art.2598 n.2

Nel definire come atto di concorrenza sleale quello compiuto da chiunque "diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente", l'art. 2598 n.2 introduce due diverse fattispecie, definite rispettivamente come "denigrazione" e "appropriazione di pregi altrui". Nonostante l'apparente distanza presente tra le due condotte, la scelta di raggruppamento fatta dal Legislatore appare guidata dal fatto che entrambe le pratiche portano, se pur in modo diverso, ad un'influenza negativa sugli elementi di valutazione dei destinatari della comunicazione, con una conseguente modifica in negativo del giudizio che tali soggetti hanno dell'impresa concorrente³⁷.

Per "appropriazione di pregi altrui" si intende la mendace attribuzione ai propri prodotti di qualità e vantaggi in realtà appartenenti alle merci dei concorrenti, con

³⁴Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

³⁵Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

³⁶Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

³⁷Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

l'obiettivo di falsare la libera scelta dei consumatori³⁸. Ovviamente, suddetta pratica ricorre quando l'elemento che ci si attribuisce sia tipico³⁹ del concorrente e permetta di distinguerlo dagli altri. Infatti, "affinché l'appropriazione di pregi sia considerata illecita è necessario che i pregi consistano in caratteristiche proprie ed esclusive del prodotto del concorrente e non siano presenti nel prodotto dell'autore dell'atto appropriativo, così da diventare motivo di preferenza per il consumatore", come sottolinea la sentenza della Corte di appello di Milano, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 10/04/2014, n.1470, in *Redazione Giuffrè 2014*.

Rientra in questa descrizione il cosiddetto "agganciamento"⁴⁰, che consiste "(in) un richiamo o un accostamento dei propri prodotti a quelli di un più noto concorrente al fine di approfittare della conoscenza di tali prodotti da parte del mercato e del credito di cui essi godono"⁴¹, anche tramite l'utilizzo di termini come "tipo" o "modello".

Un ulteriore esempio di appropriazione di pregi altrui è rappresentato dal *look alike*, espressione con la quale è stata introdotta la fattispecie dell'imitazione non confusoria di forme esterne e/o confezioni del prodotto altrui.⁴²

Infine, la giurisprudenza ha individuato una serie di altri comportamenti considerabili come illeciti ai sensi di questa parte dell'articolo in analisi, quali l'utilizzo di false indicazioni di provenienza, l'attribuzione di patenti, titoli o premi spettanti ad altri o la replica nel materiale pubblicitario di opere realizzate in realtà dal concorrente oggetto dell'appropriazione⁴³.

La denigrazione

Con il termine "denigrazione" si intende la diffusione di notizie ed apprezzamenti relativi ai prodotti od all'attività di un concorrente tali da causarne il discredito, ovvero la perdita di credibilità sul mercato⁴⁴. Una prima distinzione può essere effettuata in base all'oggetto della fattispecie: si parla infatti di "denigrazione" in

³⁸ Seguendo la definizione fornita dalla Cassazione civile sez. VI, 07/01/2016, n.100, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 10, 47: "La concorrenza sleale per appropriazione di pregi dei prodotti o dell'impresa altrui, di cui all'art. 2598, n. 2, c.c., non consiste nell'adozione, sia pur parassitaria di tecniche, materiali o procedimenti già usati da altra impresa, che può dar luogo, invece, alla concorrenza sleale per imitazione servile, ma ricorre quando un imprenditore, in forme pubblicitarie od equivalenti, attribuisce ai propri prodotti o alla propria impresa pregi, quali, ad esempio, premi, medaglie, riconoscimenti, qualità, indicazioni, requisiti, virtù, da essi non posseduti, ma appartenenti a prodotti o all'impresa di un concorrente, in modo da perturbare la libera scelta dei consumatori."

³⁹ Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

⁴⁰ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

⁴¹ Tribunale Milano, 16/05/2013, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale 2013*, 1, 1007

⁴² Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

⁴³ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

⁴⁴ Cassano, G., Marraffa, R. (2005). *La concorrenza*. Torino, Italia: UTET

senso stretto qualora ci si riferisca notizie riguardanti i prodotti o l'attività economica del concorrente, mentre con "discredito" ci si riferisce alle informazioni sulla sfera personale del soggetto passivo⁴⁵.

Quest'ultimo non deve essere necessariamente nominato esplicitamente, in quanto affinché si possa parlare di denigrazione (intesa nella sua accezione più ampia), è sufficiente che il concorrente sia individuabile, sia in unico individuo che in una pluralità di imprenditori (nel caso in cui oggetto della comunicazione screditante sia una caratteristica che accomuna prodotti realizzati da diverse imprese)⁴⁶.

Tale constatazione amplia la categoria di soggetti legittimati ad agire, in quanto essi sono riconoscibili non solo negli imprenditori direttamente coinvolti nella denigrazione, ma anche in coloro che, pur non essendo nominati in maniera evidente, hanno interesse nella cessazione dell'atto.⁴⁷

È altresì contemplata la possibilità di un'azione congiunta di più concorrenti, qualora venga dimostrato che ciascuno di essi ha subito un danno o una minaccia ad un proprio interesse.

In ogni caso, l'oggetto della denigrazione è da individuarsi non solo nel prodotto dell'impresa altrui, ma anche in "circostanze od opinioni inerenti in generale l'attività di quest'ultima, la sua organizzazione o il modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (esclusa la sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori"⁴⁸.

Nel valutare tale "effetto screditante", la norma è da interpretare tenendo conto del contesto nella quale essa si inserisce, valutando quindi la capacità delle notizie in questione di realizzare un danno concorrenziale (attuale o potenziale), che si concretizza in difficoltà non solo dal lato della clientela, dei fornitori e dei finanziatori, ma anche nell'ambito dell'organizzazione interna dell'impresa stessa, con sfiducia e perdita di dipendenti.⁴⁹

Inoltre, per quanto concerne la natura di tale effetto screditante, non è necessario che esso sia permanente, in quanto è da considerarsi illecito anche quell'atto che porti ad

⁴⁵ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

⁴⁶ Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

⁴⁷ Così il Tribunale di Latina, con decisione del 19/02/2013, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2013, 1, 914: "La mancata menzione espressa dei concorrenti in una lettera di contenuto denigratorio diretta ai principali distributori di un settore commerciale non esclude la legittimazione ad agire per concorrenza sleale di uno di tali concorrenti".

⁴⁸ Cassazione civile sez. I, 31/10/2016, n.22042, in *Rivista di Diritto Industriale* 2017, 4-5, II, 563

⁴⁹ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005). *La concorrenza*. Torino: UTET

una situazione temporanea di discredito sul mercato o che provochi la mancata conclusione di un singolo affare⁵⁰.

Un altro requisito fondamentale affinché si possa parlare di atti di denigrazione è l'esternazione, ovvero l'effettiva divulgazione della notizia lesiva⁵¹ ai terzi.

Per quanto concerne la portata di tale comunicazione (e quindi l'entità della "diffusione"), diverse sono le idee di studiosi e giudici: secondo l'opinione prevalente⁵² (maggiormente condivisa dalla giurisprudenza), basata sull'interpretazione letterale del verbo "diffondere", è infatti necessario che il messaggio venga condiviso con una "pluralità di persone"⁵³.

Al contrario, la dottrina⁵⁴ sostiene che la valutazione vada effettuata caso per caso, e che si possa rientrare nell'ambito della denigrazione anche quando la comunicazione è fatta ad un solo soggetto. In questa seconda circostanza, assume rilievo la frequenza con la quale avviene la trasmissione; tale caratteristica viene invece sostituita dalla capacità suggestionante nell'ipotesi di messaggi pubblicitari rivolti ad un più ampio numero di individui⁵⁵.

Una volta accertato che si tratta di denigrazione, la valutazione della gravità della stessa viene effettuata seguendo due parametri di riferimento, che possono essere individuati nella qualità dei destinatari e nel tenore testuale del messaggio in questione⁵⁶.

Riguardo al primo termine di raffronto è necessario effettuare un'ulteriore specificazione: se si tratta di un'informazione destinata al grande pubblico, bisogna prendere in considerazione il significato che può essere attribuito da un "uomo di media capacità ed avvedutezza"⁵⁷, mentre, nell'ipotesi di una divulgazione ad un gruppo ristretto di soggetti (aventi determinate conoscenze tecniche), è necessario un giudizio più specifico. Questo perché è stato generalmente riconosciuto che "soggetti

⁵⁰ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁵¹ Corte appello Milano, 04/07/2012, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2013, 1, 581

⁵² Cassazione civile sez. I, 08/03/2013, n.5848, in *Giustizia Civile Massimario* 2013; Corte appello Milano, 04/07/2012, in in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2013, 1, 581; Tribunale Torino, 07/01/2011, in *Le sezioni specializzate italiane della proprietà industriale e intellettuale* 2012, 1, 539; Tribunale Bologna, 07/01/2010, in *Giur. annotata dir. ind.* 2010, 1, 325

⁵³ Cassazione civile sez. I, 08/03/2013, n.5848, in in *Giustizia Civile Massimario* 2013; Corte appello Milano, 04/07/2012, in in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2013, 1, 581

⁵⁴ Tra cui Vanzetti, A., & Di Cataldo, V. (2018). *Manuale di diritto industriale*. Milano, Italia: Giuffrè

⁵⁵ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁵⁶ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁵⁷ Così Cass., 10 agosto 1966, n. 2172

particolarmente qualificati sogliono non prendere nemmeno in considerazione esaltazioni o comparazioni prive di esattezza e specificità”⁵⁸.

Parlando del significato dell’annuncio, esso va considerato nel suo complesso⁵⁹.

Anche la Cassazione⁶⁰ ha difatti affermato che “non si deve analizzare ogni singola parola, od ogni singola figura o immagine, isolatamente considerate, né si deve valorizzare il significato tecnico o scientifico delle espressioni adoperate, ma è necessario, invece, aver riguardato al complesso delle affermazioni e divulgazioni (pubblicitarie o meno), al modo come vengono formulate e presentate”.

Occorre comunque sottolineare che non sempre gli atti di denigrazione sono considerati illeciti: esistono infatti determinate circostanze nelle quali, a causa di una situazione di necessità o di impossibilità di evitare il gesto, tali comportamenti vengono ritenuti accettabili.

In particolare, esistono quattro principali ipotesi⁶¹ rientranti nell’ambito di tolleranza, ovvero:

- a) la legittima difesa;
- b) la comparazione tecnica ai fini di spiegare al pubblico un progresso presente nel proprio prodotto;
- c) la risposta a richieste di chiarimenti da parte della clientela;
- d) la scelta volontaria del concorrente di sottoporsi al confronto con un altro imprenditore.

La legittima difesa, intesa come la necessità di reagire all’attacco altrui al fine di ottenere un “effetto di riequilibrio delle informazioni non veritiere diffuse sul mercato dal concorrente”⁶², porta con sé la valutazione dell’entità della risposta, che deve essere “contenuta nei limiti di quanto strettamente necessario per la tutela del proprio diritto”⁶³. In linea generale, devono essere rispettati i principi della correttezza, della veridicità e della completezza delle informazioni fornite⁶⁴.

Inoltre, sono da evitarsi giudizi di valore sul concorrente e sono necessarie obiettività e assenza di commenti quando si ricorre a comunicazioni riguardanti vicende giudiziarie⁶⁵. Quest’ultima pratica viene infatti ritenuta “lecita purché non attuata con

⁵⁸ App. Milano, 30 settembre 1977, in *Arch. civ.* 1977, 1129

⁵⁹ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁶⁰ Cass. 10 agosto 1966, n. 2172

⁶¹ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*; Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

⁶² Tribunale Milano, 16/07/2012, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2012, 1, 1020

⁶³ Tribunale Milano, 16/07/2012, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2012, 1, 1020

⁶⁴ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁶⁵ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

modalità che possano fuorviare i destinatari o comunque creare uno squilibrio concorrenziale che ecceda la portata delle pronunce giudiziali stesse. Tale limite deve ritenersi superato qualora (...) venga riferita una serie di fatti falsi, tendenziosi e scorretti”⁶⁶.

In caso di eccesso di difesa, l'autore incorre nell'obbligo di risarcire il soggetto che ha innescato la sua reazione, anche se tale conguaglio potrà essere ridotto nell'ammontare a seguito della provata illiceità della prima aggressione⁶⁷.

Circa la seconda condizione che porta a legittimare atti di denigrazione, viene ricondotta al cosiddetto “confronto di sistemi”, concetto elaborato dalla dottrina tedesca. Affinché tale raffronto sia accettato, è però necessario che sussista il requisito della “continenza”, definito come la mancanza di riferimenti a specifici prodotti dei concorrenti⁶⁸.

Per quanto concerne la terza situazione, il chiarimento fornito deve limitarsi al soddisfacimento delle esplicite richieste, anche provenienti da soggetti che sono solo apparentemente reali consumatori del prodotto⁶⁹.

Infine, vengono ritenute lecite quelle comparazioni risultato di una “competizione” tra concorrenti, che esponga una graduatoria dei risultati ottenuti dai vari beni. Questa scriminante è accettata anche dal costume imprenditoriale, come dimostra l'assenza di ricorsi effettuati da concorrenti per così dire “sconfitti” (qualora i risultati siano esposti in maniera obiettiva e veritiera).

Tra le condotte che rientrano nella definizione di atti denigratori possono essere riconosciute⁷⁰:

- a) le diffide infondate. Con questi provvedimenti, si invita un concorrente ad intraprendere un determinato comportamento, sostenendo che il mancato rispetto della richiesta produrrebbe la violazione di un diritto del diffidente nella realtà priva di fondamento od eccessiva. L'illiceità deriva non tanto dall'invio della comunicazione al singolo *competitor*, quanto piuttosto dalla diffusione presso la clientela dello stesso;
- b) la diffusione di notizie riguardanti provvedimenti giudiziari nei confronti del concorrente; in particolare, comunicazioni riguardanti processi e sentenze con

⁶⁶ Tribunale Torino, 21/07/2011, in *Le sezioni specializzate italiane della proprietà industriale e intellettuale* 2012, 1, 564

⁶⁷ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁶⁸ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

⁶⁹ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*; Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

⁷⁰ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001), *op. cit.*

effetti negativi, qualora unico scopo di tale scelta è quello di penalizzare la reputazione del rivale, tramite metodi subdoli e tendenziosi.

- c) la comparazione (alla quale verrà dedicato ampio spazio nel Capitolo 2), pratica che, attraverso il confronto tra il proprio prodotto e quello dei concorrenti, consente di porre il proprio prodotto su un piano di superiorità rispetto agli altri, raggiungendo in maniera più diretta l'obiettivo di sviare la clientela dei *competitors*.

Le fattispecie dell'art. 2598 n.3

L'articolo 2598 si conclude con la classificazione di atti contrari alla leale concorrenza tra imprese quelli compiuti da chiunque "si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda".

La generalità di tale definizione ha portato a molti dubbi interpretativi, relativi a diverse questioni. Anzitutto, ci si è interrogati sulla necessità di provare la scorrettezza degli atti confusori o denigratori (punti 1 e 2 dell'art.2598), chiedendosi se sia necessaria un'ulteriore valutazione della contrarietà alla correttezza professionale al fine di poter concludere che tali condotte siano sleali. Ad oggi, dottrina e giurisprudenza sembrano concordare sul fatto che tale scorrettezza sia presunta ed insita nelle condotte ritenute illecite e pertanto non vada dimostrata caso per caso. Specularmente, qualora un comportamento venga ritenuto in linea con i punti 1 e 2 dell'articolo in questione, non è possibile qualificarlo come illecito sulla base del punto n.3⁷¹.

Ulteriori incertezze sono sorte per l'interpretazione del principio di "correttezza professionale", alla base di tutto il dettato normativo, tanto che è stato possibile individuare diverse teorie⁷².

Secondo una prima ricostruzione, con questa espressione il legislatore avrebbe voluto fare riferimento a meri principi etici, di natura sociale o prettamente professionale.

Una seconda interpretazione tende a distinguere gli atti in base ad un'analisi oggettiva della prassi commerciale, evitando qualunque giudizio di tipo morale.

In una posizione intermedia si pone la corrente di pensiero che sostiene che, con questa espressione, si faccia riferimento a tutti quei comportamenti messi in atto

⁷¹ Signorini, C. (n.d.), *op. cit.*

⁷² Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

dagli imprenditori poiché da essi ritenuti corretti, tanto da divenire un costume. In quest'ottica, il concetto in tema risulta essere mutevole nel tempo, essendo legato alle diverse concezioni dei commercianti ed alle loro usanze

Infine, cercando di introdurre nella valutazione elementi di natura economica, sono stati qualificati come corretti quei comportamenti rispettosi dell'art. 41 Cost⁷³, a tutela della libertà di concorrenza e di iniziativa economica⁷⁴. Questa distinzione, prettamente realizzata sul piano dottrinale, non ha trovato molto riscontro nella prassi giurisprudenziale, che tende a determinare caso per caso quale sia la definizione più adeguata.

