

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 12/01/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32858-la-pubblicit-ingannevole-tra-giudice-ordinario-autorit-garante-della-concorrenza-e-del-mercato-e-giur-di-autodisciplina-pubblicitaria>

Autori: Adamo Giovanni, Marchetti Francesca , Pesce Gian Maria, Strangio Rossella, Taglienti Marialisa

La pubblicità ingannevole tra giudice ordinario, autorità garante della concorrenza e del mercato e giurì di autodisciplina pubblicitaria



GIOVANNI ADAMO – FRANCESCA MARCHETTI – GIANMARIA PESCE
ROSELLA STRANGIO – MARIALISA TAGLIENTI

CON IL COORDINAMENTO DI:

MARIALISA TAGLIENTI

A CURA DI

GIOVANNI ADAMO

**LA PUBBLICITA' INGANNEVOLE TRA
GIUDICE ORDINARIO, AUTORITA'
GARANTE DELLA CONCORRENZA E
DEL MERCATO E GIURI' DI
AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA**



Gli Autori:

Giovanni Adamo: Avvocato in Bologna, Cultore della Materia di Diritto Civile nella medesima Università e fondatore dello Studio Legale Adamo (www.studiolegaleadamo.it), da oltre tre lustri si occupa di diritto d'impresa, del *franchising*, della concorrenza e della pubblicità. Ha scritto svariati saggi su riviste scientifiche di settore, e monografie anche in materia di pubblicità ingannevole.

Marialisa Taglienti: *Junior Assistant* presso lo Studio Legale Adamo, si occupa di diritto della concorrenza e della pubblicità. Nello stesso settore è curatrice del blog www.dirittopubblicita.it, che pubblica le attività del gruppo di lavoro dello Studio Legale Adamo dedicato all'analisi delle conseguenze giuridiche della pubblicità.

Francesca Marchetti: *Junior Assistant* presso lo Studio Legale Adamo, sta dedicando la propria formazione professionale ed “accademica” al settore del danno massivo, ivi compreso quello generato dall'improprio utilizzo dei mezzi di comunicazione, curando anche il blog www.masstort.it, che si occupa, fra l'altro, proprio di tali fenomeni.

GianMaria Pesce: *Junior Assistant* presso lo Studio Legale Adamo, sta perfezionando la propria specializzazione professionale nel campo del diritto *Antitrust* e nello studio delle “nuove” responsabilità, anche da abuso di strumenti e metodi commerciali leciti. Cura il blog di Studio www.inteseabusi.it, che coordina le attività dello Studio nel settore *Antitrust*

Rosella Strangio: già *Junior Assistant* dello Studio Legale Adamo, ha successivamente rivolto le proprie attenzioni professionali al campo del diritto tributario.



INDICE:

Premessa. Le discipline applicabili alla fattispecie: “pubblicità ingannevole”: uno sguardo d’insieme (Giovanni Adamo).....4

Capitolo I – La pubblicità ingannevole come illecito precontrattuale (Francesca Marchetti – Giovanni Adamo).....7

1. Legami tra pubblicità ingannevole, responsabilità precontrattuale e contrattuale - 2. Art. 1337 c.c. – Dolo determinante / dolo incidente / dolus bonus - 3. Disciplina dell’errore - 4. Tutela dei diritti del consumatore e rapporti con il D. Lgs. 145/2007 – 5. Codice del Consumo e danno da prodotto difettoso – 6. Il danno risarcibile: dall’interesse contrattuale negativo al danno extracontrattuale.

Capitolo II - Pubblicità ingannevole e slealtà concorrenziale (Marialisa Taglienti) 29

1. L’art. 2598 c.c. : la pubblicità ingannevole in rapporto alle fattispecie di cui ai numeri 1, 2, 3 della norma. La confusione tra segni distintivi – 1.1. Segue: denigrazione ed appropriazione di pregi – 1.2. L’impiego di mezzi non conformi alla correttezza professionale: la pubblicità menzognera – 2. La violazione di norme pubblicitarie – 3. Le azioni a tutela della concorrenza: l’inibitoria, anche urgente – 4. L’azione di merito ed il risarcimento del danno: modalità di quantificazione – 5. L’art. 2601 c.c.: l’azione dell’associazione professionale.

Capitolo III – La valutazione di ingannevolezza ai fini antitrust (GianMaria Pesce – Giovanni Adamo)44

1. Ruolo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: poteri e normativa di riferimento – 2. I requisiti della pubblicità – 3. Procedimento davanti al Garante ed eventuale parere dell’Autorità Garante delle Comunicazioni – 4. Le sanzioni – 5. La giurisprudenza dell’Autorità. Aspetti salienti e tendenze

Capitolo IV – La pubblicità ingannevole nell’ambito del Codice dell’Autodisciplina Pubblicitaria (Rosella Strangio – GianMaria Pesce – Giovanni Adamo).....74

1. Il sistema del Codice dell’Autodisciplina Pubblicitaria – 2. Il concetto di ingannevolezza ai fini del C.A.P. – 3. Gli Organi del sistema autodisciplinare – 4. Le sanzioni – 5. La giurisprudenza del Giurì: aspetti salienti e tendenze



LE DISCIPLINE APPLICABILI ALLA FATTISPECIE “PUBBLICITA’ INGANNEVOLE”: UNO SGUARDO D’INSIEME

*Giovanni Adamo**

L’attività pubblicitaria permea oggi la vita dell’impresa e dei consumatori praticamente nella totalità degli aspetti di essa, dalla radio, alla televisione, al web (oggi anche con l’impiego massiccio di *facebook* e di altri *social networks*), alla strada. Essa diviene dunque, e non da oggi, da un lato, un fenomeno con il quale chiunque si confronta continuamente. Dall’altro, uno strumento essenziale per le imprese, indispensabile per l’acquisizione del migliore posizionamento sul mercato di riferimento. In tale contesto, gli investimenti destinati alla pubblicità nel mercato nazionale sono enormi: 9,3 miliardi di Euro è la previsione per il 2011 (fonte UPA – Unione Pubblicitari Associati), per quanto in calo rispetto agli anni precedenti (stando alla fonte citata, l’unica forma di pubblicità in aumento sarebbe quella effettuata sul *web*).

E’ evidente, allora, in tale contesto, che una adeguata e corretta regolazione legislativa e giurisprudenziale del fenomeno è idonea ad incidere (positivamente) su interessi enormemente rilevanti, che spesso si riferiscono ad angoli prospettici differenti. Nel tempo, tanto il Legislatore, quanto le Associazioni di categoria e gli operatori di settore hanno preso atto della necessità, nei rispettivi ambiti, di regolare il mercato in modo tale da consentire la “sopravvivenza” degli operatori “virtuosi” e sanzionare, invece, gli operatori che tali non fossero. Il Legislatore, ad esempio, ha provveduto mediante la L. 287/1990 e – successivamente – mediante i D. Lgs. 146 e 147 del 2007. Gli operatori di settore si sono, invece, autoregolamentati mediante il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, azionabile esclusivamente dai soggetti che fanno parte del “sistema” autodisciplinare.

Ne consegue, pertanto, la necessità di un approccio multiprospettico, in quanto il fenomeno pubblicitario è idoneo a soddisfare (e contemporaneamente a ledere) una diversificata serie di interessi giuridicamente protetti. E’ agevole ravvisare, ad



esempio, la necessità di tutela dell'interesse giuridicamente protetto alla libera formazione del consenso del "terzo" (appannaggio della disciplina di diritto comune contenuta nel Codice Civile, in materia di responsabilità precontrattuale e di annullamento del contratto concluso per effetto dell'errore proprio o del dolo altrui). Ma è di tutta evidenza altresì la ricerca di un adeguato assetto di interessi in materia di tutela dei meccanismi concorrenziali, tentando di trasporre nel nostro ordinamento logiche nate sotto altri cieli, ma dotandole di temperamenti idonei a mitigare le conseguenze del recepimento "acritico" delle stesse (ne è un esempio la disciplina in materia di pubblicità comparativa – fenomeno prettamente anglosassone -, che nel nostro ordinamento è lecita unicamente laddove "prestazionale"¹).

In tale contesto, pertanto, il presente scritto si propone l'obiettivo di analizzare il fenomeno pubblicitario tenendo sempre ben presente che qualsiasi considerazione non può prescindere dalla consapevolezza che lo stesso è destinato ad incidere su diritti e situazioni giuridiche differenti, che di volta in volta differenti sono pertanto i soggetti ed i "beni giuridici" da tutelare (dall'autonomia contrattuale alla libertà concorrenziale), e che, pertanto, diversi sono anche i terreni di gioco sui quali svolgere le singole "partite".

In questo senso, pertanto, la tutela della libertà contrattuale e dell'affidamento passerà necessariamente al vaglio del Giudice ordinario, il quale avrà il compito di valutare se un determinato contegno pubblicitario sia idoneo ad ingenerare false rappresentazioni della realtà nel fruitore del messaggio pubblicitario (e, dunque, a consentire l'applicazione delle tutele civilistiche di diritto comune in materia di dolo contrattuale, errore essenziale e responsabilità precontrattuale).

La tutela del "gioco" concorrenziale e dei rapporti tra imprese, parimenti affidata – quantomeno in parte - al Giudice ordinario, presuppone invece una valutazione di quest'ultimo in termini di lealtà della concorrenza, così come disciplinata dagli artt. 2598 e ss. c.c. e dal D. Lgs. 146/2007, e dunque sarà tesa a censurare eventuali

1 Sul punto è proprio di questi giorni il caso Plasmon / Barilla, generato dalla comparazione, effettuata da Plasmon e avversata da Barilla, tra le caratteristiche di alcuni alimenti per bambini e quelle di alcuni tra i prodotti più diffusi dell'impresa emiliana.



contegni “scorretti” sotto quel profilo (contegni, di volta in volta, illecitamente comparativi, imitativi, di “agganciamento” o parassitari).

La tutela del mercato e della virtuosità dello stesso in sé considerata sarà appannaggio della competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cui spetterà la censura, la inibizione ed anche la potestà sanzionatoria in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole.

I rapporti tra imprese che abbiano aderito al sistema dell’Autodisciplina pubblicitaria, infine, ricadono (anche) nell’ambito di competenza del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria, il quale ha la facoltà (contrattualmente riconosciuta dagli aderenti al sistema autodisciplinare) anche di emettere ingiunzioni di desistenza all’operatore pubblicitario che abbia violato una o più norme del Codice dell’Autodisciplina.

Nel presente scritto, pertanto, si tenterà di affrontare il fenomeno secondo il richiamato approccio “globale”, analizzando le conseguenze sul piano delle tutele di diritto comune (è il caso della responsabilità precontrattuale e di quella contrattuale, trattate nel Capitolo II), per poi passare alla valutazione del contegno pubblicitario in termini di lealtà e/o slealtà concorrenziale (e conseguente applicabilità degli artt. 2598 e ss. c.c., trattata nel Capitolo III), e, infine, operando l’analisi delle possibilità di intervento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Capitolo IV) e del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria (Capitolo V).



CAPITOLO I

LA PUBBLICITA' INGANNEVOLE COME ILLECITO PRECONTRATTUALE

Francesca Marchetti - Giovanni Adamo

1. Legami tra pubblicità ingannevole, responsabilità contrattuale e precontrattuale

L'istituto della “pubblicità ingannevole” è disciplinato congiuntamente dalla Legge 287/90, dal D.Lgs. 145/2007 e dal D.Lgs. 146/2007. Quest'ultimo è stato emanato in attuazione della direttiva 2005/29/CE, che definisce la pubblicità ingannevole come “qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente”. E' l' art. 3 del D.Lgs. 145/2007 ad individuare gli elementi con cui effettuare la valutazione di ingannevolezza di un messaggio pubblicitario. In particolare, la norma pone attenzione alle **caratteristiche del prodotto e/o dei servizi offerti** (disponibilità, natura, esecuzione, composizione, metodo e data di fabbricazione o della prestazione, idoneità allo scopo, usi, quantità, descrizione, origine geografica o commerciale, risultati che si possono ottenere con il loro uso, risultati e caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi); al **prezzo** o al modo in cui questo e' calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti; **alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario** (identità, patrimonio, capacità, diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa ed premi o riconoscimenti), aggiungendo, quali caratteristiche essenziali, in assenza delle quali il messaggio sarà certamente ingannevole, la **trasparenza, la veridicità e la correttezza**.