Il secondo requisito richiesto per poter considerare un atto come scorretto e di conseguenza sleale è l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda. Come già ricordato, per tutta la disciplina in questione non è necessaria l'esistenza di un danno concreto, in quanto è sufficiente l'esistenza di una probabilità di arrecare danno ai concorrenti⁷⁵.

Se pur la norma non individua espressamente delle azioni riconducibili a questa ipotesi di illegittimità, attraverso l'analisi effettuata sui casi concreti è possibile individuare diverse fattispecie atipiche appartenenti a questa categoria. Tra di esse rientrano⁷⁶:

- a) il “dumping”, pratica commerciale che consiste nella vendita dei propri prodotti sottocosto, con l'unico scopo di danneggiare i concorrenti. Affinché si possa parlare di atto di concorrenza sleale, infatti, è necessario che tale riduzione del prezzo sia una scelta antieconomica ed ingiustificata messa in atto da imprese che, data la loro dimensione e forza economico-finanziaria, siano in grado con le loro scelte di alterare le dinamiche del mercato ed introdurre effetti monopolistici;
- b) il boicottaggio economico, termine che include tutti quegli atti che portano all'ostruzione dei rapporti commerciali dei concorrenti. In particolare, si distingue tra “boicottaggio primario”, qualora un'impresa si rifiuti in prima

⁷³ Il cui dettato normativo dispone che “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”.

⁷⁴ Cass. 1185/1997, secondo la quale anche in materia di concorrenza sleale “valore guida è la libertà di concorrenza; la quale costituisce ad un tempo l'oggetto e la misura della tutela di cui si discute”

⁷⁵ Signorini, C. (2005), *op. cit.*

⁷⁶ Signorini, C. (2005), *op. cit.*; Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2005), *op. cit.*

persona di contrarre con un proprio concorrente, e “boicottaggio secondario”, qualora il diniego derivi da pressioni ed influenze esercitate anche su aziende terze;

- c) lo storno di dipendenti. Difatti, se pur l’acquisizione di lavoratori di imprese altrui sia di per sé una pratica lecita, essa diventa illegittima qualora venga effettuata attraverso modalità sleali. Nella valutazione di tali atti rilevano inoltre l’*animus nocendi* (gergo con il quale si fa riferimento all’intenzione con la quale lo storno è effettuato) e alcuni dati obiettivi, individuati dalla giurisprudenza, tramite i quali è possibile comprendere il reale scopo dell’imprenditore autore dell’atto concorrenziale;
- d) Lo spionaggio industriale, intesa come la pratica di utilizzo ed abuso di informazioni segrete, acquisite lavorando presso un *competitor* o tramite suoi subordinati. Ai sensi dell’art. 6-bis contenuto nel d. lgs. 198/96 che ad oggi regola tale fattispecie (affiancando la tutela della concorrenza sleale) vengono definite come tali quelle informazioni “che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore”. Non rientrano pertanto in questa categoria le abilità ed esperienze maturate dai dipendenti durante il loro rapporto di lavoro presso il concorrente;
- e) la concorrenza parassitaria, che consiste nell’imitazione sistematica, se pur non integrale, delle iniziative imprenditoriali altrui. Nel giudicare l’eventuale slealtà di suddetti comportamenti non rileva tanto il rischio di confondibilità con le imprese altrui (in quanto se così fosse si rientrerebbe nell’alveo delle fattispecie riconducibili al n.1 dell’articolo), quanto piuttosto la quantità di azioni emulate, il lasso di tempo nelle quali tale imitazione è avvenuta e soprattutto l’originalità e la creatività delle pratiche riprodotte;
- f) la violazione di norme pubblicistiche, sia nazionali che comunitarie, poste a tutela della concorrenza e del funzionamento del mercato, qualora l’impresa agente tragga da tale inosservanza un indebito vantaggio, utilizzato per recare danno ad altri operatori;
- g) la violazione dell’altrui esclusiva, anch’essa ritenuta non conforme alla legge non di per sé ma in base alle modalità con le quali viene messa in atto;
- h) nuove ed ulteriori fattispecie, specialmente riguardanti il mondo digitale, introdotte di volta in volta dalla giurisprudenza.

Un cenno a parte meritano altre due pratiche rientranti in questo complesso insieme di condotte illecite: la pubblicità menzognera e la pubblicità ingannevole. Il primo termine tende a far riferimento a quegli *advertising* in cui l'impresa attribuisce ai propri prodotti o servizi pregi e qualità non appartenenti a nessun altro concorrente e, pertanto, non classificabile come appropriazione di pregi altrui (fattispecie regolata al n.2 dell'art. 2598). Se pur per molto tempo l'atteggiamento della giurisprudenza è stato lassista nei confronti di tale prassi, ad oggi quell'orientamento è stato soppiantato da un indirizzo più rigido, riassunto dalla sentenza del Tribunale di Milano, 3 giugno 1985, secondo la quale la pubblicità menzognera "costituisce di per sé concorrenza sleale, ex art. 2598 n. 3 cod. civ., anche a prescindere dall'attitudine di tale condotta a screditare il prodotto o l'attività di un concorrente". Conseguentemente, sono ritenute illecite quelle comunicazioni commerciali che lascino intendere la presenza di caratteristiche in realtà inesistenti, in modo da trarre in inganno i potenziali acquirenti e, di riflesso, tutti i concorrenti del settore. In tempi recenti tale tutela, anche grazie alle spinte comunitarie orientate verso una maggiore tutela del consumatore, è stata allargata anche a quelle comunicazioni cosiddette ingannevoli, ovvero che in qualunque modo possano indurre in errore i potenziali acquirenti.

Capitolo 2 – La pubblicità comparativa

Caratteristiche

Prima di procedere con l'analisi della normativa riguardante la pubblicità comparativa, si ritiene utile riportare dettagli sulle caratteristiche distintive del fenomeno, piuttosto tipizzanti.

Definizioni e classificazioni

Nel fornire una definizione generale e non meramente giuridica della pubblicità comparativa, essa può essere descritta come quella *reclame* nella quale più prodotti, appartenenti ad imprese diverse e concorrenti, vengono confrontati tra loro.

A seconda delle diverse modalità con le quali il raffronto è effettuato, si suole distinguere⁷⁷ tra:

- Pubblicità comparativa diretta;

⁷⁷ Classificazione così realizzata da Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P., (2000). *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*. Milano, Italia: Christian Marinotti Edizioni.

- Pubblicità comparativa indiretta;
- Pubblicità superlativa.

A sua volta, la comparazione definita “diretta” può essere effettuata attraverso l’aperta menzione dei beni o servizi dei concorrenti, con l’utilizzo dei loro segni distintivi o tramite una visualizzazione grafica del prodotto (e si parlerà in tal caso di comparazione diretta esplicita, o nominativa), come nel caso di fig. 1,



Figura 1 - Pubblicità acqua Lete

o per mezzo di riferimenti ad elementi (suoni, forme e colori), che rendono inequivocabile l’identificazione dell’altrui impresa. In questo caso, l’*advertising* prende il nome di pubblicità comparativa diretta implicita, o *per relationem*, quando il riferimento è reso palese dalla particolare situazione di mercato (es. duopolio), che permette di individuare il concorrente senza particolari difficoltà.

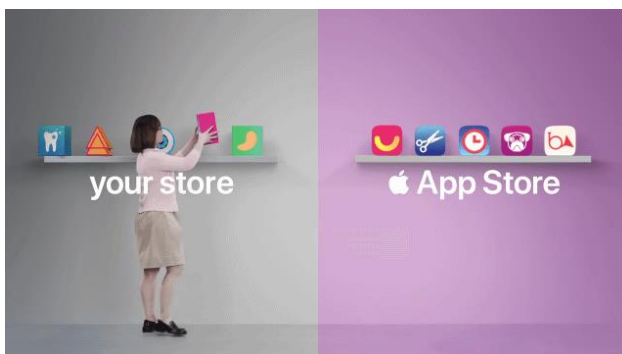


Figura 2 - Pubblicità Apple

Per comparazione indiretta si intende quella in cui l’articolo sponsorizzato viene confrontato con la generalità dei concorrenti, senza che nessuno di essi venga puntualmente individuato o reso in qualche modo riconoscibile (pubblicità indiretta per omissione). Appartengono a questa categoria espressioni quali “un altro

detersivo”, “una normale lavastoviglie” e, per quanto riguarda le tecniche visive, l’impiego di confezioni standard, non riconoscibili.



Figura 3 - Pubblicità Dove

Un altro espediente utilizzato per realizzare tale tipo di *advertising* è l’utilizzo di una marca fittizia nel quale si possa individuare un concorrente ipotetico (si parlerà in tal caso di tecnica comparativa per induzione o del Brand X)⁷⁸.

L’ultima categoria, invece, racchiude a sua volta diversi tipi di *reclame*.

In particolare, con l’espressione di “pubblicità superlativa” si può far riferimento alla mera esaltazione di pregi del proprio prodotto, qualora tale vanteria possa indurre il consumatore a ritenere che quella determinata caratteristica sia presente solo nella merce sponsorizzata⁷⁹.



Figura 4 - Pubblicità Paluani

Ancora, la magnificazione accompagnata da formule, come l’utilizzo dell’articolo determinativo a precedere l’indicazione del prodotto, con lo scopo di creare una distanza tra il proprio bene e quello dei competitors⁸⁰.

Infine, rientrano in questa classificazione i *claims* che utilizzano il superlativo relativo o espressioni analoghe che servono ad esprimere chiaramente la superiorità

⁷⁸ Oliviero, M. R. (2013). *La pubblicità comparativa*. Santarcangelo di Romagna, Italia: Maggioli Editore

⁷⁹ Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

⁸⁰ Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

del bene in questione. A differenza delle altre fattispecie, in questo caso non si tratta di vanterie generiche, ma ci si concentra su caratteristiche ben precise e specifiche.



Figura 5 - Pubblicità Regina

Spesso, vengono realizzate attraverso l'utilizzo dei cosiddetti *parity claims*, affermazioni che tendono solo ad escludere l'esistenza di prodotti migliori, non anche di alcuni di uguale qualità⁸¹.

Questa ripartizione, per quanto esemplificativa, non permette di avere un quadro completo del fenomeno, giacché sono state proposte molte altre classificazioni. Ad esempio, un'altra forma particolare di comparazione, diffusa in particolari settori, è quella cosiddetta "di *partnership*". Tramite questa forma di annuncio, due marche, solitamente molto affermate e con una buona reputazione, sono accostate tra loro per poter beneficiare entrambe della notorietà del brand altrui, per essere associate allo stesso standard qualitativo⁸².

Merita una menzione a parte la pubblicità comparativa suggestiva che, contrariamente a quella "ordinaria", mette a confronto elementi non oggettivi, ma piuttosto affida il confronto ad elementi di natura emotiva e personale, quali opinioni, emozioni e considerazioni⁸³.

A causa di questa sua caratteristica, che sfocia in una totale mancanza di utilità per il consumatore, essa è ritenuta illecita in molti Paesi, tra cui l'Italia.

Un altro espediente attraverso il quale un'impresa può effettuare un raffronto tra prodotti a fini promozionali è quello dell'utilizzo di test comparativi (altresì noti come *Warentests*) o giudizi tecnici, operati da soggetti terzi estranei alla lotta concorrenziale.

⁸¹ Fusì, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

⁸² Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

⁸³ Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

A questo proposito, occorre mettere in evidenza che le fattispecie che rilevano in questo ambito sono quelle in cui le valutazioni utilizzate non sono imparziali e *super partes*, ma piuttosto commissionate o in qualunque altro modo “condizionate” dall’imprenditore che intende avvalersi dei vantaggi derivanti da una valutazione a sé favorevole. Infatti, la comparazione eseguita in maniera oggettiva e disinteressata (ed eventualmente anche diffusa dallo stesso autore) non rappresenta di per sé un atto pubblicitario, da sottoporre alla relativa disciplina, in quanto in tal caso il confronto non solo rappresenta un esempio di libera espressione di opinione, ma costituisce anche uno strumento di informazione del consumatore.⁸⁴

Un’ulteriore classificazione può essere effettuata in base alla funzione svolta dalle inserzioni pubblicitarie comparative. In questo caso si distingue tra: pubblicità comparativa di “confronto”, di “posizionamento” o da “combattimento”⁸⁵.

La prima, maggiormente utilizzata dalle imprese, viene messa in atto per valorizzare i pregi dei propri prodotti al fine ultimo di sottrarre clienti ai propri *competitors*.

Si parla di pubblicità di “posizionamento” invece quando le società, in particolare quelle emergenti sul mercato, utilizzano la comparazione per affiancare il proprio prodotto a quello delle *incumbents*, già presenti sul mercato, e trovare in tal modo il loro “posto” all’interno del mercato competitivo.

Infine, per quanto riguarda la pratica pubblicitaria cosiddetta da “combattimento”, essa è la forma più aggressiva, utilizzata per sfidare in maniera diretta i propri rivali, con lo scopo di affermare la propria superiorità.

Queste categorizzazioni permettono di effettuare un’ulteriore distinzione⁸⁶, in base all’oggetto della comparazione: essa può essere rivolta ad un solo prodotto concorrente, ad una pluralità di beni rivali, fino ad arrivare alla totalità delle alternative presenti sul mercato, se non addirittura ai prodotti della stessa impresa che realizza l’*advertising*.

Condizioni ottimali per l’utilizzo⁸⁷

Per la sua natura particolare e controversa, la *reclame* comparativa non è adatta a tutte le imprese e a tutti i prodotti che necessitano di essere pubblicizzati.

⁸⁴ Rossi, G. (2000). *La pubblicità dannosa: concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*. Milano, Italia: Giuffrè

⁸⁵ Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

⁸⁶ Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

⁸⁷ Così come esposte da Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

In particolare, questa forma di annuncio può essere utile per le imprese emergenti, che si affacciano per la prima volta (o quasi) sul mercato, e che per questo motivo non godono ancora di fama e riconoscibilità presso i consumatori. Per attirare la loro attenzione e rientrare nell'insieme delle marche evocate nella mente di tali soggetti, esse possono infatti sfruttare la comparazione per potersi affiancare (talvolta in maniera rischiosa ed intraprendente) a marche già esistenti ed affermate. Al contrario, imprese che detengono già un'alta quota di mercato, attraverso il confronto, potrebbero rischiare di fornire un indebito vantaggio ai propri rivali.

A ben osservare, neanche la presenza di molte piccole imprese, ciascuna con una piccola quota di mercato, rappresenta un ambiente consono alla realizzazione di paragoni, in quanto sarebbe difficile scegliere i brand con i quali confrontarsi.

In definitiva, il mercato perfetto per questa forma pubblicitaria è rappresentato dalla presenza di alcuni grandi operatori e da una forte competizione, che si gioca principalmente sui prezzi dei beni (o servizi) offerti, sui quali è più facile operare una comparazione oggettiva e reale. L'esempio più lampante di questo tipo di situazione è il settore delle utenze, con particolare riferimento all'ambito della telefonia.

Per quanto riguarda il prodotto (o servizio) da porre a confronto, esso dovrebbe essere: nuovo o innovativo, durevole e destinato al largo consumo.

Infatti, affinché la comparazione possa portare dei benefici, deve concentrarsi su articoli che presentano degli aggiornamenti, in quanto non avrebbe molto senso concentrarsi su prodotti già da tempo affermati su mercato e sempre uguali. Inoltre, data la portata informativa dello strumento, esso è maggiormente consigliato per beni innovativi, in quanto vengono ben valorizzati gli eventuali passi avanti fatti nella ricerca e nello sviluppo, mettendo in evidenza i progressi e le evoluzioni tecnologiche che concorrono a migliorare le *performances*.

Oltre a ciò, il fatto che il processo di acquisto di beni durevoli sia alquanto lungo e complesso e caratterizzato da un tempo maggiore di valutazione da parte dei consumatori, la tecnica comparativa potrebbe risultare utile per questo tipo di merce, in quanto in grado di fornire tutti i dati necessari per effettuare una scelta oculata e ben riflettuta.

Infine, gli alti investimenti effettuati dalle imprese sono giustificati solo dalla promozione di prodotti destinati a grandi masse di clienti, in quanto solo un grande volume di vendite potrebbe essere in grado di coprire questi costi ingenti.

Vantaggi e svantaggi⁸⁸

Per quanto riguarda l'efficacia della pubblicità comparativa, non esiste un orientamento univoco, in quanto sono state fornite diverse interpretazioni degli aspetti positivi e negativi di questo mezzo di comunicazione.

Tra i principali vantaggi individuati, spiccano quelli che sottolineano come, attraverso il confronto tra i diversi prodotti presenti sul mercato, venga stimolata la competizione tra imprese concorrenti, portando ad un migliore funzionamento dell'economia.

Nello specifico, si favorisce la trasparenza e l'investimento in ricerca e sviluppo. Difatti, al fine di vincere il confronto, i concorrenti sarebbero spinti ad approntare costantemente migliorie tecniche ai propri prodotti.

Particolarmente agevolate sarebbero poi le piccole e medie imprese che, come già osservato, potrebbero utilizzare la comparazione per aumentare il proprio potere all'interno del mercato, a discapito di imprese più grandi e già note.

Viene poi messa in evidenza la capacità di ridurre le asimmetrie informative a favore del consumatore, e ciò in particolare durante la fase di lancio del prodotto, quando il paragone raggiunge il massimo della sua utilità per le imprese. Ciò grazie alla grande portata informativa di cui gode questa tipologia di comunicazione commerciale, in grado di guidare i consumatori verso una scelta di acquisto più consapevole. Questo porterebbe anche al miglioramento del rapporto tra impresa e cliente, che sarebbero portati ad instaurare un legame più duraturo, basato sulla fiducia e sulla *loyalty*.

I detrattori di questo espediente commerciale concentrano invece la loro attenzione sui numerosi dubbi del suo effetto positivo sui consumatori. Infatti, essi sottolineano come l'esposizione ad un eccessivo numero di informazioni e dati possa ingenerare confusione tra il pubblico, determinando un sovraccarico e un conseguente blocco informativo, dopo il quale i soggetti non sono più aperti a ricevere nuovi dettagli.

Inoltre, si pone in evidenza come la pubblicità, anche quella più oggettiva e "distaccata", abbia un lato suggestivo innegabile, che potrebbe influenzare i consumatori ed indirizzarli nella decisione solo in relazione alla convenienza economica della singola impresa.

Oltre a ciò, il confronto, mettendo in dubbio le scelte di acquisto fatte dai consumatori fino a quel momento potrebbe portare, invece che alla penalizzazione

⁸⁸Ripresi da Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

del concorrente, alla sua esaltazione, stimolando maggiormente la fedeltà dei clienti nei confronti di quel determinato brand.

Viene poi sottolineato il rischio di una competizione sempre più aggressiva e un insostenibile aumento dei costi, derivante non solo dagli investimenti necessari per realizzare questo tipo di *reclame*, ma anche dalle numerose battaglie legali che potrebbero innescarsi e dei conseguenti risarcimenti da erogare. Senza considerare i costi di natura non prettamente economica, come il danno d'immagine e di reputazione che una campagna negativa potrebbe avere sull'impresa, con conseguente riduzione della clientela.

Evoluzione della disciplina

Disciplina fino al 1997

Legislazione italiana

Se pur prima dell'introduzione di una normativa comune a livello europeo in Italia mancasse una disciplina atta a regolare la pubblicità comparativa, tale fenomeno in linea di principio è sempre stato lecito⁸⁹: infatti, nel nostro ordinamento non esiste nessuna norma che vieti espressamente tale pratica commerciale, anzi, essa appare tutelata, in tutte le sue forme, dall'art. 41 della Costituzione⁹⁰, riferito alla libertà di iniziativa economica, di cui la pubblicità rappresenta una delle manifestazioni più tipiche.

Dopo l'introduzione del Codice Civile, la pubblicità comparativa iniziò ad essere regolamentata a livello statale attraverso le norme dettate per la concorrenza sleale, con particolare riferimento ai n. 2 e 3 dell'articolo 2598⁹¹.

A partire dal 1990, con l'introduzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (anche noto con l'acronimo AGCM), la tutela offerta dal giudice ordinario iniziò ad essere affiancata da quella di questo nuovo ente, responsabile del corretto funzionamento del mercato.

⁸⁹ Come osservato da Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

⁹⁰ Ai sensi del quale "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."

⁹¹ Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001). *Diritto industriale*. Padova, Italia: CEDAM

Le sue competenze prevedevano l'applicazione delle norme contenute nel D. Lgs. N. 74/92⁹² ma, l'assenza in questo corpo normativo di disposizioni relative alla fattispecie specifica della pubblicità comparativa, restringeva la valutazione dei raffronti pubblicitari ai soli casi in cui veniva riscontrata l'ingannevolezza degli stessi.

Tali disposizioni erano (e sono tuttora) affiancate da quella del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (CAP), emanato dallo IAP, ente privato e vincolante solo per i soggetti aderenti ma dotato di una forte autorevolezza in materia.

Per riassumere, esistevano tre livelli di tutela sul piano nazionale: il giudice ordinario, che operava nel rispetto dell'art. 2598 c.c., l'AGCM, che applicava le regole relative alla pubblicità ingannevole, e il Giurì di autodisciplina pubblicitaria, che invece seguiva le regole del CAP.

Orientamenti e sentenze

Il quadro normativo appena descritto, nel complesso incerto e disomogeneo, era accompagnato da un panorama giuridico ancor più frammentato, che non permetteva di fare chiarezza in un ambiente caratterizzato dall'incertezza derivante dall'assenza di norme specifiche ma, al contrario, ha contribuito a creare ancora più confusione. In primis, esisteva un forte disallineamento tra i diversi testi normativi utilizzati per regolamentare il fenomeno: a differenza degli articoli del Codice Civile, infatti, il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria riteneva lecita solo e soltanto la comparazione indiretta.

Inoltre, se pur, come già ricordato, nessuna legge italiana vietasse la comparazione, vigea nel nostro Paese un generale atteggiamento di rifiuto e di sfavore nei confronti di questa pratica pubblicitaria, tanto che, per lungo tempo, essa venne ritenuta dalla maggioranza dei giudici illecita *tout court*⁹³.

A partire dagli anni Sessanta iniziò a registrarsi una parziale "apertura"⁹⁴, che segnò un punto di svolta: il raffronto operato a fini promozionali non era più ritenuto illecito di per sé, quanto piuttosto per le modalità con le quali esso veniva messo in atto.

⁹² Decreto legislativo introdotto per recepire la direttiva 84/450/CEE, della quale si parlerà più avanti, dedicata alla pubblicità ingannevole

⁹³ Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

⁹⁴ Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

Riassuntiva di questo orientamento è la sentenza della Corte di Appello di Bologna, che nel 1997 dichiarò che “la pubblicità comparativa è lecita purché sia veritiera e non sia effettuata in maniera tendenziosa, subdola o comunque scorretta”⁹⁵.

Attraverso questa massima è possibile rintracciare il principio fondamentale sul quale si basava la valutazione dei *comparative advertisings* sottoposti all’attenzione dei giudici ordinari.

In particolare, si può osservare come non venisse ritenuto valido l’istituto dell’*exceptio veritatis*. In altre parole, la veridicità dei fatti riportati non era sufficiente ad escludere l’illegittimità della comparazione. Difatti, affinché la pratica commerciale fosse ritenuta conforme all’art. 2598 del Codice Civile, era necessaria, accanto all’attendibilità delle notizie fornite, anche una corretta esposizione delle stesse⁹⁶.

Dello stesso avviso l’AGCM che, chiamata a valutare una *reclame* realizzata dalla Kinder, si esprime ritenendo che “l’ingannevolezza di una comunicazione pubblicitaria non si realizza (...) soltanto tramite affermazioni di per sé non veritiere, ma spesso si manifesta attraverso un suggestivo travisamento della realtà.”⁹⁷

In ogni caso, a causa dell’ampiezza e la vaghezza delle caratteristiche alle quali la comparazione doveva attenersi, i raffronti pubblicitari venivano facilmente ritenuti tendenziosi, subdoli o in qualche modo comunque scorretti e, di conseguenza, vietati, in quanto denigratori⁹⁸. Difatti, appellandosi all’art. 2598 n. 2 c.c., la denigrazione veniva definita come “il limite alla liceità della divulgazione dei pregi del proprio”⁹⁹.

Un’ulteriore modalità di valutazione della pubblicità comparativa era quella del riferimento al principio espresso all’art. 2598 n.3. In particolare, si riteneva che “il raffronto tra i vantaggi offerti da prodotti diversi” dovesse risultare “intrinsecamente irrinunciabile” e svolto “secondo le regole della correttezza professionale”¹⁰⁰.

Suddetto requisito era da reputarsi soddisfatto, nell’ambito della comparazione, a meno che la pubblicità non fosse “menzognera o ingannatoria nei contenuti”¹⁰¹.

⁹⁵ Corte appello Bologna, 17/05/1997, in *DI*, 2, 1998

⁹⁶ Di benedetto, C. (2018). Requisiti di liceità della pubblicità comparativa: l’approccio della giurisprudenza e prassi italiana. *Il Diritto industriale*, (5), 469–474; Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

⁹⁷ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 27/03/1995, n. 2867

⁹⁸ Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000). *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*. Milano, Italia: Christian Marinotti Edizioni

⁹⁹ Tribunale Milano, 07/01/1992, in *GADI*, 1992, 5, 2896

¹⁰⁰ Tribunale Roma, 27/10/1994, in *Foro it.* 1995, I, 2596

¹⁰¹ Tribunale Catania, 04/04/1996, in *Foro it.*, *Rep.* 1997, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 338

Le uniche eccezioni a questo impianto repressivo erano rappresentate dalle ipotesi in cui il raffronto effettuato tra i prodotti era necessario al fine di esporre alcune migliorie tecniche apportate nel corso del tempo o qualora si effettuasse una comparazione meramente superlativa¹⁰².

Nel primo caso, alla base delle decisioni prese dai giudici, vi era l'esaltazione della comparazione come metodo per mettere in evidenza i progressi in ambito tecnico-scientifico ottenuti dalla ricerca industriale. Rappresentativa di tale filone di pensiero è la sentenza emessa dal Tribunale di Modena il 14 gennaio 1993, secondo cui "Non costituisce denigrazione, ai sensi del n.2 dell'art. 2598 cod. civ., un apprezzamento relativo alle caratteristiche di un materiale messo in commercio ed impiantato da un concorrente anni prima e quindi necessariamente inferiore per qualità a un materiale moderno realizzato alla luce di nuove attività di ricerca"¹⁰³. Allo stesso anno risale anche la decisione del Tribunale di Milano che, emettendo una sentenza per un caso relativo ad un messaggio pubblicitario riguardante imprese operanti nel settore della pellicceria, si esprime ritendendo non sanzionabile "il produttore di pellicce sintetiche che illustrando la natura del proprio prodotto ne ponga in rilievo l'indiretto beneficio di protezione del mondo animale" poiché "appartiene all'insopprimibile diritto di ogni imprenditore la possibilità di illustrare, sempre mantenendosi nell'ambito della verità e della lealtà, il proprio prodotto anche attraverso un confronto, non diretto e specifico, con prodotti concorrenziali di genere analogo"¹⁰⁴. Per quanto riguarda la pubblicità superlativa (o "iperbolica"), essa rappresenta un'eccezione all'opinione prevalente riguardo la verità come esimente dell'illiceità: infatti, come si evince dalla sentenza del Tribunale di Trieste del 1995, essa "non configura illecito, avendo un mero valore di generica vanteria ed esagerazione"¹⁰⁵. Pertanto, la *reclame* veniva ritenuta un'innocua vanteria e di conseguenza del tutto legittima¹⁰⁶.

Nel dettaglio, venivano considerate legittime quelle espressioni utilizzate dagli operatori pubblicitari incentrate su caratteristiche soggettive e non misurabili. Di questo avviso il Giurì di autodisciplina, secondo cui il *claim* "le plus bon"

¹⁰² Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

¹⁰³ Tribunale Modena, 14/01/1993, in *GADI* n.2928, 1993

¹⁰⁴ Tribunale Milano, 25/01/1993, in *Repertorio Sistematico GADI*, p. 439

¹⁰⁵ Tribunale Trieste, 29/12/1995, *Nuova giur. civ. commentata* 1997, I, 821

¹⁰⁶ Esempi tratti da Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

rappresentava una esaltazione di pregi inoffensiva, proprio perché riferita ad una qualità “oggettivamente incontrollabile”¹⁰⁷.

*Scenario europeo*¹⁰⁸

La situazione giuridica italiana, caratterizzata dall’assenza di una disciplina nazionale specifica atta a regolare la pubblicità comparativa, era replicata anche in diversi altri Stati membri, in cui per la regolamentazione di questa pratica commerciale si faceva riferimento a “formanti extranormativi”. Basti pensare alla Francia, in cui fino alla legislazione del 1992 si ricorreva all’illecito aquiliano (oltralpe sancito dall’art. 1382, *code civil*); o alla Germania, in cui la regolamentazione era risultato dell’elaborazione di diversi principi presenti nell’ordinamento nazionale.

A rendere ancora più complessa la situazione vi era una generale spaccatura tra i diversi Paesi, che si dividevano tra coloro che mostravano un atteggiamento favorevole nei confronti della comparazione (tra di essi Regno Unito, Finlandia, Norvegia, Svizzera), e coloro che al contrario ne ostacolavano la diffusione: Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna, Portogallo, Austria e non da ultimo l’Italia.¹⁰⁹

Come conseguenza, il dibattito comunitario sull’argomento fu protratto per molti anni, prima di arrivare ad un’intesa comune: risale infatti al 1975 il primo *memorandum* in materia, con il quale veniva sancita l’illiceità della pubblicità comparativa, se non con limitate eccezioni.

Ad esso seguirono, nel 1976 e nel 1978, altri due progetti di direttiva, in cui si manifestò un’iniziale *favor* nei confronti del *comparative advertising*: in particolare, nella prima proposta veniva dichiarata illegittima solo la *reclame* che effettuava un raffronto in maniera ingannevole, mentre nella seconda si apriva al confronto effettuato in maniera leale e riguardante aspetti “essenziali e verificabili”.

Dopo dieci anni di silenzio, dettato probabilmente dalle difficoltà sopra citate, si arrivò nel 1984 ad un punto di svolta, con l’introduzione della Direttiva n. 450 atta a regolare la pubblicità ingannevole. Se pur nei “considerando” che precedono gli articoli del testo appare chiara l’intenzione del legislatore comunitario di procrastinare ulteriormente l’armonizzazione delle leggi nazionali in tema di

¹⁰⁷ Giurì cod. aut. pubb.ria, 04/04/1995, n.83, in *Dir. industriale* 1996, 591

¹⁰⁸ Contenuti tratti da Rossi, G. (2000). *La pubblicità dannosa: concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*. Milano, Italia: Giuffrè

¹⁰⁹ Come evidenziato da Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

pubblicità comparativa¹¹⁰, nel recepire la nuova normativa i singoli Stati iniziarono ad inserire nei loro ordinamenti disposizioni riguardanti questa pratica commerciale. Tra di essi la Spagna, in cui la comparazione fu introdotta nella *ley general de publicidad*, o la Francia, che introdusse un'apposita legge in materia nel 1992. Questa nuova situazione portò all'affievolirsi della netta contrapposizione tra i Paesi che a lungo aveva caratterizzato l'Unione, e all'inizio di una nuova fase della discussione, che si concluse (dopo altre mozioni presentate nel 1991 e nel 1994) nel 1996, con il raggiungimento di una posizione condivisa e la conseguente emanazione, nell'anno successivo, della direttiva comunitaria 97/55.

La riforma del 1997

Direttiva 97/55/CEE

Il risultato del lungo dibattito appena esposto è rappresentato da questa direttiva, emanata il 6 ottobre 1997 con l'obiettivo di modificare la direttiva 84/450 al fine di "includervi la pubblicità comparativa". Quest'ultima - infatti - prima di tale data, era riferita solamente alla pubblicità ingannevole, definita come quel tipo di *advertising* che "induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente"¹¹¹.

Attraverso la lettura dei "considerando" che precedono il testo normativo, è facile ravvisare la *ratio* del provvedimento e i principi ispiratori dello stesso.

Per ciò che concerne le ragioni che hanno portato alla necessità di tale delibera, esse sono riscontrabili: nell'obiettivo generale della Comunità di completare il mercato interno¹¹²; nella frammentata e disomogenea situazione delle discipline dei singoli Stati membri riguardanti la pubblicità comparativa¹¹³; ma soprattutto nell'esigenza di una regolamentazione per permettere il corretto funzionamento del sistema economico¹¹⁴ e nella necessità di fornire degli strumenti in grado di garantire il

¹¹⁰ Così il considerando n.6 "considerando che è nell'interesse del pubblico in generale, dei consumatori e di quanti svolgono, in regime di concorrenza, un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nell'area del mercato comune armonizzare, in un primo tempo, le disposizioni nazionali in materia di tutela dalla pubblicità ingannevole e, in una seconda fase, prevedere una normativa in merito alla pubblicità sleale, nonché - se necessario - alla pubblicità comparativa, in base a proposte appropriate presentate dalla Commissione;"

¹¹¹ Art. 2, punto 2

¹¹² Considerando n. 1

¹¹³ Considerando n. 3

¹¹⁴ Considerando n. 23

diritto fondamentale dei consumatori all'informazione¹¹⁵. È questa infatti una delle grandi novità introdotte dalla direttiva, che ha annoverato gli interessi dei clienti finali e del pubblico in generale tra quelli da prendere in considerazione nella regolamentazione del fenomeno. Difatti, si ritiene¹¹⁶ che sia proprio la crescente presa di coscienza della necessità di ampliare la tutela dal solo ambito concorrenziale ad aver permesso di raggiungere un'intesa a livello comunitario, permettendo di superare quelle divergenze in materia che, se pur attenuate, continuavano a persistere tra i diversi Stati.