Il messaggio pubblicitario, poi, rileva anche quale elemento strettamente connesso alla formazione del contratto, in quanto assai spesso esso costituisce il primo momento di “contatto” fra il produttore e/o distributore di un bene o di un servizio, e l'intento del medesimo. In tale contesto, pertanto, il messaggio pubblicitario entra,



in senso lato, a far parte del contratto da concludere, determinandone il contenuto (o parte di esso). A titolo esemplificativo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha stabilito che *“Non vale ad eliminare la portata decettiva dei messaggi la circostanza che -omissis-, nella valutazione dell'idoneità ad indurre in errore, si debba tener conto: i) dello status dei soggetti che hanno concluso il contratto di franchising, ii) del tipo di decisione commerciale e dell'impegno economico che con essa hanno assunto, iii) del lungo processo di affiliazione che precede la conclusione del contratto stesso -omissis-”*². Nel contesto suindicato, pertanto, il diffusore di messaggi pubblicitari decettivi può risultare anche passibile di domande risarcitorie ed in particolare sono configurabili due fattispecie distinte di responsabilità civile: la **responsabilità contrattuale e quella precontrattuale**.

Per meglio comprendere il legame intercorrente, in particolare, tra pubblicità ingannevole e responsabilità precontrattuale, occorre dunque definire e differenziare le due tipologie di responsabilità. Mentre la **responsabilità contrattuale** si configura come responsabilità derivante da inadempimento, da inesatto adempimento e/o da adempimento tardivo di una preesistente obbligazione qualunque ne sia la fonte (ad esclusione del fatto illecito), la **responsabilità precontrattuale** invece non necessita di un rapporto giuridico instaurato tra le parti, in quanto può essere generata dalla violazione del dovere di buona fede nel corso delle trattative precontrattuali disciplinato dall'art. 1337 c.c.. A tenore di tale ultima norma, infatti, *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*. Quindi, a titolo del tutto esemplificativo, se una società X pubblicizza ingannevolmente un prodotto, in modo tale da trarre in inganno il Sig. Y e da generare a questi un danno ingiusto, vi saranno due possibilità per far valere i propri diritti: se il Sig. Y è già legato da un rapporto giuridico, potrà chiedere il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale (consistente nel danno emergente e nel lucro cessante), e dunque si avrà responsabilità contrattuale; se invece non sussiste alcun rapporto giuridico che lega le due parti, potrà chiedere il risarcimento per aver

2 Cfr. AGCM, Provvedimento n. 20951



subito un danno ingiusto³ configurandosi, così, un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

A seconda della tipologia di responsabilità che si fa valere si avranno poi diversi meccanismi difensivi e probatori a carico o dell'uno o dell'altro soggetto. Conseguentemente, l'impresa commerciale autrice di messaggi pubblicitari deve porre rilevante attenzione, in particolare, alla trasparenza, alla veridicità, ed anche alla dimostrabilità a posteriori delle informazioni veicolate.

In particolare, se è vero che gli artt. 1337 e 1338 c.c., sui quali si basa la **responsabilità precontrattuale**, stabiliscono un preciso dovere di informazione tra le parti, esteso dalla recente dottrina anche all'ipotesi della conclusione di un contratto valido⁴, è anche evidente che la violazione di tali obblighi è fonte di responsabilità, indipendentemente dal fatto che si pervenga ad un accordo. Tale tutela permette quindi di individuare una serie di situazioni giuridiche in cui il dovere di buona fede viene protetto non tanto in riferimento al possibile perfezionamento di un negozio contrattuale, quanto ad una aspettativa in trattative condotte con criteri di correttezza, lealtà e serietà. Nel caso di specie la diffusione di informazioni ingannevoli circa le caratteristiche di un prodotto e/o servizio, ad esempio l'occultamento di elementi nocivi e/o dei rischi derivanti dall'utilizzo del prodotto al sol fine di indurre il consumatore a concludere un affare, va ad integrare una ipotesi di comportamento punibile *ex art. 1337 c.c.*, in quanto condotta contraria a quegli specifici obblighi di informazione e buona fede tra le parti. Un esempio piuttosto noto è offerto dalla Sentenza delle S.U. della Cassazione n. 794/2009, che ha vietato l'apposizione sui pacchetti di sigarette della dicitura "light"⁵, in quanto sembrava evocare l'utilizzazione, nella produzione di sigarette, di un minor quantitativo di nicotina e di sostanze nocive per la salute, al punto da far intendere un maggior vantaggio (o un minor svantaggio), in termini di salute, nell'utilizzazione di queste rispetto ad altre che non riportavano la scritta "light". La S.C. ha quindi giudicato tale

3 Consistente in quei danni che presentano una stretta relazione, c.d. nesso di causalità, limitati però agli interessi negativi.

4 MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in Riv. dir. comm. e obbligazioni, 1956, II, 365; BENATTI, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963, 14 ss.

5 Cass. Civ. Sez. Unite, 15 gennaio 2009, n. 794. Sul punto, cfr. anche Adamo, "Multinazionali del Tabacco e responsabilità civile", Bologna 2001, Giuffrè Editore, Milano.




dicitura idonea ad indurre in errore il consumatore medio in ordine alla minor pericolosità e potenzialità nociva di tali prodotti rispetto agli altri in commercio⁶ In questo specifico caso, il promotore del giudizio, che ha portato poi all'eliminazione della dicitura "light" sui pacchetti di sigarette, non era legato da alcun negozio giuridico con il convenuto e ha fatto ricorso all'istituto della responsabilità precontrattuale con relativa richiesta di risarcimento danno *ex art.* 2043 c.c..

Con riferimento alla **responsabilità contrattuale** invece, l'attenzione cade nella fase della formazione del consenso, nonostante la tutela si espliciti sin dal momento della diffusione del messaggio pubblicitario, in quanto fase determinante del consenso alla conclusione di un contratto. Invero, una volta concluso un contratto, l'eventuale divergenza tra quanto acquistato e quanto promesso legittima il consumatore insoddisfatto ad ottenere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c., in quanto la divergenza tra "mostrato" e "fornito", oltre a rendere il contratto annullabile per dolo e/o per errore, rende inadempiente il venditore. A titolo esemplificativo potremmo segnalare il caso in cui il Sig. X una volta prenotato un soggiorno con le caratteristiche indicate sul sito *internet* della società, si è ritrovato poi di fronte ad una realtà ben diversa da quella prospettata. Qui il Giudice ha dichiarato ingannevoli le informazioni fornite nell'offerta presente sul sito della società, in quanto la prenotazione era stata effettuata proprio con riferimento alle caratteristiche descritte e addirittura fotografate nel sito *web*, configurandosi nel caso un'ipotesi di errore riguardante l'identità dell'oggetto della prestazione o la qualità della stessa ritenuta nel caso determinante del consenso⁷. A differenza dell'esempio fatto per la responsabilità precontrattuale, in questo caso il promotore del giudizio è legato alla convenuta da un contratto di vendita, quindi da obbligazioni alle quali le parti si sono impegnate reciprocamente. Tutto quanto sopra esposto ha il fine di porre in evidenza lo stretto collegamento intercorrente tra la disciplina della pubblicità ingannevole e la responsabilità *ex artt.* 1218 e 1337 c.c. poste a tutela della parte debole di un rapporto giuridico e/o del consumatore.

6 Si tenga presente, inoltre, che anche l'art. 21, co. 2, del Codice del Consumo prevede che il messaggio ingannevole, l'ede, appunto, il diritto del consumatore alla libera determinazione intorno alla scelta e all'uso del prodotto conducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.


7 Giudice di Pace di Bologna, sez. II 14 aprile 2006.



Concludendo, è possibile affermare che una pubblicità idonea ad indurre i destinatari in errore nella determinazione della realtà e del consenso, circa la qualità, le caratteristiche e il prezzo del prodotto e/o servizio offerto, o una pubblicità in cui è omessa qualsiasi informazione circa la pericolosità o potenzialità nociva derivante dall'utilizzo del prodotto al sol fine di concludere più affari possibili, costituisce un'ipotesi di pubblicità ingannevole e decettiva, fortemente lesiva degli altrui interessi e del dovere di buona fede.

2. Art. 1337 c.c.: dolo determinante/dolo incidente/dolus bonus

Tra i vizi del consenso previsti nel nostro ordinamento, oltre all'errore e alla violenza viene configurato anche il dolo, il quale si presenta come causa di annullabilità del contratto quando è determinante del consenso, cioè quando il raggiro e/o l'inganno è tale da indurre il soggetto a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato. Ciò che si è appena rappresentato, è il *dolus malus*, c.d. “dolo cattivo”, che si differenzia dal *dolus bonus*, c.d. “dolo buono”, in quanto quest'ultimo consta di esaltazioni delle caratteristiche dei prodotti e/o servizi, poste in essere dal commerciante al fine di rendere la realtà più favorevole ai propri interessi. Diversamente dal *dolus malus*, il *dolus bonus* non produce annullabilità del contratto in quanto non si configura come vizio della volontà contrattuale in tutti quei casi in cui non risulti ragionevole supporre che l'altra parte possa aver attribuito a quelle dichiarazioni un peso particolare, considerato il modesto livello di attendibilità che, in una determinata situazione di tempo, di luogo e persone, è da presumere che possa essere riconosciuta a certe affermazioni consuete negli schemi dialettici di una trattativa⁸. Nell'ambito del *dolus malus*, poi, si distinguono il **dolo determinante** e il **dolo incidentale**. Il dolo determinante si sostanzia in una condotta ingannevole tale da generare nel *deceptus* una rappresentazione errata della realtà, provocando così, nel suo meccanismo volitivo, un errore idoneo ad indurlo alla conclusione di un contratto che altrimenti non avrebbe mai stipulato. Proprio per queste caratteristiche si configura come dolo c.d. negoziale, idoneo cioè a provocare l'annullabilità di un contratto. Il dolo incidentale, invece, agisce su aspetti secondari del negozio



contrattuale, negozio che il *deceptus* avrebbe comunque posto in essere, indipendentemente dalla predisposizione o meno della condotta ingannevole. Data tale incidenza secondaria, il dolo incidentale, non si configura come dolo negoziale e, quindi, non produce annullamento, ma produce, semplicemente, un obbligo per chi agisce con dolo a risarcire il danno. *Dolus malus e dolus bonus*, non sono certo entità ristrette e racchiuse in caratteristiche definite e ben individuate, ma, al contrario, si presentano in molteplici forme in quanto possono configurarsi, non solo, in azioni positive ma anche in omissioni come, ad esempio, il silenzio e la reticenza. Basti pensare al silenzio su determinate informazioni o circostanze decisive, specificatamente preordinato all'induzione in errore del *deceptus* e quindi tale da violare l'obbligo di correttezza e buona fede imposto alle parti dall'art. 1337 c.c.⁹. Proprio per tali caratteristiche, del tutto evidente appare il legame tra il dolo e l'art. 1337 c.c., in quanto il primo si configura, abbiamo detto, anche come violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza delle parti di un contratto, comportamento specificatamente e obbligatoriamente individuato dal suindicato articolo. Ciò, ci riporta ragionevolmente alla disciplina della pubblicità ingannevole, in quanto tale fattispecie, si è detto, si configura non solo in caso di contratto già concluso, ma anche in fase precontrattuale. Si potrebbe, a questo punto, ipotizzare una identità tra la fattispecie della “pubblicità ingannevole” e la fattispecie del dolo, sia esso *dolus malus* che *dolus bonus*. Entrambe le figure, infatti, presentano identici presupposti in ordine alla configurabilità dell'annullamento e/o del diritto al risarcimento. La predisposizione di una pubblicità giudicata come ingannevole comporta, in via del tutto consequenziale anche l'induzione in errore del soggetto che si configura una errata rappresentazione della realtà, nonché l'assenza di trasparenza e l'esclusione della buona fede nel comportamento della parte che pone in essere tale fattispecie ingannevole e dolosa. La garanzia da tali fattispecie si poggia su principi costituzionali ed in particolare sull'art. 41 della Costituzione, che garantisce la libera iniziativa economica privata e l'autodeterminazione delle scelte in materia, ed ancora sull'art. 2 del Codice del Consumo, che riconosce come fondamentale il diritto dei consumatori ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché

9 Cassazione civile Sez. II 15.03.2005, n. 5549; Cassazione civile Sez. II 20.04.2006, n. 9253



all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà. Alla luce di ciò le due fattispecie di pubblicità ingannevole e dolo, quale vizio della volontà *ex art. 1439 c.c.*, si presentano come due “entità” che, per assurdo, “*camminano a braccetto*”, l'una accanto all'altra. Si può pacificamente affermare che l'esistenza della prima comporta la consequenziale esistenza della seconda, a prescindere dal verificarsi o meno dell'effetto sperato.