In questi presupposti vengono inoltre elencate e descritte le modalità con le quali la regolamentazione deve concretizzarsi e le tutele di diverso tipo che dovranno essere istituite per la fattispecie oggetto del provvedimento¹¹⁷.

Infine, un altro aspetto analizzato in queste premesse è quello relativo alla conciliazione tra il diritto all'utilizzo esclusivo del marchio e la necessità di nominare le imprese concorrenti al fine di effettuare il confronto: viene stabilito infatti che, qualora tale identificazione serva unicamente per sottolineare le differenze tra i vari prodotti e venga realizzata nel rispetto delle norme presentate nella direttiva, allora essa non rappresenta un caso di violazione del diritto in questione¹¹⁸.

Passando poi all'analisi del testo normativo vero e proprio, si osserva come nei diversi commi dell'articolo 1 ci si concentri principalmente sulla modifica delle disposizioni della direttiva 84/450 al fine di allargare l'ambito di applicazione anche alla *reclame* che effettua raffronti tra prodotti.

Particolare attenzione meritano il comma 3, che introduce la definizione di pubblicità comparativa, descritta come “qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente” e il comma 4, che, introducendo le condizioni di liceità di tale tipo di *reclame*, rappresenta il cuore del decreto.

Queste otto condizioni prevedono che l'inserzione, affinché sia ritenuta lecita:

- a) non deve essere ingannevole “ai sensi dell'articolo 2, punto 2, dell'articolo 3 e dell'articolo 7, paragrafo 1;

¹¹⁵ Considerando n. 7

¹¹⁶ Coco, R. (1998). La direttiva comunitaria sulla pubblicità comparativa. In S. Rodotà (Ed.), *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore: atti del seminario tenutosi il 2 marzo 1998 presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" Roma* (pp. 83–122). Napoli, Italia: Jovene.; Cottafavi, P, Fusi, M., Testa, P. (2000), *op. cit.*

¹¹⁷ Considerando n. 8-11

¹¹⁸ Considerando n. 13-15

- b) deve confrontare beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;
- c) deve proporre un raffronto obiettivo riguardante caratteristiche “essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo”;
- d) non deve generare confusione “tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi” propri e di un concorrente;
- e) non deve provocare “discredito o denigrazione” di nessuno degli *asset* del concorrente;
- f) deve riferirsi a prodotti aventi la stessa denominazione di origine;
- g) non deve permettere all’autore di trarre indebito vantaggio dalla notorietà delle imprese altrui, con le quali il confronto è realizzato;
- h) non deve presentare il proprio prodotto come imitazione o contraffazione di prodotti “protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati”.

Osservando questi requisiti, è possibile notare come essi risultino molto eterogenei, ad ulteriore conferma del fatto che il legislatore comunitario abbia dovuto tentare di “accontentare” le istanze più diverse provenienti dai Paesi membri.¹¹⁹

Ad ogni modo, queste condizioni sono accomunate da alcune caratteristiche, che permettono di dividerle in tre macro gruppi: il primo rappresentato da quelle che esprimono principi già presenti in altre norme (tra cui la non ingannevolezza e la non idoneità a creare confusione o denigrazione); il secondo, di cui fanno parte le qualità necessarie introdotte appositamente per la disciplina in questione (omogeneità dei beni, obiettività del confronto); ed infine la categoria che comprende attributi non direttamente attinenti alla comparazione ma comunque ad essa strettamente collegati (come la denominazione d’origine).¹²⁰

Come specificato chiaramente nel considerando 11, affinché si possa rientrare nel campo della liceità, tali requisiti devono essere rispettati integralmente e contemporaneamente.

Un altro campo nel quale le disposizioni della direttiva precedentemente vigente vengono adattate per poter includere la pubblicità del confronto è quello della tutela amministrativa e giudiziaria, oggetto dei commi da 5 a 8.

¹¹⁹ Coco, R. (1998), *op.cit.*

¹²⁰ Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

Unica eccezione a questo impianto di estensione delle norme dettate in materia di pubblicità ingannevole è rappresentata dal comma 9, che, richiamando il considerando 18, dichiara che la possibilità degli Stati membri di adottare disposizioni con lo scopo di garantire una tutela più ampia agli operatori economici e ai consumatori, valida per la pubblicità ingannevole, non è applicabile al caso della pubblicità comparativa. La motivazione di questa restrizione può essere trovata nella volontà del Parlamento e della Commissione europei di realizzare una tipizzazione della fattispecie comparativa, delimitandone i confini a prescindere dalle discipline nazionali a difesa dei diversi interessi coinvolti.

Nei paragrafi successivi sono poi previste delle eccezioni, nel caso in cui i Paesi membri abbiano o vogliano introdurre particolari divieti riguardo la pubblicizzazione di determinati beni o servizi.

Decreto legislativo n. 67/2000

In attuazione della direttiva sopra descritta, il Parlamento italiano promulgò, il 25 marzo 2000, il decreto legislativo n. 67 che, come per il caso della normativa europea, aveva come scopo quello principale di modificare il precedente assetto identificato per la disciplina della pubblicità ingannevole (nel nostro ordinamento presente all'interno nel d. lgs. 74/1992) al fine di introdurre la pubblicità comparativa.

I primi quattro articoli che lo compongono sono una fedele riproduzione delle leggi presenti nella 97/55 riguardo alla definizione e alle condizioni di liceità. Le uniche differenze rispetto al dettato comunitario sono riscontrabili in alcune specificazioni effettuate dal legislatore nazionale, in particolare riguardo alla corretta interpretazione da dare al requisito della “verificabilità”¹²¹, che “si intende soddisfatto quando i dati addotti ad illustrazione della caratteristica del bene o servizio pubblicizzato sono suscettibili di dimostrazione”, e alle offerte speciali, di cui devono essere fornite specifiche informazioni.

I restanti due articoli si soffermano sulla tutela amministrativa e giurisdizionale riservata alla fattispecie oggetto del provvedimento.

In particolare, l'articolo 5 descrive nel dettaglio i poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, allargando le sue funzioni anche all'ambito della

¹²¹ Lett. c) art. 3-bis comma 1

pubblicità comparativa ritenuta illecita; mentre l'articolo 6 è riferito alla tutela garantita dagli organi autonomi e di autodisciplina (rappresentati nel nostro Paese principalmente dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria).

Per ciò che concerne gli altri articoli del previgente decreto legislativo, riguardanti ulteriori definizioni di pubblicità ingannevole riferite alla trasparenza e al trattamento di prodotti o servizi particolarmente “delicati”, essi rimangono in vigore senza variazioni.

Specificamente, nel comma 1 dell'art.4 viene rinnovato il principio per cui “la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale”, con particolare riferimento alle inserzioni presentate a mezzo stampa, che devono essere distinguibili “con modalità grafiche di evidente percezione”. Con queste disposizioni si sancisce pertanto il divieto di alcune pratiche, tra cui il *product placement* e la pubblicità redazionale¹²².

Con il primo termine si fa riferimento a quelle ipotesi in cui un prodotto di una specifica marca, ben individuabile, viene inserito all'interno di un qualsivoglia programma televisivo a fini promozionali.

La reclame cosiddetta redazionale consiste invece nell'introduzione di messaggi pubblicitari in giornali o altri mezzi di comunicazione, presentandoli come espressione libera ed imparziale dell'opinione dell'autore.

In entrambi i casi, l'ingannevolezza deriva dal fatto che il consumatore, se non esplicitamente avvertito di trovarsi di fronte ad un tentativo di persuasione, potrebbe abbassare le difese che normalmente utilizza e farsi influenzare da quello che ritiene un utilizzo o un giudizio disinteressati del bene in questione¹²³.

Il comma 2 del medesimo articolo attiene invece all'ingannevolezza derivante da un improprio utilizzo dei termini “garanzia”, “garantito” e simili, qualora non siano sufficientemente precisate le modalità attraverso le quali la garanzia è concretamente realizzata¹²⁴.

Infine, il comma 3 proibisce “ogni forma di pubblicità subliminale”, espressione con la quale si identificano quei messaggi in cui vengono utilizzati particolari tecniche per stimolare il consumatore al livello inconscio¹²⁵.

¹²² Oliviero, M. R. (2013), *op. cit.*

¹²³ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

¹²⁴ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

¹²⁵ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

Altre due circostanze in cui si rientra nell'ambito dell'*advertising* ingannevole sono quelle presentate negli articoli 5 e 6, rispettivamente riguardanti prodotti pericolosi e messaggi pubblicitari in grado di raggiungere "bambini ed adolescenti".

Nel primo caso, affinché la *reclame* non sia ritenuta mendace, è necessario che l'operatore pubblicitario fornisca tutte le informazioni necessarie ai potenziali clienti riguardo ai rischi che corrono acquistando quel determinato prodotto. Nella seconda ipotesi, ciò che rileva ai fini dell'ingannevolezza è la possibilità di mettere a repentaglio la sicurezza di soggetti ritenuti più vulnerabili o la capacità di sfruttare la loro ingenuità. In realtà, è ritenuto illecito anche l'utilizzo di figure particolarmente giovani all'interno dello *spot* in grado di fare leva sulla sensibilità degli adulti nei loro confronti¹²⁶.

¹²⁶ Cassano, G., & Marraffa, R. (2005), *op. cit.*

Capitolo 3 – Disciplina odierna: descrizione ed interpretazioni

Livello comunitario

Modifiche all'impianto normativo previgente

A livello comunitario, le principali modifiche dell'impianto legislativo rimasto in vigore per più di un decennio, sono rappresentate da un progetto che prevedeva l'introduzione di una nuova disciplina, contenuta nella direttiva 2005/29, destinata alle “pratiche commerciali scorrette”. Il fine ultimo di questa normativa era quello di separare nettamente la tutela dei professionisti e dei concorrenti da quella dei consumatori, per poter garantire ad entrambe le categorie un più efficiente controllo dei propri tornaconti.¹²⁷

Direttiva 2005/29/CE

Come già accennato, lo scopo del testo normativo, approvato l'11 maggio 2005, è quello di consentire il raggiungimento di un “livello elevato di tutela dei consumatori”, attraverso l'armonizzazione delle disposizioni dei singoli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali “lesive degli interessi economici”.

Questo fine è guidato dalla consapevolezza, che emerge anche dalla lettura dei “considerando”, che le differenze presenti all'interno delle legislazioni dei singoli Paesi possano portare ad incertezza nel mercato interno europeo, arrivando ad ostacolarne il corretto funzionamento e le attività transfrontaliere che si svolgono al suo interno¹²⁸.

Partendo da questi presupposti, all'articolo 2 vengono introdotte alcune definizioni necessarie ad inquadrare il fenomeno e a comprendere ancor di più il suo ambito di applicazione. Tra di esse, spiccano quelle di “consumatore”, di “professionista” e di “pratiche commerciali tra imprese e consumatori”. Tra queste ultime viene esplicitamente nominata anche la pubblicità, insieme ad ogni altra comunicazione “posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”.

Con l'articolo 5 si entra nel cuore della regolamentazione, con l'asserzione dell'espresso divieto delle “pratiche commerciali sleali”, definite come quelle

¹²⁷ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2011). Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010). *Concorrenza e mercato* e *Pratiche commerciali scorrette - attuazione della direttiva 2005/29/ CE. La disciplina sostanziale*

¹²⁸ Considerando n. 3-4

contrarie alla diligenza professionale e false o idonee a falsare “in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge”. Siffatta descrizione generale viene seguita da una distinzione più specifica tra pratiche commerciali aggressive e pratiche commerciali ingannevoli. A loro volta, queste ultime, così come chiarito negli artt. 6 e 7, si suddividono in “azioni” ed “omissioni”. Anche in questo caso, viene direttamente nominata la pubblicità comparativa, considerata un’azione ingannevole qualora “ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale ed altri segni distintivi di un concorrente”.

Questa definizione evidenzia come le condizioni di liceità della *reclame* che effettua confronti tra diversi prodotti, valide per la tutela dei *competitors*, non siano quasi per nulla rilevanti ai fini della salvaguardia dei consumatori, in quanto gli interessi in gioco sono tra loro molto diversi: mentre a livello imprenditoriale ciò che conta maggiormente è la possibile denigrazione e discredito dei concorrenti, nel caso dei consumatori viene sottolineata l’importanza di una corretta informazione, che non generi confusione nei soggetti coinvolti nell’acquisto o non induca gli stessi in errore¹²⁹.

Gli articoli 8 e 9 sono invece dedicati alle pratiche aggressive, in particolare a quelle che fanno ricorso a “molestie, coercizione o indebito condizionamento”.

A conclusione della prima parte della direttiva si procede poi con articoli riguardanti l’applicazione della norma (art. 11), gli organi preposti alla tutela (art. 12) e le sanzioni previste in caso di violazione delle disposizioni (art. 13).

Con l’articolo 14 si apre la seconda parte del dettato legislativo, che risulta essere quella più rilevante ai fini dell’esposizione. Questa sezione è infatti dedicata alla modifica di alcune direttive previgenti, tra cui la 84/450/CEE (a sua volta già modificata dalla direttiva 97/55/CE).

In particolare, nell’articolo in questione viene disposta l’eliminazione dello scopo di tutela degli interessi del consumatore e del pubblico in generale presente all’articolo 1 della Direttiva n. 450, lasciando a quest’ultima la sola difesa dei “professionisti”. Termine la cui definizione¹³⁰, sostituendo quella più generica di “persona”, viene introdotta nel punto 3 dell’articolo 2.

¹²⁹ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012). Rassegna degli orientamenti dell’Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010). *Concorrenza e mercato*

¹³⁰ “qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca

Questo orientamento, diretto alla riduzione dell'ambito di tutela della direttiva alla sola sfera imprenditoriale e concorrenziale, viene espressa anche dai cambiamenti richiesti agli artt. 4 e 7, relativi rispettivamente ai mezzi che gli Stati membri devono assicurare per la corretta regolamentazione delle fattispecie di *reclame* ingannevoli e comparative e al mantenimento delle disposizioni statali per una più ampia tutela nei confronti della pubblicità ingannevole. Queste disposizioni, infatti, vengono modificate, lasciando come unico interesse da prendere in considerazione quello dei "professionisti e dei concorrenti".

Nonostante questa impostazione generale, basata sulla creazione di due binari di tutela distinti tra loro, il ruolo del consumatore rimane centrale nella valutazione della legittimità della comparazione, anche se effettuata per la difesa degli altri operatori del mercato: come si evince dalle modifiche apportate all'art. 3 bis, per ritenere lecita della pubblicità comparativa, è necessario che essa non sia ingannevole ai sensi "degli articoli 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE". Ciò significa che il raffronto operato a fini promozionali deve tener conto maggiormente del possibile danno arrecato all'utente, considerando in maniera più specifica gli elementi che possano influenzare il cliente finale e portarlo "ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso"¹³¹.

Direttiva 114/2006/CE

A seguito dei vari cambiamenti finora esposti ai quali la disciplina della pubblicità comparativa ed illegittimamente comparativa è stata sottoposta nel corso del tempo, si presentò nel 2006 l'esigenza di emanare una nuova direttiva, valida a livello comunitario, con l'obiettivo di fornire una nuova e più chiara codifica della regolamentazione delle fattispecie in questione.

Si ricorda infatti, che la direttiva 84/450 fu alterata prima dalla 97/55 (al fine di introdurre la pubblicità comparativa) e in un secondo momento dalla 29/2005, con lo scopo di separare la tutela dei diversi interessi in gioco in ambito di pubblicità ingannevole e comparativa, (come già osservato riconducibili ai diritti dei consumatori, dei professionisti e più in generale all'interesse generale del pubblico al

nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista"

¹³¹ Direttiva 29/2005, art. n. 6

corretto funzionamento del mercato), fino ad allora accorpati e trattati in un unico testo legislativo.

Il novellato testo legislativo tende a ricalcare tali modifiche, presentandole in maniera più uniforme, al chiaro fine di fornire un quadro di riferimento più chiaro e strutturato.

Già nei “considerando”, infatti, vengono riprese visioni e concetti espressi nelle precedenti disposizioni. In questa prospettiva, la pubblicità viene vista da un lato come un forte strumento di informazione e persuasione (capace, a prescindere dalla conclusione del contratto, di incidere sulla sfera patrimoniale di operatori ed utenti¹³²) dall'altra, nelle sue forme ingannevoli e illegittimamente comparative, come un ostacolo alla concorrenza e alla libera circolazione dei beni¹³³. Al tempo stesso però viene riconosciuto come tali rischi possano essere evitati e addirittura ribaltati attraverso un corretto utilizzo dello strumento comparativo, in quanto in questa ipotesi a trarne beneficio non sarebbero solo gli imprenditori, agevolati da una continua stimolazione della competizione, ma anche i consumatori, che avrebbero la possibilità di ottenere il maggior numero di informazioni possibili riguardo ai beni o servizi che sono intenzionati ad acquistare¹³⁴.

Suddetta constatazione esplica ancora più la ragione della direttiva in questione e la sua insita necessità di armonizzazione delle legislazioni statali.

Nei punti successivi, vengono riaffermate alcune considerazioni riguardo alle denominazioni d'origine e al diritto all'utilizzo esclusivo del marchio già presenti nella direttiva 97/55¹³⁵, per poi passare alle specifiche riguardanti la tutela giudiziale ed amministrativa, nonché quella offerta da organismi autonomi di autodisciplina¹³⁶.

Anche in questo caso, è possibile riconoscere un espresso richiamo ai “considerando” presenti nella prima normativa europea emanata in ambito di pubblicità ingannevole, la già menzionata 84/450.

Anche per quanto riguarda gli articoli del testo veri e propri, essi sono il risultato dell'integrazione tra le diverse leggi emanate fino a quel momento.

Infatti, come già ricordato, in attuazione della direttiva 2005/29, l'art. 1 fissa l'obiettivo dell'intero testo normativo nella tutela dei soli professionisti, mentre nel

¹³² Considerando n. 4

¹³³ Considerando n. 3

¹³⁴ Considerando n. 6

¹³⁵ Considerando n. 12-16

¹³⁶ Considerando n. 16-18

secondo articolo, accanto alle definizioni di “pubblicità”, “pubblicità ingannevole” e “comparativa”, lasciate immutate rispetto alla normativa previgente, vengono incluse quella di “professionista” e di “responsabile del codice”. Quest’ultima, che include i soggetti responsabili “della formulazione e della revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice”, fa comprendere ulteriormente quanta attenzione viene riservata in questo rinnovato testo alla vigilanza e alla repressione delle forme di advertising ritenute lesive per il mercato.

Siffatto impegno si concretizza negli articoli 5, 6 e 7, anch’essi ripresi dalle direttive precedenti, con la sola modifica di spostare il proprio focus esclusivamente sulla tutela degli operatori economici e dei concorrenti.

Nel dettaglio, il paragrafo 1 dell’articolo 5 si concentra sui soggetti legittimati ad agire in caso di pubblicità ingannevoli o comparative illegittime, stabilendo che gli Stati membri, nel loro obbligo a fornire strumenti necessari alla lotta contro tali pratiche commerciali, devono emanare leggi in grado di individuare coloro che sono autorizzati a promuovere un’azione giudiziaria una sospetta *reclame* o a sottoporla al giudizio di un’autorità competente.

Nel paragrafo 2 invece viene sottolineata l’autonomia dei Paesi membri che, oltre a poter decidere quali siano i mezzi necessari richiesti nel paragrafo precedente e se gli organi preposti possano agire anche in via preventiva, hanno ampia discrezionalità per quanto riguarda il numero di professionisti che ha diritto a promuovere un’azione giudiziaria e la possibilità di chiamare in causa il responsabile del codice (altra novità introdotta in attuazione della direttiva 2005/29).

Al paragrafo 3 viene affrontata la questione relativa ai poteri delle autorità giudiziarie e amministrative che, anche in questo caso sottoposte alla discrezionalità dei governi, possono ottenere o meno la facoltà di chiedere la sospensione delle pubblicità ritenute illecite, anche in caso di assenza di un danno effettivo, o di vietarne la diffusione (quando essa non sia ancora stata diffusa tra il pubblico). Tali organismi possono anche ricevere il diritto di pubblicare queste richieste di cessazione, nel caso in cui esse siano definitive.

Nel paragrafo 5 viene fissato uno dei requisiti fondamentali delle autorità amministrative: l’indipendenza. Ai sensi di tale articolo infatti, esse devono essere imparziali, devono avere i poteri necessari per prendere le loro decisioni in maniera efficiente e devono motivare le loro delibere, come ribadito ulteriormente dall’ultimo paragrafo dell’articolo in questione.

L'articolo 6, riprendendo quanto già noto, ribadisce l'impegno alla promozione di azioni di tutela da parte di organismi volontari e autonomi, quali gli istituti di autodisciplina.

In cambio, l'articolo 7 tocca un altro dei temi principali che riguardano la tutela, quello dell'onere della prova, introducendo l'ulteriore potere degli enti amministrativi (sempre derivante dall'eventuale decisione degli Stati membri) di esigere che l'operatore pubblicitario soggetto di un procedimento giudiziario fornisca prove riguardo la veridicità dei dati presentati nella comunicazione commerciale.

Allo stesso modo i restanti articoli, e in particolare il 3, il 4 e l'8, relativi – rispettivamente - alle determinanti della pubblicità ingannevole, alle condizioni di liceità della pubblicità comparativa e alle eccezioni derivanti da determinati divieti presenti negli Stati membri, sono pressoché ripetizioni degli articoli riguardanti gli stessi argomenti già presenti nelle direttive antecedenti.

Problematiche ed interpretazioni: l'intervento della Corte di Giustizia Europea¹³⁷

Sulle questioni generali

L'introduzione di una disciplina *ad hoc* riguardante la pubblicità comparativa ha portato con sé una serie di dubbi relativi alla giusta interpretazione da dare alle diverse disposizioni presenti all'interno delle direttive comunitarie, per dipanare molti dei quali è stato necessario l'intervento della Corte di Giustizia europea. Le prime incertezze derivano dalla definizione stessa di pubblicità comparativa, sulla quale la Corte di Giustizia si è più volte espressa.

In primis, nell'ambito di una controversia riguardante la commercializzazione della birra “Malheur Brut Réserve”¹³⁸, essa ha chiarificato che il testo normativo, riferendosi all'identificazione, diretta o indiretta, di “un concorrente o [di] beni o servizi offerti da un concorrente”, intende ricomprendere nell'alveo del *comparative advertising* non solo la comparazione diretta esplicita, in cui i concorrenti sono nominati esplicitamente, ma anche quella implicita, dove i concorrenti sono facilmente individuati anche senza il bisogno dell'utilizzo del loro brand. In particolare, come si evince dalla lettura dei punti da 18 a 20 della sentenza in questione, tale individuazione implicita può avvenire anche attraverso l'allusione ad

¹³⁷ Contenuti tratti da Spatti, M. (2012). La pubblicità comparativa dei prodotti alimentari alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. In M. De Leonardis (Ed.), *Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche Università Cattolica del Sacro Cuore* (pp. 81–104)

¹³⁸ Corte giustizia UE sez. I, 19/04/2007, n.381, in *curia.eu*

un generale tipo di prodotto, qualora esso permetta di identificare uno o più concorrenti o beni e servizi da essi offerti.

Quest'enfasi sull'identificazione del concorrente, presente nell'art. 2 lettera c) della direttiva 114/2006, ha portato ad un ulteriore problema interpretativo, portando a ritenere che l'applicazione delle norme sia valida per tutte le forme di *advertising* nelle quali viene menzionato un *competitor*, a prescindere dall'esistenza o meno di un'effettiva comparazione tra le due (o più) imprese, o eventualmente tra i loro prodotti¹³⁹. Difatti, pur in contrasto con alcuni articoli della direttiva¹⁴⁰, che fanno un uso ripetitivo del termine “confronto” e del verbo confrontare, si è espressa in tal senso la Corte¹⁴¹, sostenendo che il legislatore comunitario abbia volontariamente ricercato una definizione ampia, in grado di “includere tutte le forme di pubblicità comparativa”¹⁴². Inoltre, una parafrasi diversa e restrittiva non sarebbe coerente con l'orientamento generale dell'organo giudicante, per cui le condizioni di liceità vanno intese nel modo più favorevole alla comparazione.

Ancora, per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle norme, è stata confermata la necessità di sussistenza di un rapporto di concorrenza tra le imprese individuate (o individuabili) nel messaggio pubblicitario. Nel valutare l'esistenza di suddetta circostanza, è imprescindibile la valutazione dei prodotti offerti dal competitor, che devono presentare un “certo grado di sostituibilità reciproca”¹⁴³. Inoltre, è da prendere in considerazione non solo la situazione attuale, “ma anche le possibilità di evoluzione nel contesto della libera circolazione delle merci su scala comunitaria e le nuove potenzialità di sostituzione fra prodotti che l'intensificazione degli scambi può mettere in luce”¹⁴⁴, nonché l'evoluzione delle differenti abitudini di consumo presenti all'interno dei Paesi membri, arrivando così ad una definizione molto ampia del concetto di sostituibilità tra prodotti.

Passando all'analisi dei singoli requisiti di liceità, la Corte si è espressa per chiarificare il significato di ognuno di essi.

¹³⁹ Di benedetto, C. (2018). Requisiti di liceità della pubblicità comparativa: l'approccio della giurisprudenza e prassi italiana. *Il Diritto industriale*, (5), 469–474

¹⁴⁰ Nel dettaglio, il considerando 6 e l'articolo 4

¹⁴¹ Caso Toshiba Europe, Corte Giustizia UE, sez. I, 25/10/2001, in *curia.eu*

¹⁴² Considerando 6, Direttiva n. 97/55

¹⁴³ Corte giustizia UE sez. I, 19/04/2007, n.381, punto 32, in *curia.eu*

¹⁴⁴ Corte giustizia UE sez. I, 19/04/2007, n.381, punto 36, in *curia.eu*

Sulle condizioni di liceità

Non ingannevolezza

Un primo intervento si è ritenuto necessario per poter comprendere se il carattere ingannevole di una *reclame* è da considerarsi solo come una condizione di liceità della comparazione o se, al contrario, esso rappresenta un illecito a parte.

La questione è nata con riguardo ad un contenzioso che vedeva contrapposte la Posteshop – S.p.A. e l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In particolare l’impresa, accusata di aver realizzato una pubblicità ingannevole e pertanto condannata alla cessazione della stessa nonché ad una sanzione pecuniaria di EUR 100.000,00, ha impugnato la decisione dell’Autorità dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sostenendo che dalla lettura della direttiva 114/2006 (considerando 3 e articolo 5) si evince che “la stessa è finalizzata a sanzionare unicamente i fatti che integrano al contempo una pubblicità ingannevole e una pubblicità illegittimamente comparativa”, non potendo invece essere riferita a fattispecie di mero mendacio.

A seguito del parere contrario del TAR, motivato dalla convinzione che negli articoli 1, 5 e 4 della direttiva 2006/114 è chiara l’intenzione del legislatore comunitario di non restringere l’ambito di applicazione della disciplina ai soli casi in cui sia contemporaneamente riscontrabile un’ipotesi di ingannevolezza e comparazione illecita, la Posteshop ha chiamato in causa il giudice del rinvio. A giudizio di quest’ultimo, però, la posizione della ricorrente, che riteneva l’ingannevolezza solo come una “condizione dell’illegittimità della pubblicità comparativa” non era del tutto priva di fondamento.

È stato in questo contesto che il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario l’intervento della Corte di Giustizia europea, la quale ha disposto che “la pubblicità ingannevole e la pubblicità illegittimamente comparativa costituiscono ciascuna un’infrazione autonoma”¹⁴⁵.

Alla base di questa decisione, diverse osservazioni, tra cui la considerazione del duplice obiettivo presentato nell’articolo 1 della direttiva in questione, da individuarsi nella protezione dei professionisti dalle conseguenze della pubblicità ingannevole e nello stabilire delle condizioni di liceità della pubblicità comparativa. Veniva poi sottolineato come le norme relative al raggiungimento dei differenti scopi perseguano logiche diverse: nello specifico, l’articolo 3 (relativo alla *reclame*

¹⁴⁵Corte giustizia UE, sez. VIII, 13/03/2014, n. 52, in *Foro Amministrativo (II)* 2014, 3, 733 (s.m)

mendace) prevede dei criteri minimi da rispettare per evitare di indurre in errore i consumatori, mentre l'articolo 4 si concentra sulle condizioni cumulative necessarie affinché una comparazione sia ritenuta lecita. Infine, veniva constatato che le definizioni delle due fattispecie sono contenute in punti dell'articolo 2 ben distinti tra loro¹⁴⁶.

Nel caso specifico, questa delibera della Corte ha portato alla sanzione della Posteshop, in quanto è stato confermato che “al fine di vietare e di sanzionare una pubblicità ingannevole, non è necessario che quest'ultima costituisca al contempo una pubblicità illegittimamente comparativa”¹⁴⁷.

Questa separazione ha portato all'insorgere di un ulteriore dibattito, legato all'applicazione dell'articolo 8 della Direttiva 114/2006. In particolare, la questione riguardava la discrepanza tra il primo e il secondo comma, tramite i quali prima viene ammessa la possibilità degli Stati membri di applicare norme più restrittive in materia di pubblicità ingannevole, per poi negare la stessa nel caso di pubblicità comparativa. L'orientamento della Corte di Giustizia, in applicazione del principio generale per cui le norme relative alla comparazione vanno interpretate nel senso più favorevole ad essa, è stato espresso nell'ambito della sentenza *Pippig Augenoptik*¹⁴⁸. Ciò che è stato affermato è che l'obiettivo comunitario è da sempre stato quello di armonizzare le diverse discipline statali in materia di comparazione. Pertanto, “la liceità della pubblicità comparativa in tutta la Comunità dev'essere valutata unicamente alla luce dei criteri stabiliti dal legislatore comunitario. Di conseguenza, le disposizioni nazionali più restrittive in materia di tutela contro la pubblicità ingannevole non possono essere applicate alla pubblicità comparativa per quanto concerne la forma ed il contenuto del confronto”¹⁴⁹.

Un'altra circostanza che può condurre all'ingannevolezza della comparazione e che ha richiesto l'azione della CGUE è il raffronto tra prezzi. Tra le numerose delibere al riguardo, è notevole rimarcare la sentenza *Lidl Belgium*¹⁵⁰, che, richiamando anche decisioni precedenti (tra cui la sentenza 16 gennaio 1992, causa C-373/90, X), sancisce alcuni principi generali che le comparazioni di prezzo tra prodotti della grande distribuzione devono rispettare. In particolare, una pubblicità che sottolinei il

¹⁴⁶ Nota giurisprudenziale a cura di Nocera I. L., in *Diritto & Giustizia* 2014, 14 marzo

¹⁴⁷ Corte giustizia UE sez. VIII – 13/03/2014, n.52, punto 28, in *curia.eu*

¹⁴⁸ Corte giustizia UE sez. VI, 08/04/2003, n.44, *curia.eu*

¹⁴⁹ *Ivi*, punto 44

¹⁵⁰ Corte giustizia UE, 19/09/2006, n. 356, in *curia.eu*

vantaggio di prezzo dei propri prodotti confermato dal confronto degli stessi con un campionario di beni concorrenti, risulta ingannevole qualora:

- “non evidenzia che il raffronto ha avuto oggetto soltanto un tale campionario e non l'insieme dei prodotti dell'operatore pubblicitario;
- non individua gli elementi del raffronto avvenuto o non informi il destinatario sulla fonte di informazione presso la quale tale individuazione è accessibile, o
- comporta un riferimento collettivo ad una forbice di risparmi che possono essere ottenuti dal consumatore che effettui i suoi acquisti presso l'operatore pubblicitario piuttosto che presso i suoi concorrenti senza individuare il livello generale dei prezzi praticati, rispettivamente, da ciascuno dei detti concorrenti e l'importo dei risparmi che possono essere ottenuti effettuando i suoi acquisti presso l'operatore pubblicitario piuttosto che da ciascuno di essi.”¹⁵¹

Occorre rilevare che di notevole importanza, al fine di poter inquadrare e sanzionare la condotta, è il numero di consumatori il cui comportamento economico venga eventualmente falsato.

Infine, appurato che l'ingannevolezza può rappresentare un illecito a sé stante, rimangono dei dubbi riguardo alla sua qualificazione come condizione di liceità. Ai sensi della lettera a) dell'articolo 4 della direttiva 114/2006, infatti, tale concetto è da interpretarsi non solo alla luce della definizione dettata nello stesso testo normativo, ma anche in base alla spiegazione che dello stesso viene fornita nella direttiva 29/2005, relativa alle pratiche commerciali scorrette.

Ciò che emerge dalla lettura combinata delle due normative, rispettivamente riguardanti i rapporti *business-to-business* e *business-to-consumer*, è che è ingannevole quel messaggio pubblicitario in grado di indurre in errore i soggetti ai quali è rivolto, che sia denigrando un concorrente o portando i consumatori a prendere decisioni economiche che altrimenti non avrebbero preso. Secondo l'interpretazione della Corte, in una recente delibera riguardante il confronto tra prezzi di prodotti venduti in negozi differenti tra loro per tipologia e dimensioni¹⁵², questa disposizione è da interpretarsi nel senso di ritenere mendace quella reclame che “ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno (...) per prendere una decisione consapevole di natura commerciale, o che occulti

¹⁵¹ Corte giustizia UE, 19/09/2006, n. 356, dichiarazioni conclusive, in *curia.eu*

¹⁵² Corte giustizia UE sez. II, 08/02/2017, n. 562, in *curia.eu*

un'informazione del genere o la presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo”¹⁵³.