3. Disciplina dell'errore

L'annullamento del contratto tra venditore e compratore ingannato è più agevolmente conseguibile invocando la disciplina dell'errore. Si tratta, in particolare, dell'errore verificatosi in occasione della conclusione del contratto tra intermediario – rivenditore e consumatore, il quale si è determinato ad assoggettarsi al vincolo negoziale in virtù di una falsa o inesatta rappresentazione della realtà, causata dal deceptivo comportamento pubblicitario del produttore - autore di pubblicità mendace.

La più agevole applicazione della disciplina in oggetto discende dal rilievo che l'area dell'errore riconoscibile è più vasta di quella dei raggiri “noti”, rilevanti ai fini dell'annullamento per dolo. Si è anche segnalata la omogeneità della nozione di errore nel negozio giuridico ed errore rilevante nel giudizio di ingannevolezza della pubblicità, omogeneità che conduce, per entrambi i casi, a far riferimento alla disciplina codicistica dell'errore.

L'errore per assumere rilievo ai sensi dell'art. 1427 c.c. e prefigurarsi come causa di annullamento del contratto, deve essere **essenziale** (e cioè cadere su uno degli elementi previsti dall'art. 1429 c.c.) e **riconoscibile** dal contraente. Per cadere nella disciplina dell'art. 1427 c.c., l'errore deve riguardare rigorosamente circostanze che consentono un compiuto apprezzamento e non semplici questioni implicanti giudizi di valore su accadimenti futuri, come ad esempio la previsione di una certa redditività di una attività economica che per la sua natura astratta non può essere apprezzato come causa di annullamento di un contratto, o meglio, può esserelo nel caso in cui




tali giudizi di valore o previsioni siano indotti dall'altra parte o da un terzo configurandosi così come artificio doloso, rientrando nella fattispecie del dolo. L'errore si differenzia, concettualmente e per disciplina, dagli altri vizi del consenso. Concettualmente è l'unico vizio che investe, in via esclusiva, la sfera della parte dichiarante in quanto per le altre fattispecie di vizio, dolo e violenza, vi è la necessità di valutare l'esistenza di un fattore esterno alla sfera personale del dichiarante (chi minaccia o incute timore o ancora chi raggiunge la parte dichiarante in errore). I requisiti della essenzialità e della riconoscibilità sono presenti, infatti, solo nel vizio dell'errore e non anche nel dolo e nella violenza, che essendo comunque vizi della volontà non necessitano di tali prerogative, in quanto mentre, chiunque può cadere in errore per dolo di una parte del contratto, nella figura dell'errore, l'unico soggetto idoneo è la parte del negozio contrattuale e non anche un terzo. Il Codice civile nel suo art. 1429 prevede specificatamente le caratteristiche essenziali per la configurazione dell'errore come vizio della volontà. La norma prevede l'esistenza di due tipologie di errore, l'**errore di fatto** e l'**errore di diritto**. Partendo dalla prima fattispecie, il codice civile dispone che l'errore è essenziale:

- 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto, cioè quando cade sul contenuto del contratto, quindi, sull'assetto degli interessi perseguiti con il regolamento;
- 2) quando cade sulla identità dell'oggetto della prestazione o sulla qualità della stessa;
- 3) quando cade sull'identità e sulle qualità della persona dell'altro contraente.

In merito a ciò occorre sottolineare che in dottrina si è affermato che *“è la stessa distinzione tra errore sulle qualità ed errore sull'identità dell'oggetto a suscitare serie perplessità, non tanto perché anche un errore sostantivo potrebbe cadere sulle qualità, ma soprattutto per l'impossibilità teorica e pratica di tale distinzione¹⁰”*. Si ritiene infatti che l'errore sulle qualità dell'oggetto si riflette in quello sull'identità dell'oggetto e che anche l'identità sia una qualità. Ciò sull'assunto secondo il quale le qualità essenziali dell'oggetto sono quelle idonee ad


10 P. Barcellona, Concetto di errore e delimitazione della disciplina.



identificare la cosa rispetto allo scopo e alla sua destinazione d'uso, escludendo del tutto le qualità estrinseche ed accessorie. Altro quesito che si è posto la dottrina è quello sull'identificazione delle circostanze dalle quali desumere l'importanza dell'errore. Su tale punto vi sono sostanzialmente due filoni interpretativi. L'uno tende a valutare l'importanza dell'errore sia dal punto di vista della vittima dell'errore che dai principi della buona fede, tenendo quindi in considerazione il rapporto intercorrente tra il contenuto tipico del negozio e gli elementi che l'errante si è rappresentato¹¹. L'altro invece pone l'accento sulla identità e qualità dell'altro contraente, in quanto la qualificazione della persona costituisce l'essenza del contratto, come accade ad esempio nelle fattispecie dei contratti d'opera in cui le qualità fisiche ed intellettuali del contraente sono elementi essenziali e determinanti per il raggiungimento dello scopo del contratto. Per quanto riguarda invece la seconda tipologia di errore, il c.d. **errore di diritto**, il codice, al numero 4 dell'art. 1429, prevede un solo caso in cui si configura il requisito dell'essenzialità e, cioè quando l'errore *"è stato la ragione unica e principale del contratto"*. Anzitutto bisogna specificare che mentre l'errore di fatto cade su circostanze di fatto e prende in considerazione gli elementi contrattuali o circostanze (di fatto) esterne del contratto, l'errore di diritto cade esclusivamente su circostanze esterne alla fattispecie negoziale. Parte della dottrina considera l'errore di diritto come errore sui motivi, incidente quindi solo sulle circostanze determinanti del consenso della parte¹². Ciò sul presupposto che alle volte i motivi che inducono alla conclusione di un contratto sono rilevanti, come ad esempio in presenza di motivi illeciti determinanti la nullità del contratto o ancora in presenza di motivi, invalidati dall'ignoranza o dalla falsa conoscenza di norme giuridiche, che costituiscono la ragione unica della stipula del contratto. Secondo tale teoria quindi, l'errore di diritto può dipendere dall'ignoranza o dalla falsa conoscenza di norme giuridiche. Altra parte prevalente della dottrina, invece ritiene che l'errore di diritto riguardi non solo le circostanze esterne, ma **anche** il contenuto del negozio, sulla base del fatto che il negozio contrattuale è

11 Betti, Teoria generale del negozio giuridico, Torino 1955

12 F. Galgano, Diritto civile e commerciale.




formato sia da una parte fattuale che da una parte normativa che regola i rapporti tra i soggetti del negozio e dei beni, quindi costituita da norme giuridiche a tutti gli effetti. Accade quindi che se la parte interpreta erroneamente il testo contrattuale, tale errore non va ad incidere sul significato e/o sull'ambito di applicazione della norma alterata, ma piuttosto sul contenuto del negozio che assume un significato diverso da quello che avrebbe dovuto¹³. Alla luce di quanto sopra, sembra palese la ambiguità di tale previsione codicistica dell'errore, indicazioni che non sono comunque da ritenere tassative, almeno secondo buona parte della dottrina¹⁴, ma al contrario meramente esemplificativo *“Il codice fa, a proposito dell'errore essenziale, un'elencazione che ha riguardo ad ipotesi tipiche e che quindi non esprime concetti tassativi. Altri casi di essenzialità potranno essere rilevati dall'interprete, in relazione a singole ipotesi di fatto, quando queste abbiano le medesime caratteristiche delle ipotesi previste dalla legge, per guisa che possano elevarsi fino all'importanza giuridica di queste¹⁵”*. Oltre alla dottrina anche buona parte della giurisprudenza afferma il carattere esemplificativo dell'elencazione contenuta nell'art. 1429 c.c., anche se non ha fornito alcun caso alternativo e nuovo di errore essenziale rispetto a quelli riconducibili nelle categorie riportate nel codice. Riportandoci all'inizio del paragrafo, si ricorda che l'errore per configurarsi come vizio della volontà deve essere oltre che essenziale anche riconoscibile. Altra caratteristica quindi dell'errore è la sua riconoscibilità, così come previsto dall'art. 1431 c.c. a tenor del quale *“L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo”*. Detto principio è di non poca rilevanza in quanto è stato posto in una prospettiva garantista della libera circolazione dei beni e del libero affidamento della controparte sulla validità del contratto. Si basa sul criterio della “normalità”, nel senso che se una parte non individua, utilizzando un normale grado di diligenza, l'errore dell'altra parte, il contratto si conclude validamente, ponendo un limite alla rilevanza dell'errore

13 Barcellona, Concetto di errore e delimitazione della disciplina.

14 G. Patti, S. Patti, Lessico di diritto civile.

15 Relazione del Guardasigilli al Re sul testo definitivo del codice civile, n. 652.




attraverso il requisito della scusabilità. Qui il Legislatore lascia ampi margini di interpretazione ed individuazione dei profili più disparati idonei ad accertare la riconoscibilità dell'errore. In conclusione, è possibile affermare che l'errore e il dolo si pongono in stretto legame con la disciplina della pubblicità ingannevole, in quanto determinanti un'alterazione del consenso contrattuale delle parti, e, per tali motivi, disciplinati dal nostro Legislatore tanto codicisticamente quanto con vere e proprie normative di "settore". I due D.Lgs. 145/2007 e 146/2007, infatti, accanto alle disposizioni del codice civile, sono volti proprio alla tutela di una stipulazione del contratto libera e cosciente, nonché alla garanzia della formazione della volontà del consumatore.

4. Tutela dei diritti del consumatore e rapporto con il D.Lgs. 145/2007

L'art. 2.1 del Codice del consumo riconosce espressamente ai consumatori e agli utenti il diritto ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità. L'interferenza tra tutela dei consumatori e pubblicità ingannevole appare evidente, in quanto la comunicazione pubblicitaria ingannevole incide con maggior peso sui consumatori, per il forte impatto che ha su di loro e sulle scelte che sono chiamati ad effettuare. Proprio i numerosi casi di pubblicità ingannevole hanno permesso di riconoscere una mancanza di strumenti di tutela del consumatore, che hanno relegato quest'ultimi al ruolo di *sudditi*, lasciando ogni scelta ed iniziativa giudiziaria ai professionisti del mercato. Con il recente D-Lgs. 146/2007 poi, si è allargata la sfera di tutela del consumatore tramite l'introduzione di una generale normativa sulle "pratiche commerciali scorrette". Infatti si è giunti ad una disciplina di portata più ampia, non più limitata alla pubblicità ingannevole e comparativa, ma riferita ad ogni azione, omissione, condotta e dichiarazione e comunicazione commerciale, compresa la pubblicità, posta in essere da un professionista "*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*"¹⁶. Ovviamente tali condotte si determinano come

16 Codice del Consumo, artt. 18 e 19.



sanzionabili solo quando sono poste in essere da un professionista e nei confronti di un consumatore, rimanendo escluse quelle realizzate in un rapporto tra professionisti per le quali si fa stretto riferimento al D.Lgs. 145/2007. Il Codice del consumo detta, in maniera puntuale, le pratiche commerciali da considerarsi “*scorrette*” (art. 20 Codice del consumo), ed in particolare quelle:

-contrarie alla diligenza professionale che i consumatori possono ragionevolmente attendersi da un professionista, secondo i principi generali di correttezza e buona fede proprio dell'attività praticata;

-false o idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, quindi la libertà di effettuare una scelta consapevole, del consumatore tale da portare quest'ultimo ad assumere una decisione economico che altrimenti non avrebbe mai preso. Il decreto prosegue, poi, nell'operare una distinzione tra pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive. Come già anticipato, ciò vale nei soli rapporti in cui è parte il consumatore, mentre per i rapporti tra soli professionisti si fa riferimento al D.Lgs. 145/2007, che predispone un vero e proprio “veto” circa *“qualsiasi pubblicità che, in qualunque modo, compresa la sua presentazione, sia idonea ad indurre in errore le persone fisiche e giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge, che possa pregiudicare il loro comportamento economico, ovvero che sia idonea a ledere un concorrente¹⁷”*. La novità più rilevante introdotta da entrambi i decreti legislativi è stata la previsione di una forma di tutela amministrativa, tramite il ricorso all'Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato, idonea a soddisfare due diverse funzioni: la tutela degli interessi collettivi del consumatore ed il corretto funzionamento del mercato interno. Tale tutela non si pone come esclusiva, nel senso che il consumatore, rimane comunque libero di adire il Giudice ordinario per far valere i propri diritti mediante l'applicazione delle norme del diritto contrattuale: In tal caso si parlerà di tutela “secondaria” che si pone in parallelo alla tutela civilistica. La differenza intercorrente tra le due forme di tutela fa riferimento, unicamente, agli interessi in gioco e, cioè, la prima (quella amministrativa) tende a tutelare l'interesse pubblicistico al corretto svolgimento delle pratiche commerciali, mentre la seconda (quella ordinaria) ha l'obbiettivo di tutelare il

17 D.Lgs. 145/2007, art. 2.



singolo individuo, consumatore vittima di un'azione commerciale scorretta posta in essere dal professionista. Al contrario della tutela ordinaria, quella amministrativa non presuppone una antecedente stipula e sottoscrizione di un contratto, essendo del tutto sufficiente l'idoneità della pratica commerciale a cagionare una falsa rappresentazione della realtà e conseguentemente una alterazione delle scelte da parte del ricevente. Per tali motivi il procedimento amministrativo può essere attivato sia d'ufficio che su iniziativa del singolo che ne ha interesse¹⁸. Dal punto di vista della legittimazione, inoltre, si precisa che mentre il professionista può singolarmente e liberamente adire l'Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato per la tutela dei propri interessi, il consumatore, inteso come singolo cittadino, non è legittimato. Questi dovrà e potrà infatti azionare la tutela amministrativa solo in forma collettiva. La pubblicità ingannevole e la tutela del consumatore si presentano quindi come due filoni che percorrono le stesse strade, con gli stessi rimedi e funzioni. La dottrina prevalente ha ravvisato la *ratio* della disciplina della pubblicità ingannevole proprio nella tutela del consumatore, quale soggetto debole all'interno di una contrattazione e in generale del mercato interno.

5. Codice del Consumo e danno da prodotto difettoso.

Strettamente collegata al tema della pubblicità ingannevole, è poi, la disciplina della responsabilità da prodotto difettoso. Questo collegamento è facilmente individuabile da una semplice lettura del Codice del Consumo nella parte in cui definisce il “prodotto difettoso” e fa riferimento, tra l'altro, anche alla circostanza del “modo con cui è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite”. Pertanto, se un prodotto viene falsamente presentato come funzionante, sicuro e con determinate caratteristiche tali da indurre in errore il consumatore circa la realtà delle caratteristiche dello stesso, tale da pregiudicare il comportamento economico, allora ecco che, il modo con il quale viene presentato il prodotto viene qualificato come ingannevole. Anche nei confronti dei prodotti difettosi il consumatore gode di una specifica tutela normativa, garantita dallo stesso Codice del Consumo che, senza sostituire i rimedi previsti dal codice

18 Codice del consumo, art. 27 – D.Lgs. 145/2007, art. 8.



civile, è intervenuto con disposizioni di carattere settoriale e residuale, la cui attivazione ed utilizzazione viene rimessa alla scelta dell'attore. Con riferimento all'ambito che qui interessa, il Codice del Consumo nella parte IV, nella comune ottica della “Sicurezza e qualità” individua le responsabilità, contrattuali ed extracontrattuali, per i danni provocati da prodotto difettoso, ponendo in essere due diverse e distinte forme di tutela che, per una maggiore garanzia del consumatore, non si escludono tra di loro, né limitano i diritti attribuiti al consumatore da altre disposizioni dell'ordinamento¹⁹. La modalità concreta di tutela è quindi rimessa alla volontà della parte ed alla valutazione del caso concreto. In particolare, il codice del consumo definisce il prodotto difettoso come quel prodotto che non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenendo conto di circostanze quali: il modo con il quale viene messo in circolazione, la destinazione d'uso ragionevolmente intesa e il tempo in cui è stato messo in circolazione. Inoltre identifica come difettoso anche quel prodotto che *“non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie”*²⁰. Il difetto, dunque, è strettamente connesso al concetto di sicurezza del prodotto ed implica un'insidia, un pericolo per il soggetto che ne fa uso e per i terzi che vengono in contatto con esso. Il concetto di difetto è contenuto astrattamente in quella di “vizio” conosciuto nel nostro ordinamento, senza però coincidere con esso, in quanto quest'ultimo si identifica come un'imperfezione del bene che non comporta automaticamente anche un'insicurezza del prodotto. Sul piano casistico il concetto di difettoso è stato ricondotto, prevalentemente, al difetto di fabbricazione e all'assenza o carenza di istruzioni. Difatti, il soggetto ritenuto responsabile, ai sensi della disciplina di settore, per la messa in circolazione di un prodotto difettoso che ha cagionato un danno, si identifica con il produttore dello stesso²¹. Con stretto riferimento all'ipotesi del difetto di fabbricazione, tra i vari casi riscontrati nelle ricerche, viene riconosciuto come tale, ad esempio, il mancato funzionamento del sistema frenante di una

19 Codice del Consumo, art. 127.

20 Codice del Consumo, art. 117, Tribunale di Monza 20 luglio 1993.

21 Codice del Consumo, art. 114.



autovettura²², o ancora il cedimento della struttura di un letto a castello²³ o la rottura di una scala di alluminio²⁴. L'assenza o la carenza di istruzioni relative all'utilizzo del prodotto, invece, si presenta come un'ipotesi di mancato rispetto delle condizioni di sicurezza oggi contenute nell'art. 117 del Codice del Consumo. Queste ipotesi si pongono al di fuori della fase della produzione, ma, bensì in quella successiva, nella quale il produttore diviene responsabile *“qualora siano carenti le istruzioni e le avvertenze allegare a quest'ultimo”²⁵*. Tale statuizione si è realizzata in relazione ad un caso in cui un produttore di caffettiere veniva giudicato responsabile per l'esplosione della stessa per aver allegato informazioni insufficienti proprio sotto i profili che ne hanno causato lo scoppio. Una volta individuate le ipotesi in cui il produttore viene ritenuto responsabile per i danni causati da un prodotto difettoso, rimane da circoscrivere l'area dei soggetti legittimati ad agire per tale tutela. In particolare legittimati ad agire sono, non solo gli acquirenti del prodotto in senso stretto, ma anche tutti gli utilizzatori del bene oltre coloro che si sono trovati esposti al rischio derivante dal prodotto difettoso²⁶. Parte della giurisprudenza²⁷ ha infatti esteso tale tutela al di là della categoria e della nozione di consumatore, prevedendo una figura del danneggiato in senso ampio, senza limitazione alcuna in riferimento alla figura professionale o meno del soggetto. Oltre al “danneggiato” in senso ampio,

22 Tribunale di Roma 4 dicembre 2003. Il Tribunale ha ritenuto che qualora, in normali condizioni stradali e di velocità, nell'azionare il freno dell'autovettura in circolazione, questa inizi a sbandare "in testa - coda" contro i "guard rails", la causa può ascrivere al difettoso funzionamento del sistema frenante, se concorra la circostanza che la società fornitrice abbia effettuato campagna di richiamo a sottoporre ad ispezione il veicolo per la eventuale sostituzione dei tubi freno.

23 Tribunale Milano, 13 aprile 1995, in *Danno e resp.*, 1996, 381 con nota di G. PONZANELLI, Crollo di un letto a castello: responsabilità del produttore - progettista e del montatore. L'insicurezza del prodotto è stata affermata in base all'uso al quale era destinato, perché non offriva le necessarie condizioni di sicurezza, sia in relazione alla tecnica di costruzione, sia in relazione alle istruzioni ed alle avvertenze fornite.

24 Tribunale Milano, 31 gennaio 2003.

25 Tribunale di Vercelli 7 aprile 2003.

26 U. CARNEVALI, *Responsabilità del produttore*, cit. 942; F. FEDRIZZI, *I prodotti difettosi*, cit., 286.

27 Tribunale Milano, 31 gennaio 2003.



la giurisprudenza²⁸ considera legittimati attivi anche le associazioni dei consumatori, che in quanto ente rappresentativo della categoria e quindi dei loro interessi, possono richiedere i provvedimenti necessari ad inibire ed eliminare i comportamenti lesivi e gli effetti dannosi delle violazioni accertate e ancora di richiedere la pubblicazione di tali provvedimenti su supporti di comunicazione nazionale nei casi in cui la pubblicità dello stesso risulti idonea a contribuire alla correzione delle violazioni, ovviamente il tutto in un'ottica di prevenzione. Come già prima rappresentato, l'azione del danneggiato colpisce, secondo il Codice del Consumo, il produttore del bene difettoso, identificato nel *“fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché in ogni persona che apponendo il proprio nome, il marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso”²⁹*, al quale si è aggiunta anche la figura dell'agricoltore, dell'allevatore, del pescatore e del cacciatore. Da tale definizione sembra palese l'identificazione del responsabile. I problemi sorgono invece quando la realizzazione del prodotto non può essere imputata ad un unico soggetto, in quanto la produzione dello stesso viene eseguita da più operatori. In questo caso si realizza infatti una ipotesi di responsabilità solidale dei produttori del bene. Il Codice del Consumo, nell'art. 121 afferma che *“se più persone sono responsabili del medesimo danno (in virtù di una produzione condivisa), tutte sono obbligate in solido al risarcimento”*, prevedendo, nel contempo, anche una regolamentazione dei rapporti interni tra i responsabili, tramite la configurazione dell'azione di regresso di colui che ha effettivamente risarcito il danno, nei confronti degli altri responsabili in misura determinata al rischio riferibile a ciascun partecipante. Difatti la Cassazione³⁰ ha confermato la responsabilità solidale anche nel caso in cui, in ipotesi di processo produttivo con più soggetti, l'acquirente di un pezzo difettoso, che procede al suo assemblaggio, non risulta esente da responsabilità per i danni derivanti dall'uso del prodotto finale, per il sol fatto che il difetto sia imputabile ad altri (fornitore del pezzo), avendo egli stesso il dovere di sottoporre il