Omogeneità dei prodotti confrontati

Per ciò che concerne il requisito di cui alla lettera b) dell'articolo 4, secondo cui è necessario che la comparazione verta su “beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi”, numerose sono state le sentenze della Corte di Giustizia europea che hanno sancito il principio generale per cui l'omogeneità tra i prodotti confrontati è riscontrabile non solo tra merci identiche, ma anche quando tra le stesse sussista un sufficiente grado di intercambiabilità agli occhi del consumatore¹⁵⁴.

Un ulteriore dibattito è sorto per ciò che riguarda il raffronto effettuato su assortimenti di prodotti, il quale, a dire della CGUE “può consentire all'operatore pubblicitario di offrire al consumatore un'informazione pubblicitaria contenente dati aggregati e sintetici che può risultargli particolarmente pertinente”¹⁵⁵. Per tale ragione, questo metodo non va ostacolato, ma al contrario reso possibile, “purché gli assortimenti dei due concorrenti oggetto della comparazione si riferiscano, entrambi, a prodotti che, considerati singolarmente, soddisfano l'obbligo di comparabilità stabilito dall'art. 3 bis, n. 1, lett. b) della direttiva”¹⁵⁶. A queste condizioni, viene lasciata alla discrezionalità del giudice nazionale il giudizio sull'eventuale liceità della comparazione.

Nel complesso, si può affermare che l'autorità giudiziaria comunitaria ha fornito un'interpretazione piuttosto ampia del requisito analizzato in questa sede, sostenendo che siano altre le condizioni di maggiore rilevanza ai fini della valutazione di una *reclame* comparativa. A conferma di tale posizione, anche le considerazioni presentate nella già citata sentenza *De Landtsheer Emmanuel*¹⁵⁷. In quell'occasione, infatti, come si evince dalla lettura dei punti 48 e 49, la Corte ha sottolineato come gli stessi criteri applicati per la verifica della sussistenza di un rapporto di sostituibilità tra prodotti (al fine dell'accertamento dell'esistenza di un rapporto di concorrenza tra le imprese) possano essere utilizzati anche nel giudizio per ciò che riguarda l'omogeneità tra prodotti, se pur riconosce che essi siano molto diversi tra

¹⁵³ *Ivi*, punto 29

¹⁵⁴ Corte giustizia UE sez. VI, 08/04/2003, n.44, *curia.eu*, punto 44

¹⁵⁵ Corte giustizia UE, 19/09/2006, n.356, punto 34, in *curia.eu*

¹⁵⁶ Corte giustizia UE, 19/09/2006, n.356, punto 36, in *curia.eu*

¹⁵⁷ Corte giustizia UE sez. I, 19/04/2007, n.381, *curia.eu*

loro. Ciò rende ancora più facile la prova del rispetto di questa condizione. Nel caso in specie, i giudici europei sono arrivati a ritenere omogeneo il confronto tra una birra e uno champagne, accomunati da un simile processo produttivo, in quanto ritenuti sostituibili per i clienti finali.

Obiettività del confronto

La lettera c) dell'art. 4, direttiva 114/2006, prevede che il confronto tra prodotti venga effettuato in maniera obiettiva, concentrandosi su caratteristiche “essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo”.

Pochi dubbi sono nati per quanto riguarda l'obiettività e parte degli aggettivi utilizzati dal legislatore comunitario nel descrivere gli attributi da raffrontare l'un con l'altro. Ad essenzialità, pertinenza e rappresentatività è infatti possibile attribuire il medesimo significato, arrivando a concludere che il raffronto debba riguardare elementi di fondamentale importanza del prodotto, e non quelli marginali o superficiali.

Al contrario, la richiesta della “verificabilità” del confronto ha sollevato non pochi problemi interpretativi, non tanto sulla sua definizione, quanto piuttosto sulle modalità concrete di realizzazione della stessa. Difatti, i giudici nazionali hanno iniziato a chiedersi se l'esposizione di tutte le notizie necessarie al consumatore al fine di identificare i prodotti dei concorrenti siano da fornire all'interno della pubblicità ovvero in un momento successivo.

Anche in questa circostanza, l'intervento della CGUE è stato chiarificatore, sostenendo che “l'art. 3 bis, n. 1, lett. c), della direttiva deve essere interpretato nel senso che una caratteristica menzionata in una pubblicità comparativa risponde all'esigenza di verificabilità stabilita da tale disposizione, quando gli elementi di raffronto sui quali si basa la menzione di tale caratteristica non sono elencati in tale pubblicità, soltanto se l'operatore pubblicitario indica, in particolare all'indirizzo dei destinatari di tale messaggio, dove e come questi possono prendere agevolmente conoscenza di tali elementi al fine di verificare o, se essi non dispongono della competenza richiesta al riguardo, di fare verificare l'esattezza di detti elementi nonché della caratteristica di cui trattasi”¹⁵⁸. È sufficiente pertanto l'indicazione dei modi attraverso i quali i consumatori possono ottenere le informazioni delle quali

¹⁵⁸ Corte giustizia UE, 19/09/2006, n.356, n.74, in *curia.eu*

hanno bisogno. Informazioni che però devono essere accessibili agli utenti in ogni momento, a prescindere dall'esistenza di eventuali provvedimenti giudiziari o amministrativi che rendono l'erogazione di determinati dati obbligatoria.¹⁵⁹

Denominazione d'origine

Le incertezze derivanti dall'interpretazione della condizione di liceità espressa alla lettera e) dell'art. 4, derivano dalla possibilità o meno di poter confrontare tra loro prodotti caratterizzati da una denominazione d'origine con beni o servizi non protetti da suddetta indicazione.

La Corte, con una sentenza da molti contestata o non condivisa¹⁶⁰, perviene alla conclusione che tale tipo di raffronto è possibile. Tale decisione, presa nell'ambito del caso *De Landsheer Emmanuel*¹⁶¹, si rifà ad una lettura congiunta tra il requisito in questione e la lettera f) del medesimo articolo (del quale si parlerà più avanti). Secondo questa impostazione, “l'effetto utile della disposizione”, che prevede che l'operatore pubblicitario non debba trarre indebito vantaggio dall'utilizzo di un qualunque segno distintivo del concorrente nella comparazione, “sarebbe in parte compromesso”¹⁶², perché il divieto *tout court* di comparazione tra prodotti con e senza denominazione d'origine porterebbe all'esclusione *ipso facto* dell'appropriazione di un beneficio illegittimo.

Questa constatazione, unita all'assenza di un divieto espresso nel testo della norma, che in ogni caso porterebbe ad una limitazione della comparazione¹⁶³ (contraria all'orientamento generale della Corte stessa), arriva a far concludere che “l'art. 3 bis, n. 1, lett. f), della direttiva deve essere interpretato nel senso che non ogni raffronto tra prodotti privi di denominazione d'origine e prodotti che ne sono provvisti è illecito”¹⁶⁴.

Rapporto tra comparazione e diritto all'utilizzo esclusivo del marchio

Prima di procedere con l'analisi delle problematiche relative ai restanti requisiti, è necessario proporre un approfondimento sull'integrazione e la compatibilità tra la disciplina della pubblicità comparativa e quella dell'utilizzo del marchio.

¹⁵⁹ Corte giustizia UE, 19/09/2006, n.356, n.71, in *curia.eu*

¹⁶⁰ Tra di essi, Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000), *op. cit.*

¹⁶¹ Corte giustizia UE sez. I, 19/04/2007, n.381, *curia.eu*

¹⁶² *Ivi*, punto 66

¹⁶³ *Ivi*, punto 71

¹⁶⁴ *Ivi*, punto 72

Come infatti viene ricordato nei considerando da 14 a 16, “l’articolo 5 della prima direttiva 89/104/CEE (...), conferisce al titolare di un marchio di impresa registrato un diritto esclusivo, che comporta in particolare il diritto di vietare ai terzi di usare nel commercio un segno identico o simile per prodotti o servizi identici”. Ciò nonostante, viene asserito che tale diritto all’utilizzo esclusivo del marchio non viene considerato violato nell’esercizio della comparazione, qualora essa avvenga nel rispetto delle condizioni poste per la sua liceità.

Questa impostazione viene ribadita anche nelle nuove norme comunitarie in materia, rappresentate dal Regolamento 2015/2424 e dalla Direttiva 2436/2015, che, attraverso il loro espresso riferimento alla Direttiva 114/2006, realizzano una completa integrazione tra le due discipline.

In particolare, con un’impostazione ripetuta in maniera identica all’interno di entrambi i testi normativi, viene asserito il diritto del titolare del marchio a “vietare ai terzi l’uso di un segno nella pubblicità comparativa, quando tale pubblicità è contraria alla direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio”¹⁶⁵, annoverando tra gli utilizzi che possono essere vietati quello all’interno di una “pubblicità comparativa secondo modalità contrarie alla direttiva 2006/114/CE”¹⁶⁶.

Questa impostazione introduce alcune novità, tra le quali un’interpretazione più ampia dell’utilizzo lecito del marchio in funzione distintiva: al requisito della necessità di contraddistinguere la destinazione del prodotto/servizio richiesto per la liceità dell’utilizzo del marchio altrui viene sostituito quello più esteso dell’esigenza di identificazione o riferimento del prodotto/servizio, nel cui alveo rientra anche l’ipotesi di indicazione della destinazione d’uso.

A questo proposito, occorre sottolineare che il suddetto *favor* nei confronti dell’utilizzo del segno distintivo di un concorrente non si riferisce solo all’uso descrittivo (ovvero quello necessario solo e soltanto per descrivere ed individuare il prodotto altrui), ma anche a quello non distintivo. Le due fattispecie infatti non vengono trattate come sinonimi l’una dell’altra: se è vero che l’utilizzo descrittivo è sicuramente non distintivo, non tutti gli utilizzi non distintivi vengono impiegati per finalità distintive¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Considerando 14

¹⁶⁶ Art. 9, punto 2, lettera f) del Regolamento 2424/2015 e art. 10, punto 2, lettera f) Direttiva 2436/2015

¹⁶⁷ Scotti, U. L. (2016). Gli usi non distintivi del marchio altrui: la pubblicità comparativa, la nuova casistica e i principi generali che se ne possono desumere. Nuovi marchi per l’Europa: le sfide e le opportunità per imprese, enti pubblici, associazioni che scaturiscono dalla più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale

Discredito o denigrazione del concorrente

Per ciò che riguarda la lettera d) dell'art. 4, essa introduce la possibilità di effettuare un raffronto con i prodotti altrui solo se questo non comporta “discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente”.

In proposito, le precisazioni della Corte, rese note a seguito della necessità di un suo intervento per una controversia che vedeva coinvolte due società austriache¹⁶⁸, hanno riguardato il confronto tra prezzi e hanno stabilito che esso non rappresenta un metodo di denigrazione o discredito del concorrente che effettua i prezzi più elevati (punto 80). Questo perché una limitazione in qualunque modo la scelta dei prodotti con i quali effettuare il confronto comporterebbe una violazione della libertà d'iniziativa economica degli imprenditori (punto 81).

Indebito vantaggio

Come già evidenziato, la lettera f) dell'art. 4 sancisce il divieto da parte dell'operatore pubblicitario di trarre un indebito vantaggio “dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti”.

Le pronunce della Corte di Giustizia in merito sono servite a circoscrivere l'esistenza di suddetto beneficio immeritato ai casi in cui, attraverso la presentazione complessiva della pubblicità, i destinatari della stessa siano indotti ad attribuire la reputazione del concorrente a quella dell'operatore pubblicitario, creando in tal modo un'associazione tra i due soggetti.¹⁶⁹

Imitazione e contraffazione

Passando alla lettera g) dell'art. 4, in essa si trova la disposizione che prevede la necessità di evitare la rappresentazione di “un bene o servizio come imitazione o contraffazione di beni e servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati”.

Anzitutto, la Corte è intervenuta per precisare che la condizione in esame “vale non solamente rispetto ai prodotti contraffatti, bensì anche rispetto a qualsivoglia

¹⁶⁸ Corte giustizia UE sez. VI, 08/04/2003, n. 44, in *curia.eu*

¹⁶⁹ Corte giustizia UE sez. V, 25/10/2001, n. 112, punto 60, in *curia.eu*

imitazione e riproduzione”¹⁷⁰. Nella stessa ordinanza¹⁷¹ viene poi specificato che l’illecito è riscontrabile sia nei messaggi pubblicitari in cui viene espressamente presentato il prodotto dell’operatore pubblicitario come imitazione o riproduzione di quello del concorrente, sia in quelli che, “tenuto conto della presentazione globale e del contesto economico in cui sono inseriti, sono idonei a trasmettere implicitamente siffatta idea al pubblico destinatario”.

Ne risulta complessivamente una visione molto ristretta, che preclude ogni possibilità di comunicazione al pubblico dell’imitazione, anche lecita, di un prodotto concorrente.

Livello statale

Modifiche all’impianto normativo previgente

A livello nazionale, un primo passo verso la maggiore tutela del consumatore, alla base di tutti i cambiamenti operati in materia di pubblicità comparativa, è rappresentato dall’introduzione del cosiddetto “Codice del Consumo”, una nuova legge nazionale (incluso nel decreto legislativo 206/2005) che raccoglieva ed armonizzava le diverse normative in materia di “processi di acquisto e consumo” presenti all’interno dell’ordinamento italiano.

Tra le altre, confluirono in questo codice¹⁷² anche le disposizioni del decreto legislativo 74/1992, come modificato dal d. lgs. 67/2000, spostando in tal modo l’attenzione della disciplina riguardante pubblicità ingannevole e illegittimamente comparativa sulla difesa degli interessi dei clienti finali.

Inoltre l’Italia, nel recepire le nuove direttive e adattarsi alle disposizioni europee, ha emanato due decreti legislativi, il 145/2007 e il 146/2007, con lo scopo di realizzare quel “doppio binario” di tutela introdotto a livello comunitario riguardante i diversi interessi in gioco.

In particolare, con il primo dei due provvedimenti nazionali, il nostro Paese ha aggiornato la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa, limitandola ai rapporti *business-to-business*, mentre ha introdotto con il secondo la normativa

¹⁷⁰ Corte giustizia UE sez. I, 18/06/2009, n.487, punto 73, in *curia.eu*

¹⁷¹ *Ivi*, punto 75

¹⁷² Negli articoli dal 18 al 27

relativa alle pratiche commerciali scorrette, relative ai rapporti *business-to-consumer*¹⁷³.

Decreto legislativo 145/2007

Le principali novità introdotte dal decreto legislativo, come già indicato necessarie alla limitazione della tutela in materia di pubblicità ingannevole e comparativa all'ambito professionale, si concretizzano principalmente nell'introduzione della definizione di "professionista" all'articolo 2 e nell'assenza di alcune disposizioni relative alla difesa dei diritti dei consumatori: viene infatti eliminato quello che nell'ex decreto rappresentava il comma 14 dell'articolo 8 e, nell'attuale comma recante tale numero, non si parla più di tutela "dei concorrenti, dei consumatori e delle loro associazioni e organizzazioni", bensì più genericamente dei "soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse".

L'articolo 8, relativo alla tutela amministrativa e giurisdizionale, è oggetto di ulteriori modifiche, non direttamente collegate all'obiettivo principale dettato a livello europeo.

Nello specifico, nel comma 2 viene introdotta la facoltà, da parte dell'Autorità garante, di agire d'ufficio, di avvalersi dell'aiuto della Guardia di Finanza nell'espletamento delle sue funzioni e, nel comma 6, l'obbligo di interpellare l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni qualora il messaggio pubblicitario oggetto dell'inchiesta venga diffuso tramite un qualsivoglia mezzo di telecomunicazione di massa.

Al comma 7 viene aggiunta la possibilità per l'operatore pubblicitario di porre fine all'infrazione riscontrata, sotto richiesta dell'Autorità, tramite l'impegno alla cessazione della pubblicità o alla sua modifica per eliminare gli elementi ritenuti illegittimi. Tale impegno può essere pubblicato a spese del professionista e, qualora venga giudicato idoneo, può diventare obbligatorio ed essere sufficiente ad interrompere ulteriori accertamenti in merito all'illecito.

Con i commi 9 e 12 vengono invece aumentate le sanzioni pecuniarie relative rispettivamente alla decisione di vietare la diffusione della pubblicità ritenuta ingannevole o illegittimamente comparativa e al caso di inottemperanza alle richieste dell'Autorità.

¹⁷³ Gambino, A. M. (2008b). Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008). *Concorrenza e mercato*

Occorre notare altresì che (comma 15) viene “fatta salva” la giurisdizione del giudice ordinario, che rimane responsabile dell’azione inibitoria di pubblicità comparative contrarie alla concorrenza sleale, al diritto d’autore e del marchio d’impresa, nonché di tutti gli altri segni distintivi protetti dalla legislazione italiana.