28 Tribunale Roma, 26 ottobre 2003.

29 Direttiva 85/374/CEE, art. 3 .

30 Cass. Civ. Sez. II, 9 giugno 1986, n. 3816.



pezzo acquistato a diligente controllo. Resta quindi la responsabilità di tutti i partecipanti al processo produttivo, con esclusione nella sola ipotesi in cui il pezzo stesso sia stato (dopo l'assemblaggio) destinato ad uso atipico e non prevedibile. Nonostante la pluralità dei soggetti partecipanti al processo produttivo, può configurarsi l'ipotesi in cui il danneggiato non conosca il produttore o i coresponsabili. Questo ci riporta alla figura del fornitore, soggetto che si ritrova a stretto contatto con il danneggiato e quindi unico punto di riferimento o di partenza per ottenere la tutela garantita dall'ordinamento. Il Codice, infatti, definisce il fornitore come responsabile "sussidiario", configurandosi una responsabilità basata sul presupposto della mancata individuazione del produttore. Il primo comma dell'art. 116 del Codice del Consumo prevede infatti che *"quando il produttore non sia individuato, è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di una attività commerciale, se ha ommesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di 3 mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto"*. Tale specifica limitazione di responsabilità, non esclude però che il fornitore possa essere chiamato a rispondere per i danni causati dal prodotto difettoso ai sensi dell'art. 2050 c.c. (responsabilità per l'esercizio di attività pericolose), che ricordiamo, a mente dell'art. 127 del Codice del Consumo non è strumento di tutela escluso. Come in ogni ipotesi di responsabilità civile, il danno può realizzarsi anche in concorso di colpa, quindi non solo per fatto del produttore ma anche per colpa dello stesso danneggiato, applicandosi in questo caso l'art. 1227 c.c. (concorso del fatto colposo del creditore), il quale produce una diminuzione della responsabilità del produttore in base al grado di colpa e alle conseguenze che ne derivano. Al contrario, viene esclusa la responsabilità del produttore nel caso in cui il danneggiato utilizza il bene in maniera difforme dalla destinazione d'uso assegnata dal produttore. Infatti la responsabilità per danni da prodotto difettoso del produttore si configura nell'ipotesi in cui il danneggiato abbia utilizzato il bene secondo la destinazione assegnata o prevista. La Corte di Cassazione³¹, utilizzando questo principio, ha escluso la responsabilità di un produttore di tinte per capelli, in quanto il consumatore

31 Cass. Civ. Sez. III, 15 marzo 2007, n. 6007.




utilizzatore versava in una particolare condizione di salute, identificandosi questa come una circostanza anomala determinante un impiego anormale del prodotto. Altra ipotesi di esclusione della responsabilità del produttore si ha anche quando il danneggiato è consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne può derivare e nonostante ciò si espone volontariamente al rischio del danno che ne può derivare. Oggetto della tutela del danneggiato sono solo i danni indicati nel Codice stesso, il quale indica come risarcibile:

- 1) Il danno cagionato dalla morte o da lesioni personali;
- 2) La distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purchè di tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e così principalmente utilizzata dal consumatore.

Prevede inoltre, anche la risarcibilità del danno a cose, ma solo nella misura in cui eccede la somma di € 387,0032. Tali limitazioni sono state imposte agli Stati membri di modo da giungere ad una armonizzazione delle discipline nazionali, soprattutto per quanto riguarda la risarcibilità o meno del danno morale. Oggi, al contrario di quanto prospettato in passato, risulta risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.. La Suprema Corte di Cassazione³³, nel 2003 ha infatti ritenuto possibile ed ammissibile ai sensi del richiamato articolo il risarcimento del danno morale nell'ipotesi di lesione di un valore inerente alla persona costituzionalmente garantito da cui sia scaturito un pregiudizio di natura non patrimoniale, sviolando così la norma dal limite della riserva di legge. In conclusione si può ben affermare che il consumatore, in senso ampio, in quanto soggetto debole del sistema economico, è titolare di numerosi strumenti posti a tutela dei propri interessi, grazie soprattutto all'introduzione e all'armonizzazione della disciplina di settore che sembra aver apportato buoni risultati, non solo a livello nazionale ma anche a livello europeo.

32 Codice del Consumo, art. 123.


33 Cassazione civile, sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828.



6. Danno risarcibile: dall'interesse contrattuale negativo al danno extracontrattuale

La predisposizione di “pubblicità ingannevole” da parte degli operatori commerciali è in definitiva fonte di responsabilità per i danni provocati nella sfera giuridica dei consumatori e/o degli stessi operatori commerciali colpiti da tali pratiche. Abbiamo già rappresentato come colui che pone in essere tale fattispecie lesiva incorra in responsabilità civile, e non solo, e, conseguentemente, è soggetto percorribile ai fini del risarcimento del danno. Con riferimento al tema specifico, le tipologie del danno oggetto della domanda di risarcimento variano a seconda delle situazioni in cui il soggetto leso si trova, in quanto possono spostarsi dal danno contrattuale “negativo” al danno extracontrattuale. Il danno risarcibile infatti, viene, anzitutto, commisurato e determinato in funzione dell'interesse che la parte ripone nelle trattative, con riferimento quindi all'interesse contrattuale negativo, il quale può assumere rilevanza sia sotto l'aspetto del danno emergente, ossia nella diminuzione patrimoniale che il soggetto non avrebbe subito se non avesse fatto affidamento nella conclusione del contratto, sia sotto il profilo del lucro cessante, cioè per i vantaggi che la stessa parte avrebbe potuto usufruire da altre contrattazioni che sono venute meno. Con tali previsioni, si è cercato di dare concretezza al diritto dei consumatori ad una informazione veritiera e corretta e, conseguentemente, a giungere ad uno spiccato senso di diligenza, da parte degli operatori commerciali, nella predisposizione dei messaggi pubblicitari. L'interesse contrattuale negativo, rientra nella sfera della responsabilità precontrattuale insieme all'interesse contrattuale positivo, il quale si configura solo nell'ipotesi di stipulazione del contratto, ponendosi quindi come danno derivante dal solo inadempimento contrattuale. Tali fattispecie di interesse sono tenute ben distinte dalla giurisprudenza, la quale ha recentemente riaffermato l'esigenza di tale distinzione³⁴. Tali tipologie di danni si configurano solo nel caso di

34 Cass. civ. Sez. III 10 giugno 2005, n. 12313 “in tema di responsabilità ex articolo 1337 del c.c., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso d'ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello



violazione di obblighi contrattuali o per la violazione del dovere di buona fede *ex* artt. 1337 e 1338, c.c., in presenza quindi di precedenti vincoli tra le parti. Diversamente dai danni derivanti dalla responsabilità contrattuale e precontrattuale, sussiste altra e distinta tipologia di danno risarcibile, il quale si configura nel caso in cui viene lesa una situazione giuridica che l'ordinamento tutela in modo assoluto (*erga omnes*). Tale tipologia di responsabilità è consacrata nell'art. 2043 c.c., il quale prescrive espressamente che “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che lo ha commesso a risarcire il danno”, pertanto colui che subisce un danno ingiusto ha diritto ad agire nei confronti di colui che l'ha commesso. Sotto il profilo oggettivo è necessario quindi, ai fini della configurazione del fatto illecito, che ci sia un comportamento umano, che può essere commissivo od omissivo e che tale comportamento configuri un danno che abbia la caratteristica dell'ingiustizia, come tale lesivo di un diritto assoluto, oltre a dover sussistere anche un nesso di causalità tra comportamento e lesione del danno, ossia il fatto deve essere stato causa efficiente dell'effetto. Sotto il profilo soggettivo invece, il comportamento deve essere stato predisposto con dolo o colpa. In presenza di tutte queste caratteristiche il soggetto danneggiato potrà richiedere il risarcimento dei danni extracontrattuali. Con specifico riferimento alla diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli, una volta individuata la “falsità” delle informazioni diffuse, il singolo soggetto o chi per lui, può agire in giudizio per la tutela dei propri interessi, lesi della mendacità delle caratteristiche del prodotto o del servizio offerto, chiedendo il risarcimento dei danni tutti subiti e *subendi*. Esempi in cui si configurano molteplici domande di risarcimento del danno precontrattuale e contrattuale, si trovano nel mondo del *franchising*, in cui la diffusione delle informazioni tramite i mezzi di comunicazione, al fine di espandere il *network* è particolarmente diffusa, come diffusa è, conseguentemente, la predisposizione di informazioni errate e non veritiere che portano i potenziali affiliati a prendere una decisione che altrimenti non avrebbero

conseguente all'inadempimento contrattuale; mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute”.



preso. In questo caso, i futuri affiliati, una volta verificata la mendacità delle informazioni, appaiono legittimati a presentare domanda di risarcimento sia sotto il profilo contrattuale che precontrattuale, mentre coloro che, fortunatamente accertano la natura delle informazioni prima della stipula del contratto, sono legittimati alla richiesta dei soli danni per responsabilità precontrattuale. Il tutto, qualora, oltre alla violazione dei preesistenti accordi e/o alla violazione del dovere di diligenza, non si configurino anche i presupposti per la richiesta dei danni extrancontrattuali. Autorevole esempio riguardante, invece, una richiesta di risarcimento del danno extracontrattuale *ex art. 2043, c.c.*, ci è dato da una recente pronuncia delle SS. UU.³⁵, la quale ha giudicando l'apposizione sulla confezione delle sigarette del segno descrittivo “Light” idonea a costituire fatto produttivo di danno ingiusto, in quanto questa aveva indotto il consumatore a preferire l'utilizzo di tali sigarette sulla base della presunta minor pericolosità e dannosità del prodotto rispetto a quelle in cui tale apposizione era assente, con la ovvia conseguenza del peggioramento delle condizioni di salute del consumatore. Tale sentenza ha inoltre enunciato altro importante principio riguardante il danno extracontrattuale e specificatamente ha affermato che *“il consumatore che agisca per il risarcimento del danno, lamentando di averlo subito per effetto di una pubblicità ingannevole, è tenuto a dimostrare non solo l'ingannevolezza del messaggio, ma altresì l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché la colpa di chi ha diffuso il messaggio, la quale si concreta nella prevedibilità che dalla sua diffusione sarebbero derivate le conseguenze pregiudizievoli dedotte”*, rendendo così un po' arduo il compito probatorio gravante sul danneggiato. Sotto altro e distinto profilo, il danno extracontrattuale, in presenza quindi di un fatto illecito recante un danno ingiusto, deve essere richiesto dal consumatore non nei confronti del venditore, al quale rivolgerà domanda di risarcimento per i danni da responsabilità contrattuale e/o precontrattuale, ma dovrà essere richiesta direttamente al produttore del bene³⁶, responsabile per il danno sofferto in dipendenza dei vizi che rendono la cosa pericolosa, rilevando ai sensi della responsabilità extracontrattuale che il danno sia

35 Cass. civ. Sez. Unite Sentenza 29 agosto 2008, n. 21934.

36 Cass. civ. Sez. III 17 dicembre 2009, n. 26514.



ingiusto, e non tanto che il fatto sia illecito, così come previsto dall'art. 2043 c.c., che non prevede la predisposizione di un fatto illecito, ma solo che il fatto colposo o doloso abbia causato un danno ingiusto. In definitiva quindi i danni provocati dalla predisposizione della pubblicità ingannevole variano a seconda del rapporto intercorrente tra il danneggiato e il venditore e/o produttore e a seconda della sfera giuridica colpita, potendosi configurare sia un danno da responsabilità contrattuale che precontrattuale e/o un danno extracontrattuale.



CAPITOLO II


PUBBLICITA' INGANNEVOLE E SLEALTA' CONCORRENZIALE

*Marialisa Taglienti **

1. Art. 2598 c.c. : la pubblicità ingannevole in rapporto alle fattispecie di cui ai numeri 1, 2, 3 della norma. La confusione tra segni distintivi

Gli atti di concorrenza sleale vengono comunemente intesi come gli atti illeciti posti in essere da un imprenditore al fine di ottenere vantaggi e/o arrecare svantaggi ad un *competitor* operante sul medesimo mercato di riferimento. Prima di passare ad un'attenta disamina della fattispecie e delle singole ipotesi tipiche rubricate dal codice civile, giova sottolineare, sin d'ora, la natura del rapporto intercorrente tra l'illecito concorrenziale e la pubblicità ingannevole. Infatti, ciascuna delle fattispecie tipiche di concorrenza sleale descritte dall' art. 2598 c.c. definisce un comportamento che è, o potrebbe essere, oggetto di messaggio pubblicitario sia con riguardo all'uso di nomi o segni distintivi a produrre confusione con quelli usati dal concorrente, sia per l'imitazione di *slogans* testi, messaggi o illustrazioni³⁷. I due illeciti, dunque, si sovrappongono ed, unitamente, dispiegano diversi effetti. Alla veicolazione di un messaggio pubblicitario ingannevole, infatti, segue in primo luogo una situazione pregiudizievole per il consumatore, in secondo luogo il sostanzarsi di un illecito concorrenziale, in quanto, accanto al danno del consumatore si produce anche quello del concorrente. Il pregiudizio causato a quest'ultimo mediante le *misrepresentations* veicolate è da ricondursi, fra l'altro, alla sottrazione di clientela derivante dall'ingannevolezza, in quanto attraverso il messaggio decettivo l'imprenditore induce l'acquirente all'acquisto di un bene o servizio sottraendolo in maniera illecita ed illegittima ad altri concorrenti ovvero sottraendo a questi una quota di mercato che altrimenti non avrebbe ottenuto in caso di un corretto andamento del mercato concorrenziale. La pubblicità ingannevole dunque, si configura sotto tale profilo, come un vero e proprio meccanismo di distorsione del mercato e, dunque, fortemente lesivo della concorrenza. La tutela del mercato concorrenziale viene

37 A. BONAJUTO, *La Giurisprudenza sul codice civile*, Giuffrè 2005.




perseguita dall'art. 2598 c.c. a tenor del quale “ [...] *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”.*

Per la configurazione delle ipotesi elencate dall'art. 2598 c.c. È necessaria la sussistenza di due presupposti, rispettivamente soggettivi ed oggettivi. Da un punto di vista soggettivo occorre che vi sia un rapporto di concorrenza tra i soggetti che, presenti sullo stesso mercato, offrano beni o servizi alla medesima utenza potenziale. Tale ipotesi si realizza quando le imprese si rivolgono allo stesso mercato offrendo il medesimo bene ovvero beni diversi ma tra loro sostituibili nella soddisfazione di un identico bisogno di mercato³⁸. Presupposto soggettivo indefettibile è, dunque, la sussistenza di una effettiva situazione concorrenziale tra soggetti economici, il cui obiettivo consiste nella fidelizzazione del maggior numero di clientela possibile. Ne consegue che la comunanza di clientela, intesa non già come identità soggettiva, ma come insieme di consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato, è elemento costitutivo della fattispecie la cui assenza impedisce ogni concorrenza. In riferimento, poi, ai presupposti oggettivi della fattispecie è sufficiente l'idoneità dell'atto denunciato a produrre effetti di mercato dannosi per il concorrente, mentre non è richiesta la effettiva produzione del danno. Non è necessario, quindi, che il danno sia concreto, ma basta che l'atto possa anche solo potenzialmente causarne la produzione. È la stessa lettera della norma ad individuare le singole fattispecie di illecito concorrenziale, occupandosi, nel terzo comma, di prevedere una clausola

³⁸ Cfr. *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, collana diretta da Andrea Sirotti Gaudenzi, vol. 1, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 508.



“generale” che inglobasse tutte quelle azioni concorrenzialmente scorrette non ancora espressamente tipizzate dalla legge, ma comunque idonee a danneggiare il concorrente. L'art. 2598, n. 1, disciplina le c.d. *fattispecie confusorie* caratterizzate dall'uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente impiegati da altri. Tale fattispecie è volta a proteggere la **funzione distintiva** dell'attività d'impresa per garantire la tutela del diritto di identificare la stessa come fonte della produzione di determinati beni e servizi rispetto a comportamenti che invece generino equivoci circa la provenienza dei prodotti provocando uno sviamento della clientela. L'imprenditore dunque, avrà l'obbligo di far corrispondere il comportamento di mercato alla propria realtà imprenditoriale. Le ipotesi delineate da queste fattispecie sono: la confusione tra segni distintivi e l'imitazione servile. La prima ipotesi si riferisce a tutte quelle circostanze in cui si apponga un marchio³⁹ simile su prodotti dello stesso tipo, in quanto idonee a determinare la confondibilità, quanto meno sotto il profilo della **riconcucibilità** dell'attività di un'impresa all'altra, maggiormente riconosciuta ed apprezzata sul mercato⁴⁰. La seconda ipotesi di tutela oggetto dell'art. 2598 c.c. concerne le forme aventi efficacia **individualizzante e diversificatrice** (ad esempio un particolare formale) del prodotto rispetto ad altri simili. Si ha pertanto concorrenza sleale quando l'imitazione riguardi forme esteriori che, per la loro novità ed originalità, costituiscono la individualità di un prodotto e ne denotano la provenienza di fronte alla specifica clientela cui esso è destinato⁴¹. Non occorre, dunque, che vi sia confondibilità con il marchio del concorrente, ma basta semplicemente, e soltanto, la riproduzione delle caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante e quindi idonee, in virtù della loro capacità distintiva, a

39 Tale tutela si estende anche alla ditta, all'insegna, nonché ai marchi di fatto. Parte della giurisprudenza ha poi riconosciuto la tutela prevista dall'articolo in commento anche a sigle, emblemi ed etichette che contengano elementi individualizzanti e distintivi dell'imprenditore.

40 Di recente la Suprema Corte ha adottato un orientamento piuttosto restrittivo stabilendo che il rischio di confusione non è eliminato dalla differenza qualitativa dei prodotti contrassegnati da marchi confondibili, dalla differenza di prezzo, anche se notevole e neanche dal diverso target di clientela (cfr. Cass., sez. I, 22 luglio 2009, n. 17144).

41 Cfr. MARCHETTI - UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Quarta edizione, Cedam, 2007, p. 2079 e ss..




ricollegare il prodotto ad una determinata impresa. Ne consegue che, l'utilizzo di confezioni identiche a quelle dell' impresa concorrente è idoneo ad indurre il consumatore in inganno sulla provenienza del prodotto. La Cassazione, infatti, non ha mancato di evidenziare che anche soltanto i colori hanno la funzione di rappresentare morfologicamente e cromaticamente il prodotto, senza che vi sia bisogno della esibizione di un marchio simile e/o confondibile⁴², in quanto l' impatto attrattivo del particolare colore utilizzato è in grado di suggerire al consumatore, in modo immediato, di aver trovato il prodotto desiderato. Tuttavia è chiaro che oggetto di pregiudizio e dunque di potere distintivo non è un semplice colore monocromo, ma un colore da tonalità particolari e inusuali. Del pari, è possibile affermare che costituisce imitazione rilevante ai fini della concorrenza sleale anche la riproduzione di una forma del prodotto altrui quando “cade” sulle caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante e, in virtù di essa, idonee a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa⁴³. Per accertare l' esistenza della confondibilità tra prodotti per imitazione servile è necessario che la comparazione tra i medesimi avvenga mediante una **valutazione sintetica** nel loro complesso, ponendosi nella veste di consumatore, e basandosi su percezioni di tipo immediato, di carattere superficialmente sensoriale e non su un' analisi analitica avente ad oggetto i singoli elementi caratterizzanti. Ciò in quanto, così come affermato dalla stessa Corte di Cassazione, “*il consumatore non ha ore per valutare un segno a lui già noto, né ha voglia di mettersi a distinguere: valuta, appunto, per sintesi – omissis- o per impressione*” (Cass. 26 febbraio 1990, n. 1437) ⁴⁴. In particolare, per quanto riguarda la confondibilità del marchio, l' apprezzamento va compiuto dal giudice di merito che dovrà valutare non solo l' identità o la confondibilità dei due segni, ma anche l'identità e la confondibilità tra prodotti, sulla base della loro affinità; tali giudizi non potranno, inoltre, essere considerati indipendenti tra loro, ma strumenti che permettono di accertare la c.d

42 Cass., sez. I, 12 febbraio 2009, n. 3478.

43 Cass., Sez. I, 26 novembre 2008, n. 28215.

44 V. anche P. CAVALLARO, *Imitazione servile: profili sostanziali e processuali*, in *Il Diritto Industriale*, Ipsa, n. 6/ 2007, G. FLORIDIA , *Forme arbitrarie e capricciose?*, in *Il Diritto Industriale*, Ipsa, n. 2/ 2009.



confondibilità tra imprese. In tema di imitazione servile invece, il carattere confusorio della condotta va accertato con riguardo al mercato di riferimento in cui operano gli imprenditori in concorrenza, occorrendo di volta in volta stabilire, nelle singole vicende, se si offrono prodotti volti a soddisfare la stessa esigenza di mercato della medesima clientela. L'individuazione del consumatore al quale rapportare il giudizio di confondibilità viene operata avendo riguardo alla normale destinazione dei prodotti (o dei servizi)⁴⁵ e, per opinione costante, al consumatore medio.

1.1. Segue. Denigrazione e appropriazione di pregi

Il n. 2 dell'art. 2598 tipizza tra le fattispecie di concorrenza sleale la *denigrazione* e *l'appropriazione di pregi*. Si ha denigrazione quando vengono diffuse notizie ed apprezzamenti sull'attività di un concorrente in modo idoneo a determinarne il discredito. Oggetto diretto della condotta vietata può essere non solo il prodotto o il servizio, ma anche la reputazione dell'imprenditore concorrente. La particolarità della fattispecie in esame risiede nello stretto rapporto intercorrente con la pubblicità comparativa in quanto, accanto alle ipotesi tipiche di denigrazione come la diffusione di notizie false e tendenziose sul concorrente, ben più frequenti e di difficile distinzione sono gli atti denigratori compiuti mediante pubblicità comparativa di un prodotto e/o di un servizio concorrente. L'utilizzo della comparazione per pubblicizzare il proprio prodotto è, infatti, pratica sempre più diffusa ma altrettanto frequenti sono le ipotesi in cui tale mezzo, espressamente riconosciuto lecito dalla legge, viene utilizzato in maniera tale da integrare condotte sleali per gli altri concorrenti. Affinchè l'utilizzo della pubblicità sia legittimo, **occorre che vengano veicolate notizie pienamente vere anche, e soprattutto, nelle modalità di rappresentazione.** La concorrenza sleale in relazione ad atti pubblicitari infatti, può derivare non solo da affermazioni false, su qualità o pregi del proprio o dell'altrui prodotto, ma anche dalla divulgazione di circostanze o notizie vere effettuata in

⁴⁵ In un caso di asserita imitazione servile di prodotti da montare su impianti i consumatori ai quali si è fatto riferimento sono stati i costruttori degli impianti e/o i rivenditori dei loro pezzi di ricambio. In questo caso, infatti, anche in relazione alle caratteristiche del prodotto, la maggiore avvedutezza ed esperienza si traducono in maggiore attenzione nelle scelte da compiere in modo da potersi ritenere esclusa alcuna forma di confusione (v. Trib. Bologna 7 gennaio 1986).