In definitiva, viene a crearsi anche in questo caso un “doppio binario” di tutela, una di tipo amministrativo (affidata all’Autorità Garante della concorrenza e del mercato), ed una di tipo giurisdizionale. A sua volta, quest’ultima può essere attivata sia dinanzi al giudice amministrativo, a cui compete la valutazione delle contestazioni effettuate alle decisioni prese dall’AGCM, o davanti al giudice ordinario, con i compiti sopra esposti.

Il restante corpo normativo è lasciato pressoché invariato, essendo applicabili anche secondo la nuova disciplina gli articoli presenti nel decreto legislativo precedente.

Nello specifico, la pubblicità comparativa continua ad essere ritenuta lecita qualora:

“a) non è ingannevole ai sensi del presente decreto legislativo o degli articoli 21, 22 e 23 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante «Codice del consumo»;

b) confronta beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;

c) confronta 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 i 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 i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;

g) non trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale ovvero ad altro segno distintivo 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.”

Decreto legislativo 146/2007

Come già sottolineato nel titolo di questo decreto legislativo, l'obiettivo principale realizzato tramite l'emanazione è quello dell'”attuazione della direttiva 2005/29/CE”.

Difatti, nei quattro articoli principali che lo compongono, il testo normativo non fa altro che replicare, in maniera pressoché identica al dettato comunitario, le nuove norme comunitarie in materia di pratiche commerciali sleali, che verranno utilizzate per la tutela dei consumatori anche nei confronti di comunicazioni pubblicitarie mendaci o che effettuano raffronti tra prodotti in maniera illegittima.

La differenza maggiore deriva dalla specificazione che l'introduzione di tali disposizioni si accompagna alla modifica del Codice del Consumo. A seguito dell'emanazione della direttiva 114/2006, infatti, il legislatore italiano ha deciso, per attenersi alle decisioni prese a livello comunitario, di rettificare gli articoli dal 18 al 27, espungendo la disciplina relativa alla pubblicità ingannevole e comparativa per sostituirla con quella appena introdotta dal Consiglio europeo relativa alle pratiche commerciali scorrette¹⁷⁴.

L'altra differenza con il dettato comunitario è rappresentata proprio dall'ultimo degli articoli appena citati, il 27, in cui vengono specificate le regole per la tutela amministrativa e giurisdizionale, nonché le norme relative all'autodisciplina.

Problematiche ed interpretazioni

Sulle questioni generali

Attraverso l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali adottati dall'AGCM¹⁷⁵

(autorità preposta a livello statale alla tutela del mercato e, di conseguenza, incaricata anche della valutazione di fattispecie legate alla comunicazione pubblicitaria, in tutte le sue forme) è possibile identificare i principali problemi interpretativi che la nuova disciplina ha portato con sé, nonché le differenze che sorgono tra l'esegesi nazionale e quella comunitaria.

Lo stesso recepimento delle direttive 29/2005 e 114/2006 e la conseguente separazione netta tra gli interessi tutelati (alla base della creazione del “doppio binario di tutela”), molto chiara a livello teorico, ha comportato non poche difficoltà

¹⁷⁴ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2011). Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010). *Concorrenza e mercato*

¹⁷⁵ Così come effettuata da Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012), Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010). *Concorrenza e mercato*; e da Di Benedetto, C. (2018). Requisiti di liceità della pubblicità comparativa: l'approccio della giurisprudenza e prassi italiana. *Il Diritto industriale*, (5), 469–474.

sul piano dell'applicazione pratica. Difatti, esistono evidenze che fanno propendere per la presunzione dell'esistenza di una parziale sovrapposizione tra il decreto legislativo utilizzato come riferimento per i rapporti tra imprenditori e quello inserito come *benchmark* per il controllo degli interessi dei consumatori (rispettivamente d. lgs. 145 e 146/2007). Nel dettaglio, ci si riferisce alla totale coincidenza tra le forme di tutela contro la pubblicità ingannevole e la pubblicità comparativa illecita dichiarate agli artt. 21, 22, 23 e 27 del Codice del Consumo (che a sua volta riprende il D. Lgs. 146/2007) e all'art. 8 del dettato legislativo relativo ai "professionisti". Inoltre, l'appena citato articolo, legittima all'azione non solo l'Autorità preposta, che può agire d'ufficio, ma anche tutti i soggetti e le organizzazioni che ne abbiano interesse, finendo per ricomprendere in queste categorie anche i consumatori e le loro associazioni¹⁷⁶.

Queste constatazioni, congiuntamente con la presenza, all'interno di una legge posta in via teorica a regolamentare i rapporti *business-to-business*, di disposizioni riguardanti il divieto di messaggi pubblicitari rivolti ad individui particolarmente influenzabili (quali bambini od adolescenti), porta a far concludere che la tutela offerta agli operatori economici dal decreto 145/2007 si estenda in realtà anche agli utenti finali, rendendo così sempre meno netta la distinzione tra le due discipline. Occorre notare che la differenza rileva non solo da un punto di vista teorico, ma anche a fini pratici, in quanto se una comparazione viene classificata come pratica commerciale sleale bisognerà, nella sua valutazione, tenere conto solo della sua eventuale ingannevolezza (come azione od omissione), restringendo il campo delle condizioni di liceità imposte per la reclame comparativa. Inoltre, sarà da prendere in considerazione l'effetto della condotta in esame sul "consumatore medio" o del "membro medio di un gruppo" (ai sensi dell'art 20, comma 2, del Codice del Consumo), anche qualora i soggetti interessati dal messaggio siano i professionisti¹⁷⁷. I principali dubbi sorgono per quelle circostanze in cui destinatari della reclame siano entrambe le categorie finora individuate. Ci si chiede¹⁷⁸ in particolare se, in caso di illecito plurioffensivo, l'AGCM debba avviare due procedimenti separati ed erogare distinte sanzioni. Al riguardo, fino ad ora si può notare solamente che l'Autorità sembra orientata verso l'inquadramento delle fattispecie riconducibili a

¹⁷⁶ Ipotesi presentate da Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012), *op. cit*

¹⁷⁷ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012), *op. cit*

¹⁷⁸ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012), *op. cit*.

pubblicità comparative illecite come pratiche commerciali scorrette, a prescindere dai soggetti che propongono istanza di intervento¹⁷⁹.

Esemplificativa di suddetta tendenza è il caso “Mediaset-Pubblicità comparativa Sky”¹⁸⁰, in cui, se pur a richiedere l’intervento dell’organo statale era l’emittente privato, le *reclame* oggetto del provvedimento sono state giudicate in base agli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

A nulla è servito, nella difesa della convenuta in giudizio, l’appunto per cui “la fattispecie considerata dovrebbe essere [stata] oggetto di valutazione ai sensi del Decreto Legislativo n. 145/07 in considerazione della lesione di natura concorrenziale prospettata da Sky”, in quanto, come si evince dalle motivazioni addotte dall’Autorità, ciò che rileva ai fini della decisione finale è in ogni caso il danno arrecato agli spettatori. Nel giudizio degli impegni della RTI ad eliminare i profili di illiceità infatti, viene evidenziato come essi siano “idone[i] a consentire al consumatore di operare una adeguata e completa comparazione della natura e delle caratteristiche di offerte, anche più ampie e complesse, disponibili sul mercato” e di conseguenza sufficienti ad evitare sanzioni.

Un’altra evidenza del problematico accavallamento tra le diverse discipline può essere riscontrata nella sentenza¹⁸¹ relativa al provvedimento avviato nei confronti del gruppo SEB Italia S.p.A., a seguito della diffusione di una campagna pubblicitaria volta a promuovere l’aspirapolvere Rowenta Air Force Extreme, definita come pubblicità comparativa diretta, in quanto vedeva confrontate tra loro “quattro modelli di scope elettriche senza fili realmente presenti sul mercato”. Anche in questo caso, la segnalante era un’impresa concorrente (la Dyson S.r.l.), che lamentava la presunta ingannevolezza dell’advertising. Nonostante ciò, la condotta è stata classificata come pratica commerciale scorretta e infine ritenuta contraria all’art. 21, comma 2, lettera a) del Codice del Consumo. Ciò che rileva maggiormente però è che, malgrado la decisione finale rientri nell’alveo del d. lgs. 146/2007, l’Autorità fa espresso riferimento anche al d. lgs. 145/2007. Nel dettaglio, vengono valutate l’oggettività e la veridicità delle affermazioni riportate, rendendo così sempre più palese l’inadeguatezza del doppio binario di tutela realizzato a livello comunitario e nazionale.

¹⁷⁹ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012). Rassegna degli orientamenti dell’Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010). Concorrenza e mercato

¹⁸⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 18/03/2010, n. 20919

¹⁸¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 09/07/2014, n. 25023

Passando alla definizione stessa di pubblicità comparativa, in linea con il dettato normativo, che ricalca in maniera pedissequa la descrizione fornita dalla direttiva 114/2006, l'Autorità ha ricavato una parafrasi analoga a quella valida a livello europeo¹⁸². Difatti, “è orientamento costante dell'Autorità (...) ritenere che, nella nozione di pubblicità comparativa, deve intendersi ricompresa la sola pubblicità comparativa diretta, quella che realizza, cioè, un confronto con uno o più concorrenti determinati. Nello specifico, tale comparazione diretta è stata ritenuta sussistere, in forma «esplicita», in presenza della specifica menzione, nel messaggio, del nome del concorrente o del marchio dei prodotti o servizi dallo stesso offerti e, in forma «implicita», esclusivamente laddove l'identità del concorrente sia evincibile alla luce dello specifico contesto promozionale interessato.”, come si legge nel provvedimento n.16497 del bollettino n.7/2007. In quell'occasione, l'Autorità, chiamata a pronunciarsi su un *claim*¹⁸³ diffuso dalla LG Electronics Italia S.p.A. rigettò l'ipotesi di illiceità comparativa, in quanto nel messaggio non era riscontrabile nessuna individuazione dei concorrenti, né in maniera implicita né tantomeno esplicita.

Sulle condizioni di liceità

Per quanto riguarda le singole condizioni di liceità della comparazione, attraverso l'analisi di diversi casi giurisprudenziali, è possibile rintracciare alcune differenze tra i diversi livelli di tutela messi a disposizione dall'ordinamento giuridico nazionale, nonché tra l'orientamento interno e quello europeo.

A livello nazionale, ciò che rileva ai fini della valutazione della possibile ingannevolezza del messaggio pubblicitario comparativo è la veridicità delle informazioni fornite¹⁸⁴.

Seguendo un focus leggermente diverso da quello adottato dalla Corte di giustizia europea, infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato segue il principio generale per cui, per evitare di indurre in errore il consumatore, i dati presentati (relativi al proprio prodotto e/o al prodotto concorrente), debbano corrispondere al vero.

¹⁸² Di Benedetto, C. (2018), *op.cit.*

¹⁸³ Che nel dettaglio recitava, all'interno della brochure “POTENZA COSTANTE NEL TEMPO. Grazie al sistema DYNACLEAN la potenza di aspirazione di 340W viene mantenuta costante nel tempo, anche a serbatoio pieno. Sia i modelli con sacchetto che quelli ciclonici semplici perdono potenza all'aumentare della quantità di polvere raccolta” e, nel catalogo “DYNACLEAN garantisce la massima forza aspirante anche a serbatoio pieno” e che “gli aspirapolvere con sacchetto e quelli a tecnologia ciclonica tradizionale perdono potenza all'aumentare della quantità di polvere raccolta (...)”.

¹⁸⁴ Di Benedetto, C. (2018), *op. cit.* e Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012), *op. cit.*

Tra le recenti sentenze illustrative di suddetto orientamento, valido sia per le reclame giudicate in base alla disciplina dettata per le pratiche commerciali scorrette che per quelle valutate in base alle norme relative a pubblicità comparativa ed ingannevole, il caso “Dash”, in cui il messaggio pubblicitario, identificato come pubblicità comparativa indiretta, veniva ritenuto ingannevole in quanto contenente “informazioni non vere circa le caratteristiche, le quantità ed i risultati conseguibili con il prodotto pubblicizzato”¹⁸⁵. Ancora, il caso “Multifidi”, il cui il raffronto era giudicato “volto a rappresentare la convenienza del prodotto in termini non veritieri”¹⁸⁶, pertanto non ammissibile.

Passando al requisito dell’omogeneità, di cui all’art. 4, lettera b), si può osservare come l’interpretazione data dalla giurisdizione italiana sia leggermente diversa da quella operata a livello comunitario. Nel dettaglio, se pur il *public enforcement* (affidato all’azione dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato) sembra essere in linea con l’orientamento sovranazionale, l’Autorità Giudiziaria Ordinaria opta per una visione più restrittiva rispetto a quella fornita dalla Corte di giustizia europea¹⁸⁷.

Difatti l’AGCM, similmente a quanto affermato dai giudici comunitari, sottopone il rispetto del requisito dell’omogeneità alla sostituibilità “dal lato della domanda”¹⁸⁸. Per quanto riguarda i giudici ordinari invece basti pensare ad alcune decisioni del Tribunale di Milano, che nel 2012 è arrivato a negare la liceità di un confronto effettuato su due diversi biscotti, ritenendo che si ponessero “a confronto prodotti in realtà non omogenei, in quanto destinati a diverse fasce di età”¹⁸⁹ e ancora, nel 2014, pronunciandosi su una *reclame* relativa a diverse tipologie di bresaola, ha sentenziato che “la pubblicità comparativa in questione risulta, altrettanto sicuramente, scorretta in quanto non presenta prodotti omogenei (ovverosia ricavati da carni del medesimo pregio e sottoposti alla medesima stagionatura)”¹⁹⁰.

Contrario a questa visione anche il T.A.R. del Lazio, che ammette la comparazione tra i risultati ottenibili da un cosmetico con quelli risultanti da un trattamento medico mediante laser, motivando la sua decisione con la constatazione che ai sensi del

¹⁸⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 7/10/2013, n. 24522

¹⁸⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 21/09/2009, n. 20228

¹⁸⁷ Di Benedetto, C. (2018), *op.cit.*

¹⁸⁸ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 14/08/2006, n.15764

¹⁸⁹ Tribunale di Milano; sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale; 17/01/2012, *Le sezioni specializzate italiane della proprietà industriale e intellettuale* 2012, 1, 305

¹⁹⁰ Tribunale Milano Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 08/07/2014, n.9020, in *Dejure.it*

decreto legislativo è consentito il confronto tra beni e servizi che soddisfano gli stessi bisogni, “indipendentemente dalla circostanza che tratti di tecniche sostanzialmente diverse e non comparabili”¹⁹¹.

Per ciò che riguarda invece l'utilizzo dei segni distintivi del concorrente al fine di effettuare un raffronto pubblicitario, la giurisprudenza italiana sembra ricalcare quella europea¹⁹²: seguendo l'impostazione introdotta con il Regolamento 2424/2015 e la Direttiva 2436/2016, il Tribunale di Milano ha infatti sancito la liceità dell'utilizzazione del marchio altrui “solo se la pubblicità comparativa è essa pure lecita”¹⁹³.

Parimenti, la concezione limitativa relativa alla possibile imitazione o contraffazione del bene o servizio concorrente fornita dalla CGUE viene ribadita anche in Italia¹⁹⁴.

Il Tribunale di Torino, infatti, ha stabilito il divieto *tout court* delle tavole di concordanza, ritenute un metodo “indiretto, surrettizio e allusivo per proporre il proprio prodotto come un'imitazione di quello famoso identificato attraverso il marchio”¹⁹⁵.

Infine, riguardo alla denigrazione del concorrente, essa si inserisce nel precedente impianto normativo, permettendo in via di principio una interpretazione più ampia dell'art. 2598 n.2. Nonostante ciò, si osserva un generale orientamento propenso ad intendere l'assenza di denigrazione non come un autonomo requisito di liceità, bensì come una caratteristica della comparazione derivante rispetto di tutti le altre condizioni di cui all'art. 4 d. lgs. n. 145/2007¹⁹⁶. Di questa visione il Tribunale di Bologna che, nel 2011, chiamato a giudicare uno *slogan* pubblicitario comparativo, lo ha ritenuto denigratorio (e quindi contrario alle norme del Codice Civile), in quanto “sfrutta(va) indebitamente la notorietà del concorrente per contrapporvi la propria immagine ed affermare la superiorità dei propri prodotti senza il rispetto delle condizioni poste dalla legge sulla pubblicità comparativa.”¹⁹⁷

¹⁹¹ T.A.R. Lazio, sez. I, 25/03/2015, n. 4580, in *Rass. dir. farmaceutico* 2015, 6, 1413

¹⁹² Di Benedetto, C. (2018), *op.cit.*

¹⁹³ Tribunale Milano, 17/02/2016, n. 2042/2016

¹⁹⁴ Di Benedetto, C. (2018), *op.cit.*

¹⁹⁵ Tribunale Torino, 22/10/2014, n. 26590, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2016, 1, 1151

¹⁹⁶ Di Benedetto, C. (2018), *op.cit.*

¹⁹⁷ Tribunale Bologna, 24/02/2011, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2011, 1, 815

Ulteriori questioni

Ulteriori dubbi interpretativi sono nati a livello nazionale con riguardo alle disposizioni dell'art. 8 del d. lgs. 145/2007 e, parallelamente, dell'art 27 del Codice del Consumo. Difatti, il T.a.r. del Lazio¹⁹⁸ si è espresso sull'istituto della cosiddetta "definizione con impegni", introdotto nel comma 7 di entrambi gli articoli. In particolare, è stato stabilito che la valutazione dell'assunzione dell'impegno a porre fine all'infrazione riscontrata che l'operatore pubblicitario può presentare all'Autorità garante, deve essere effettuata dalla stessa non solo in base all'effettiva capacità della promessa di porre fine ai profili di illegittimità, ma anche nella sua convenienza rispetto ad una procedura giudiziale¹⁹⁹.

Viene anche ribadito che alcune circostanze specifiche possono portare al rigetto degli impegni, e che, in ogni caso, il giudizio da parte dell'organo amministrativo è del tutto discrezionale.

Ma il punto centrale della questione ruota intorno alle caratteristiche specifiche delle misure correttive proposte. Si legge infatti nella sentenza che esse debbono essere “«pertinenti» rispetto all'oggetto del procedimento e quindi funzionali all'elisione dei profili di ingannevolezza oggetto di accertamento”²⁰⁰. Ciò perché si assume che la tutela offerta dal professionista sia pressoché analoga a quella dell'Autorità e, per questa ragione, non sono ammissibili le promesse realizzate al solo fine di evitare la sanzione.

Nel caso in questione, relativo ad una controversia nata tra il Consiglio Nazionale del Notariato e il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili per una pubblicità ritenuta contraria agli artt. 1, 2, 3 e 4 del d. lgs. 145/2007, il T.a.r. ha ritenuto che la lettera del CNN non fosse pertinente con gli illeciti riscontrati, in quanto conteneva sì qualche resipiscenza sulla illecita denigrazione dei commercialisti ma non “l'impegno a cessare e/o non reiterare la campagna pubblicitaria relativamente agli altri profili evidenziati”²⁰¹. In aggiunta, la missiva non risultava neppure funzionale, in quanto non presentava alcuna misura per eliminare, con effetti retroattivi, “la condotta a suo tempo posta in essere”²⁰².

¹⁹⁸ T.A.R. Lazio, Sez. I, 24/02/2010, n. 2974, in *Corr. Merito*, 2010, 6, 673

¹⁹⁹ Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012), *op. cit.*

²⁰⁰ T.A.R. Lazio, Sez. I, 24/02/2010, n. 2974, in *Corr. Merito*, 2010, 6, 673

²⁰¹ T.A.R. Lazio, Sez. I, 24/02/2010, n. 2974, in *Corr. Merito*, 2010, 6, 673

²⁰² T.A.R. Lazio, Sez. I, 24/02/2010, n. 2974, in *Corr. Merito*, 2010, 6, 673

Livello autodisciplinare

Codice di autodisciplina pubblicitaria (ieri ed oggi)

Per poter comprendere fino in fondo l'evoluzione del quadro normativo italiano riguardo alla disciplina sulla pubblicità comparativa, è necessario prendere in considerazione anche il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (CAP). Tale regolamento, come già ricordato, nella sua prima edizione del 1966 comprendeva tra le forme di pubblicità ritenute lecite solamente la reclame comparativa indiretta, escludendo la possibilità di effettuare raffronti che individuassero in maniera puntuale i concorrenti. In particolare, nell'articolo 15 era possibile leggere che erano “ammessi tutti i riferimenti che permettono di differenziare un prodotto da altri, purché questi ultimi non siano nominati”. Nelle edizioni successive questo concetto fu reso ancora più chiaro, fino ad arrivare alla versione del 1989, nella quale si afferma che “è consentita la comparazione *indiretta*” quando necessaria per mostrare da un punto di vista tecnico pregi “oggettivamente rilevanti” del prodotto pubblicizzato.

A seguito dell'emanazione della direttiva 84/450 e successive modifiche, il CAP è stato cambiato con lo scopo di allineare la disciplina dello IAP alle nuove disposizioni vigenti a livello europeo.

Per realizzare questo obiettivo, la parola “indiretta” è stata eliminata dal testo normativo, arrivando in tal modo a comprendere nella categoria di strumenti commerciali ritenuti accettati anche la pubblicità comparativa diretta, in cui i competitors sono identificati in maniera inequivocabile. Inoltre, stati aggiunti alcuni criteri per valutare l'ammissibilità della comparazione, criteri nei quali è possibile ravvisare una sintesi dei requisiti di liceità contenuti nella direttiva sopracitata²⁰³.

Interpretazioni ed orientamenti del Giurì²⁰⁴

Una prima osservazione per quanto riguarda la repressione della pubblicità comparativa illegittima effettuata dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria è che la tutela offerta dal Giurì non prevede nessuna distinzione tra i vari interessi coinvolti. Infatti, come si legge nel primo articolo del Codice di Autodisciplina, lo scopo principale delle norme in esso contenute è quello di “assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo

²⁰³ Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P., (2000). *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*. Milano, Italia: Christian Marinotti Edizioni

²⁰⁴ Osservazioni tratte da Di Benedetto, C. (2018), *op. cit.*

economico, venga realizzata come servizio per il pubblico”²⁰⁵, se pur non manca un riguardo particolare per l’“influenza sul consumatore”.

Nel caso specifico della comparazione, essa viene ritenuta “un genere di pubblicità potenzialmente più «aggressivo» rispetto agli altri”²⁰⁶, perciò “i criteri di valutazione della sua conformità al Cap devono essere più rigorosi”. Questa impostazione di base è confermata dall’interpretazione che viene fornita delle diverse condizioni di liceità, elencate nell’art. 15²⁰⁷.

Ad esempio, l’omogeneità del confronto viene ritenuta un principio cardine per la realizzazione di raffronti tra beni e servizi, per la quale il Giurì ha fornito una definizione in linea con quanto stabilito dai giudici statali. Difatti, è necessario che “tra i prodotti comparati sussista un’elevata facilità di sostituzione sul fronte della domanda”²⁰⁸. Ne deriva una visione relativamente restrittiva del requisito, al quale non si può derogare neanche in caso di comparazioni appositamente provocatorie ed eccessive.

Allo stesso modo, l’assenza di mendacio è ritenuta di fondamentale importanza, come si evince anche dalla lettura dell’articolo in questione, secondo il quale i confronti reclamizzati debbano essere “leali e non ingannevoli”²⁰⁹.

Come per l’Autorità garante, ciò che rileva ai fini della valutazione di questo profilo di illegittimità è la veridicità. Per l’Istituto di Autodisciplina, infatti, vale il principio per cui “un problema in termini di pubblicità comparativa si pone solo quando la comparazione è veritiera; quando non lo è, l’ingannevolezza rende superflua l’applicazione delle norme autodisciplinari che reprimono la scorretta comparazione tra prodotti e attività”²¹⁰.

Un altro aspetto che accomuna i diversi canali di tutela è l’utilizzo del marchio o di altri segni distintivi del concorrente, che, a detta del Giurì, è permesso in quanto

²⁰⁵ CAP, articolo 1

²⁰⁶ Giurì codice autodisciplina pubblicitaria, 05/11/2013, n. 82, in *Dir. industriale* 2000, 379 (s.m)

²⁰⁷ Che recita “È consentita la comparazione quando sia utile ad illustrare, sotto l’aspetto tecnico o economico, caratteristiche e vantaggi dei beni e servizi oggetto della comunicazione commerciale, ponendo a confronto obiettivamente caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili tecnicamente e rappresentative di beni e servizi concorrenti, che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi.

La comparazione deve essere leale e non ingannevole, non deve ingenerare rischi di confusione, né causare discredito o denigrazione. Non deve trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà altrui.”

²⁰⁸ Giurì cod. aut. pubbl.ria, 24/09/2013, n.74, in *Rassegna di diritto farmaceutico* 2014, 1, 177

²⁰⁹ CAP, articolo 15

²¹⁰ <https://www.iap.it/2016/12/n-77bis2016-del-02-12-2016/>

giustificato “dall’interesse del pubblico di consumatori ad essere maggiormente informato circa le caratteristiche dei prodotti o dei servizi offerti sul mercato”²¹¹.

²¹¹ Giurì cod. aut. pubb.ria, 30/05/2000, n. 148, in *Dir. industriale 2000*, 379 (s.m)

Conclusioni

Al termine di questo dettagliato esame relativo alla disciplina posta alla base della regolamentazione offerta per la pubblicità comparativa, si può concludere che sono presenti numerosi ostacoli alla sua piena diffusione ed utilizzo estensivo, in particolar modo nel territorio italiano.

Un primo limite è di tipo giuridico: le condizioni poste alla base della legittimità della forma comunicazionale in questione sono numerose e molto restrittive. Esse sono infatti “improntate più al divieto che alla liberalizzazione”²¹² ed è pertanto complicato realizzare un *advertising* che le rispetti tutte in modo esaustivo.

Ad ulteriore riprova di tale punto di vista, l’esistenza di numerose richieste di intervento a diversi organi giurisdizionali (quali la Corte di Giustizia Europea a livello comunitario, il Consiglio di Stato a livello nazionale), che, se pur in ottica di risoluzione di dubbi interpretativi, mostra come l’impiego di questa forma di comunicazione abbia un’alta probabilità di trasformarsi in un contenzioso giuridico, con tutto ciò che esso porta con sé, a partire dalla sospensione della reclame fino ad arrivare ad una sanzione di tipo pecuniario. Tale circostanza indubbiamente scoraggia gli imprenditori, che preferiscono all’utilizzo di comparazioni altri tipi di strumenti per presentare i propri prodotti alla clientela.

Inoltre, il “doppio binario di tutela” presuppone che non solo i commercianti lesi nei propri interessi possano intervenire contro un raffronto illegittimo, ma che tale facoltà possa essere esercitata anche dai consumatori, ampliando quindi i possibili rischi per gli operatori economici che vogliano affidarsi alla comparazione.

Nello specifico caso dell’Italia, questo limite è aggravato da una componente di tipo culturale. I consumatori hanno infatti un atteggiamento prevalentemente diffidente nei confronti dei messaggi pubblicitari (in particolare per quelli innovativi) che vengono ritenuti invadenti e persuasivi²¹³.

A ciò si aggiunge la tradizione della pubblicità italiana, che ha ulteriormente influenzato le tecniche di comunicazione di massa utilizzate nel Bel Paese. Difatti, la peculiare ed unica invenzione del “Carosello”, se da una parte ha contribuito a creare un rapporto di fiducia con il consumatore italiano, dall’altra ha generato una sorta di “dipendenza espressiva”²¹⁴ per i pubblicitari, che altro non possono fare se non

²¹² Come osserva Aiello, A. (2010). La pubblicità comparativa in Italia: molti numeri e poca ironia. *Consumatori, diritti e mercato*, (2), 131–142

²¹³ A. Aiello, *op. cit.*

²¹⁴ A. Aiello, *op. cit.*

assecondare i gusti del pubblico, abituato a dialoghi e narrazioni, alla presenza di personaggi famosi che difficilmente si conciliano con le caratteristiche necessarie alla comparazione.

In definitiva, se pur appare indispensabile un meccanismo di controllo e regolamentazione del fenomeno, proprio a causa della sua natura complessa e dell'impatto che esso ha su tutti gli attori del sistema economico, sarebbe forse necessaria una più ampia tolleranza da parte di consumatori e concorrenti, al fine di poter permettere lo svolgimento del gioco concorrenziale in maniera più accattivante e coinvolgente, tramite l'utilizzo dell'ironia e della satira per attrarre i consumatori. Una possibile soluzione²¹⁵ per poter raggiungere questo obiettivo sembra essere rappresentata dal cosiddetto *two-way-message*, termine con la quale si vuole far riferimento a quelle reclame in cui non vengono citati solo gli elementi negativi dei concorrenti, bensì anche i loro pregi. Difatti, sembra essere dimostrato che l'utilizzo di questa pratica commerciale contribuirebbe a creare un rapporto di maggiore complicità con il pubblico dei potenziali acquirenti.

Quale che sia la tecnica utilizzata, finché la situazione rimarrà immutata, la pubblicità comparativa continuerà ad essere uno strumento di nicchia, lasciato un po' in un angolo, nonostante le sue ampie potenzialità.

²¹⁵ A. Aiello, *op. cit.*

Bibliografia

- Abriani, N., Cottino, G., & Ricolfi, M. (2001). *Diritto industriale*. Padova, Italia: CEDAM.
- Aiello, A. (2010). La pubblicità comparativa in Italia: molti numeri e poca ironia. *Consumatori, diritti e mercato*, (2), 131–142. Disponibile da <http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2012/07/2010-02-la-pubblicita-comparativa-in-italia-molti-numeri-e-poca-ironia-consumatori-diritti-e-mercato-14-n532220.pdf>
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. (n.d.). AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Disponibile da <https://www.agcm.it/>
- Campobasso, G. F., & Campobasso, M. (2013). *Diritto commerciale*. Torino, Italia: UTET.
- Cassano, G., Marraffa, R. (2005). *La concorrenza*. Torino, Italia: UTET.
- Coco, R. (1998). La direttiva comunitaria sulla pubblicità comparativa. In S. Rodotà (Ed.), *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore: atti del seminario tenutosi il 2 marzo 1998 presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" Roma* (pp. 83–122). Napoli, Italia: Jovene.
- CURIA EU. (n.d.). CURIA - Formulario di ricerca. Disponibile da <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>
- Devesa, C. L. (2014). La pubblicità comparativa nell'Unione Europea. *Rivista di diritto industriale*, . Disponibile da <http://aippi.it/wp-content/uploads/2013/10/Lema-Devesa.pdf>
- Di Benedetto, C. (2018). Requisiti di liceità della pubblicità comparativa: l'approccio della giurisprudenza e prassi italiana. *Il Diritto industriale*, (5), 469–474.
- EUR-Lex. (n.d.). Disponibile da <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1506428973494>
- Fusi, M., Testa, P., Cottafavi, P. (2000). *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*. Milano, Italia: Christian Marinotti Edizioni.
- Gambino, A. M. (2008a). Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008). *Concorrenza e mercato*.
- Gambino, A. M. (2008b). Pubblicità ingannevole e comparativa (2007 e primo 2008). *Concorrenza e mercato*.
- Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2011). Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010). *Concorrenza e mercato*,
- Gambino, A. M., Falce, V., & Stazi, A. (2012). Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010). *Concorrenza e mercato*.
- Ghidini, G., & Cavani, G. (2014). *Lezioni di diritto industriale. Proprietà industriale, intellettuale e concorrenza*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Giuffrè - DeJure. (n.d.), da <https://dejure.it/>

Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria. (n.d.). IAP - Istituto Autodisciplina Pubblicitaria.
Disponibile da <https://www.iap.it/>

Oliviero, M. R. (2013). *La pubblicità comparativa*. Santarcangelo di Romagna, Italia: Maggioli Editore.

Rodotà, S., & Armone, G. M. (1998). *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore. Un ampio commento della nuova legge n.° 281/98 ed appendice di giurisprudenza*. Napoli, Italia: Jovene.

Rossi, G. (2000). *La pubblicità dannosa: concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*. Milano, Italia: Giuffrè.

Scotti, U. L. (2016). Gli usi non distintivi del marchio altrui: la pubblicità comparativa, la nuova casistica e i principi generali che se ne possono desumere. *Nuovi marchi per l'Europa: le sfide e le opportunità per imprese, enti pubblici, associazioni che scaturiscono dalla più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale*, . Disponibile da <https://www.filodiritto.com/sites/default/files/articles/documents/0000002101.pdf>

Spatti, M. (2012). La pubblicità comparativa dei prodotti alimentari alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. In M. De Leonardis (Ed.), *Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche Università Cattolica del Sacro Cuore* (pp. 81–104). Disponibile da http://www.qdsp.it/wp-content/uploads/2017/04/QDSP01_2012-La-pubblicita-comparativa-dei-prodotti-alimentari_Monica-Spatti.pdf

Testa, P. (2004). Il punto sulla pubblicità comparativa. In A. Vanzetti (Ed.), *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti: proprietà intellettuale e concorrenza* (pp. 1711–1726). Milano, Italia: Giuffrè.

Vanzetti, A. (2004). *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti: proprietà intellettuale e concorrenza*. Milano, Italia: Giuffrè.

Williams, K. C., & Page, Jr., R. A. (2013). Comparative Advertising as a Competitive Tool. *Journal of Marketing Development & Competitiveness*, 7.