maniera tendenziosa e quindi intrinsecamente scorretta, o comunque con modalità contrarie alla correttezza professionale, sì da causare discredito e pregiudizio per l'impresa dell' imprenditore concorrente⁴⁶. Sta di fatto, comunque, che la liceità della pubblicità comparativa è stata in concreto affermata dalla giurisprudenza soprattutto con riferimento ai casi in cui il raffronto riguarda non già le rappresentazioni e le caratteristiche dei prodotti nella loro globalità, bensì singoli elementi di carattere oggettivo, facilmente verificabili e poco idonei per loro natura a prestarsi a manipolazioni espositive, come ad esempio il prezzo di prodotti dalle caratteristiche sostanzialmente analoghe, i dati di carattere tecnico attinenti alla composizione e la diversa provenienza della materia prima utilizzata. Costituisce atto di concorrenza sleale, poi, la c.d. *appropriazione di pregi* che ricorre quando un imprenditore, per lo più in forme pubblicitarie, attribuisce ai propri prodotti o alla propria impresa pregi, o comunque medaglie, riconoscimenti, requisiti, qualità, virtù da essi non posseduti realmente ma appartenenti a prodotti o all' impresa di un concorrente, in modo da condizionare la libera scelta dei consumatori. Fattispecie frequenti sono la falsa affermazione della titolarità di una esclusiva, la presentazione come proprio di un prodotto realizzato da un concorrente, la falsa proposizione alla clientela come società collegata ad altra società affermata sul mercato, nonché l' affermare falsamente che un prodotto è stato realizzato con i prodotti propri o con quelli di un concorrente. L' illecito appropriativo in discorso è stato ritenuto sussistente, inoltre, nella rappresentazione di false denominazioni d'origine ed indicazioni di provenienza, in quanto anche in questo caso si assiste ad un uso indebito di tali denominazioni o indicazioni che si risolve in una prospettazione ingannevole della propria appartenenza ad una cerchia “privilegiata” di produttori che operano in una determinata località. In tali casi l'illegittimità della condotta non viene meno neanche nelle ipotesi in cui il prodotto falsamente reclamizzato come proveniente da una certa zona abbia comunque il medesimo livello qualitativo dei relativi prodotti, ciò in

46 v. App. Milano 30 maggio 2007, che ha considerato illegittima per concorrenza sleale per il carattere palesemente denigratorio una immagine pubblicata su una rivista di settore raffigurante in primo piano una tagliapiastrelle innovativa, ed in secondo piano un altro medesimo oggetto danneggiante le piastrelle non contraddistinto da marchio, ma riconoscibile dagli intenditori quali lettori della rivista specializzata.




quanto è la provenienza del prodotto a costituire motivo di preferenza vincolante le scelte di acquisto dei consumatori e dunque incidente sull' andamento del mercato concorrenziale⁴⁷. Ipotesi particolare di appropriazione di pregi è quella c.d. *per agganciamento* che si registra in tutte quelle ipotesi in cui viene adottato il marchio altrui preceduto da espressioni quali “tipo”, “modello”, “sistema” o altre simili per evidenziare le caratteristiche dei propri prodotti. Tale accostamento si risolve in uno sfruttamento della rinomanza del prodotto e quindi in uno sfruttamento del lavoro altrui finalizzato all' acquisizione di clientela che diversamente si indirizzerebbe verso il prodotto originale. L' illecito si ritiene configurato anche nei casi in cui il prodotto reclamizzato ha effettivamente caratteristiche uguali a quelle del prodotto richiamato in quanto anche qui ci si “accosta” ad altri sfruttando la rinomanza del prodotto altrui ed inducendo il consumatore a confidare su un risultato già sperimentato quando, in realtà, il prodotto non è ancora stato testato.

1.2. L' impiego di mezzi non conformi alla correttezza professionale. La pubblicità menzognera

La norma in esame oltre che a delineare fattispecie tipiche di concorrenza sleale, prevede, al n. 3, anche una “clausola generale di correttezza professionale” quale regola a cui gli imprenditori devono attenersi per evitare di danneggiare i concorrenti e compiere atti di concorrenza sleale. Il n. 3 dell'art. 2598, dunque, fissa una nozione di concorrenza sleale più ampia di quella propria dei numeri precedenti, riferendosi all' uso **anche indiretto** di mezzi contrari alla correttezza professionale, ed esplica una vera e propria funzione tipizzante che consente di farvi rientrare tutte quelle condotte sleali che non sono ancora state previste e disciplinate direttamente dalla legge. Un simile approccio tipizzante consente di prestare tutela anche agli atti sleali che non si siano mai registrati prima o che non presentino i requisiti necessari a configurare le ipotesi illecite già espressamente previste, ma che siano egualmente

⁴⁷ L' illecito appropriativo è stato riconosciuto sussistente, ad esempio, in ipotesi di utilizzo della denominazione “scotch whisky” per le bevande alcoliche prodotte con whisky solo importato dalla Scozia, e poi miscelato con altre sostanze, stante che tale denominazione indica il compimento di tutti i processi di produzione, di lavorazione e di invecchiamento in Scozia (cfr. App. Milano 21 ottobre 1975).




idonee a danneggiare l'altrui azienda e contrarie alla correttezza professionale, comunemente intesa come principio etico universalmente seguito dalla categoria degli imprenditori. Nel richiamare i principi di correttezza professionale, peraltro, il legislatore non si è limitato alla mera formulazione di un principio assolutamente generale, ma si è riferito a consuetudini ben salde ed affermate come quelle del **buon costume commerciale**, inteso come correttezza e lealtà nei rapporti commerciali. Un simile concetto di correttezza professionale è tale non poter essere interpretato in senso restrittivo – e dunque applicabile solo in caso di violazione di norme- ma in senso ampio, sicchè possono sussistere atti che, benchè conformi alle disposizioni di legge, siano tuttavia tali da considerarsi non onesti o non corretti perchè improntati a frode o astuzia⁴⁸, e volti a creare squilibrio nell' andamento naturale del mercato. Tra le pratiche più ricorrenti rientrano, a mero titolo esemplificativo ma non esaustivo, il c.d. *dumping*, *lo storno di dipendenti*, *il boicottaggio* e *la pubblicità menzognera*. Il *dumping* (o vendita sottocosto) è la vendita dei beni ad un prezzo inferiore rispetto a quello di produzione, che costituisce condotta illecita per il solo fatto di determinare effetti monopolistici sul mercato, estromettendo il concorrente mediante l'attuazione di pratiche antieconomiche. Figura particolare è quella dello *storno dei dipendenti*, caratterizzato dalla lesione di uno specifico valore aziendale altrui: le risorse umane. In questo caso l'imprenditore concorrente anziché esercitare in maniera illecita la propria libertà di concorrenza sul mercato dei beni o dei servizi si rivolge al mercato del lavoro e delle collaborazioni praticando la propria libertà di assunzione non per soddisfare un proprio bisogno organizzativo, ma per distruggere l'organizzazione aziendale altrui, sottraendogli valide risorse umane indispensabili per il suo funzionamento. Lo storno è lesivo del diritto alla lealtà della concorrenza quando è riconducibile al c.d. *animus nocendi*, e cioè ad una intenzione di ledere il concorrente senza alcun guadagno diretto e l'unica finalità è quella di danneggiare l'organizzazione rivale mediante l'assunzione di dipendenti qualificati e comunque indispensabili per l'organizzazione aziendale altrui. Il *boicottaggio* è invece un comportamento negoziale lesivo della libertà di concorrenza che si verifica quando

48 P. CENDON - A. BALDASSARI, *Codice annotato con la Giurisprudenza*, Utet, 2007; Cass. Civ. 17 aprile 1962, n. 752.



uno o più soggetti rifiutano, spontaneamente o sulla base di accordi, di intrattenere rapporti con un concorrente o comunque un soggetto la cui attività economica dipenda direttamente o indirettamente da quella dei soggetti che lo attuano al fine precipuo di ostacolarne, o addirittura bloccarne le relazioni economico sociali. Il boicottaggio può anche essere indiretto quando l'imprenditore si adopera per convincere gli altri operatori del settore a non contrattare con il concorrente. L'illecito in discorso, tuttavia, soprattutto in talune ipotesi non è particolarmente agevole da individuare, in quanto, fatte salve le ipotesi di rifiuto concordato in cui è applicabile anche la normativa antitrust, il rifiuto di contrattare posto in essere da un solo soggetto altro non sarebbe che una libera determinazione della propria autonomia negoziale, ed in quanto tale pienamente legittima. Quanto alla *pubblicità menzognera*, infine, con essa si intendono quelle pratiche pubblicitarie scorrette in sé, in quanto contrarie ai principi di correttezza professionale, senza alcuna necessità che la valutazione di slealtà sia effettuata in relazione alla attività o ai beni dei concorrenti⁴⁹. Tradizionalmente si ritiene che la pubblicità menzognera consista nella falsa attribuzione ai propri prodotti di qualità o pregi, ipotesi, peraltro, non riconducibile alla fattispecie legale dell'appropriazione di pregi, dalla quale si distingue per l'oggetto della appropriazione che non è una qualità specifica e tipica del concorrente, ma semplicemente un **qualità (non specifica)**, sia essa effettivamente posseduta dalla concorrenza o proprio **inesistente**. L'importanza della repressione della fattispecie della pubblicità menzognera nella libertà di concorrenza si coglie non appena si consideri che l'inganno dei consumatori, in relazione ad una determinata offerta di prodotti, può produrre seri effetti distorsivi del gioco concorrenziale. Il consumatore infatti è chiamato ad effettuare una scelta tra i prodotti offerti dalle varie aziende sul mercato e per effettuare una scelta libera, deve essere realmente consapevole e dunque basarsi su informazioni veritiere e fondate. I messaggi pubblicitari propalati non devono essere posti in modo da alterare artificialmente il libero incontro tra domanda ed offerta che è condizione necessaria per lo sviluppo della competitività del sistema economico. Proprio l'incisiva influenza esercitata dalla pubblicità ingannevole sul libero andamento del mercato concorrenziale ha portato il

49 A. PALAZZO – A. SASSI, *Il diritto privato del mercato*, p. 376.



legislatore ha prevedere una tutela “rafforzata” . Il quadro normativo infatti è stato innovato affiancando all'art. 2598 c.c. il recepimento della normativa comunitaria, il Codice del Consumo e le L. n. 145 e 146/ 2007.

2. La violazione di norme pubblicistiche

La giurisprudenza si è a lungo interrogata per stabilire se un comportamento concorrenziale posto in essere in violazione di una norma pubblicistica (penale, fiscale, amministrativa o di diritto antitrust) possa essere considerato anche atto lesivo del diritto alla lealtà della concorrenza, e dunque direttamente collegabile all'art. 2598 c.c..Il dubbio è stato risolto positivamente sul presupposto che la violazione di una norma pubblicistica dia luogo ad una distorsione del mercato. Poiché la violazione delle singole norme pubblicistiche non è per se stessa indice di scorrettezza professionale, non tutte le norme pubblicistiche sono rilevanti ai fini della configurazione della fattispecie, così come, ugualmente, non sono rilevanti tutte le violazioni: quanto alle norme vanno considerate solo quelle la cui violazione determina una diminuzione di costi a beneficio del concorrente che l'abbia violata ed a scapito di quelli che invece operano osservandola. Con riferimento alla violazione, affinché si configuri l'illecito concorrenziale, è necessario che il vantaggio acquisito mediante la violazione abbia influito in modo **causalmente** efficiente a distorcere le condizioni di concorrenza⁵⁰. Per la configurazione dell' illecito concorrenziale, quindi, deve sussistere un nesso di causalità fra il comportamento antigiuridico ed il mutamento peggiorativo della situazione del concorrente, ovvero una “connotazione economica del vantaggio conseguente all'infrazione⁵¹”. Alla luce delle osservazioni compiute sinora, è possibile concludere che la violazione di norme pubblicistiche in sé non costituisce atto di concorrenza sleale **a meno che non si dimostri che**

50 G. FLORIDIA, Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza, Giappichelli, Torino 2005, p. 309.

51 Esempio tipico è il ribasso dei prezzi praticato a seguito del mancato pagamento dell' Iva, in tal caso il danno concorrenziale è ravvisabile in quanto il vantaggio sul mercato rispetto al concorrente si ha grazie ai minori costi sopportati mediante il mancato pagamento di un'imposta.




l'illecito sia la causa diretta ed immediata della situazione concorrenziale dannosa⁵².


3. Le azioni a tutela della concorrenza: inibitoria anche urgente.

Per garantire il rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza, il nostro ordinamento mette a disposizione sia rimedi contrattuali che giudiziali. Nel primo caso si tratterà di azioni volte a **prevenire** atteggiamenti concorrenzialmente sleali mediante l'inserimento di apposite clausole contrattuali, le seconde invece verranno attivate quando la violazione **sia già stata posta** in essere e/o nei casi in cui non sussista alcun rapporto contrattuale tra i due concorrenti. Ma procediamo con ordine. Qualora intercorrano tra i due imprenditori concorrenti rapporti contrattuali (contratto di *franchising*, di licenza, di fornitura ecc.) è possibile inserire una apposita clausola (il c.d. patto di non concorrenza) che regoli la concorrenza tra le due parti. Causa del patto di non concorrenza, infatti, è una reciproca autolimitazione della libertà di iniziativa economica in quanto con la sottoscrizione dell'accordo le parti si impegnano a non assumere contegni concorrenzialmente sleali. In via esemplificativa, ma non esaustiva, basti pensare agli accordi contenuti nei contratti di licenza di marchio in cui il Concessionario si impegna a non vendere prodotti riportanti un marchio diverso rispetto a quello del Concedente o a quelli contenuti nei contratti di *franchising* in cui il *franchisee* si impegna ad esercitare l'attività oggetto del contratto all'interno della rete del *franchisor*, utilizzando il proprio marchio e seguendo tutte le istruzioni fornitegli da quest'ultimo. Per garantire un tutela rafforzata del patto, nella prassi si è soliti inserire nel contratto una apposita **clausola risolutiva espressa** che disponga l'immediata risoluzione del contratto in caso di violazione dell' obbligo di non concorrenza sottoscritto. Tale clausola oltre ad evitare il protrarsi della situazione di inadempimento, funge anche e soprattutto da deterrente, in quanto essendo già stati informati in sede contrattuale delle conseguenze che potrebbero registrarsi, la parte interessata sarà maggiormente incentivata a tenere un contegno corretto e rispettoso dell'altro contraente e degli

52 L. TAVOLARO, *Concorrenza sleale e violazione di norme pubblicistiche*, in *Il Diritto Industriale*, n. 2/ 2005.




impegni assunti. Tal fine è perseguibile anche mediante la previsione di una apposita **clausola penale** in base alla quale in caso di inosservanza del patto di non concorrenza si è tenuti al pagamento di una penale a titolo di risarcimento del danno. La durata dell'obbligo di non concorrenza non potrà essere superiore a cinque anni e la sua violazione, poichè lesiva dei principi di correttezza professionale, peraltro espressamente assunti e sottoscritti, rientrerà nella fattispecie dell'art. 2598 n. 3. Tuttavia, se gli atti concorrenzialmente sleali sono tali da creare un danno grave ed irreparabile all'azienda che li ha subiti ed un conseguente e profondo squilibrio sul mercato, occorre un provvedimento in via d'urgenza che consenta di **inibire nell'immediato**, il comportamento contestato. In tal caso la tutela messa a disposizione dal nostro ordinamento giuridico è “atipica” e “strumentale”. Atipica perchè suscettibile di essere attuata nelle forme più varie, strumentale in quanto consente di tutelare il proprio diritto immediatamente ed in via preliminare rispetto ad un normale giudizio ordinario assicurando provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito. Il codice di procedura civile, infatti, al suo art. 700 c.p.c. dispone che *“chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*. Secondo tale previsione prima del giudizio ordinario è possibile chiedere una inibitoria al giudice in modo che vengano eliminati gli effetti nocivi del comportamento sleale e che venga ripristinato **immediatamente** l'equilibrio originario del mercato. In particolare il titolare del diritto può chiedere che sia disposta l'inibizione del commercio e dell'uso delle cose oggetto di violazione, dell'utilizzo dei medesimi locali, della propalazione dei messaggi pubblicitari ingannevoli. L'orientamento prevalente della giurisprudenza poi, è quello di affiancare al provvedimento di inibitoria la pubblicazione su una o più testate. Quest'ultima ha una funzione “quasi autonoma” rispetto al provvedimento cautelare in senso stretto in quanto è diretta a portare a conoscenza del pubblico la reintegrazione del diritto offeso.



4. L'azione di merito e il risarcimento del danno: modalità di quantificazione

Il provvedimento d'urgenza sopra descritto ha una funzione strettamente cautelare. Per ottenere un vero e proprio risarcimento dei danni subiti si procederà con il giudizio ordinario. L'art. 2600 c.c., co.1, dispone espressamente che “*se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento del danno*”. Tale disposizione codicistica va rapportata, ai fini della liquidazione del danno, alla più ampia categoria della **responsabilità extracontrattuale** sancita dall'art. 2043 c.c. che dispone che “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*” (tuttavia, ciò non toglie che, in caso di patto di non concorrenza previsto dal contratto, sarà possibile agire anche per responsabilità contrattuale ex art. 1218 a tenor del quale “*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta, è tenuto al risarcimento del danno [...]*”). Ai sensi dell'art. 2600 c.c. deve sussistere il presupposto oggettivo della colpevolezza che, peraltro, è presunta. Ciò fa sì che, una volta accertata la sussistenza dell'atto concorrenziale, la colpevolezza ne discende automaticamente e diviene onere dell'autore dell'illecito provare la sua buona fede e l'assenza del requisito soggettivo al quale si ricollega l'obbligo del risarcimento⁵³. La buona fede non deve essere intesa quale ignoranza di porre in essere un atto di concorrenza sleale, ma come adozione di tutte le misure idonee ad evitare l'incorrere nell'errore medesimo. Accanto all'elemento soggettivo, che come appena detto, è presunto occorre che la condotta anticoncorrenziale ed il danno siano legati da un **nesso di causalità** per il quale il pregiudizio subito è conseguenza immediata e diretta del fatto illecito. La determinazione del danno risarcibile va effettuata ricorrendo a due criteri: il cd. **danno emergente** (la perdita effettivamente subita dall'azienda lesa dal comportamento anticoncorrenziale) ed il cd. **lucro cessante** (il mancato guadagno). Nel danno emergente vengono fatte rientrare soprattutto le spese per l'acquisizione del materiale probatorio attestante la violazione delle norme anticoncorrenziali o quelle per l'assistenza legale fuori

53 App. Napoli 8 febbraio 2006.



giudizio⁵⁴, nonché la somma degli investimenti non recuperabili effettuati da un'impresa per entrare in un mercato quando il mancato ingresso sia dipeso da un illecito contegno del concorrente e le spese utili a promuovere il rilancio dell'azienda a seguito dell'illecito, così come quelle indispensabili per riparare ad una pubblicità denigratoria⁵⁵. Più problematica nella prassi si rivela la quantificazione del lucro cessante. Sul piano concettuale, invece, l'individuazione del mancato guadagno è piuttosto chiara in quanto consiste nei c.d. *lost profits*, ossia l'ipotetico guadagno che l'impresa avrebbe percepito in assenza dell'illecito concorrenziale⁵⁶. Il danno risarcibile dunque, corrisponderebbe alla differenza tra l'attuale situazione del soggetto danneggiato e la situazione in cui egli si troverebbe se la condotta concorrenziale non fosse stata posta in essere. La chiarezza di tale criterio, tuttavia, si contrappone alla difficoltà di determinare in concreto la perdita di utili effettivamente dovuta alla pratica sleale, posto che la capacità di un'impresa di generare profitti è influenzata da una varietà di fattori, come, ad esempio, le variazioni di mercato e/o le strategie aziendali adottate. Una esatta determinazione del danno effettivamente riconducibile alla condotta anticoncorrenziale, pertanto, impone di valutare, nel singolo caso, la possibile incidenza delle variabili di mercato sull'andamento commerciale dell'azienda lesa e, qualora l'impiego degli strumenti dell'analisi economica di mercato non consenta di ottenere risultati ben determinati nell'ammontare, verrà applicato il criterio della “valutazione equitativa del danno” (art. 1226 c.c.), valutazione di tipo economica basata sulla considerazione delle situazioni di mercato e dunque su un prudente temperamento di tutti i fattori positivi e negativi di probabile incidenza sul danno. È con tali modalità che verrà valutata anche la consistenza di un eventuale danno all'immagine. L'art. 2600, infine, attribuisce una funzione risarcitoria anche alla **pubblicazione della sentenza** che accerti la violazione dell'art. 2598. Con il tempo la giurisprudenza ha poi assunto un' impostazione anche più ampia, che tende a far coesistere due diverse funzioni della

54 cfr. S. BASTIANON, *Boicottaggio e diritto antitrust*, in *Danno e responsabilità*, fasc. n. 6, 2006, pag. 658 e ss.

55 App. Bologna 21 gennaio 1993, App. Milano 24 dicembre 1996.

56 App. Roma 20 gennaio 2003, App. Milano 18 luglio 1995.



pubblicazione della sentenza, una, come già detto, strettamente risarcitoria, l'altra come strumento volto a rimuovere gli effetti dell'illecito e prevenire ulteriori conseguenze dannose⁵⁷.

5. L'art. 2601: l'azione dell'associazione professionale

In forza del disposto di cui all'art. 2601 le associazioni professionali e gli enti di categoria possono agire in giudizio per la repressione degli atti di concorrenza sleale. In tal modo tutte le associazioni che tutelano gli interessi di una particolare categoria economica (imprenditori, consumatori, utenti) possono rivolgersi al Tribunale per vedere tutelati i propri interessi di categoria (dinnanzi al Trib. Di Torino - 5 maggio 2005 -, ad esempio, ha agito un consorzio di produttori di materassi per promuovere un'azione di concorrenza sleale nei confronti di un'altro produttore del medesimo bene che con un messaggio pubblicitario menzognero ha causato un indebito sviamento di clientela). In particolare nel nostro ordinamento la norma è stata utilizzata per legittimare l'azione di enti aventi il compito di tutelare le denominazione di origine e le indicazioni di provenienza contro il concorrente che che abbia ostacolato l'opera compresa nei fini istituzionali di potenziare il commercio e la diffusione del prodotto, nell'interesse generale di tutti i consorziati⁵⁸. Ad ogni modo la legittimazione ad agire della associazione e/o dell'ente si fonda sulla sussistenza, in capo ad esse, di un interesse ulteriore e differenziato rispetto a quello del singolo imprenditore ad esse aderenti, e tale da consentirle di agire anche se questi non intenda agire direttamente. Gli atti concorrenzialmente sleali verso i quali potranno agire anche le associazioni dovranno essere tali da arrecare pregiudizio (almeno potenziale) all'intera categoria dei cui interessi è portatrice.

57 Cass. Sez. Unite n. 12103/1995, Cass. 1982/2003, Cass. 1305/1999.

58 cfr. anche Cass. Civ. 15 novembre 1984, n. 5772.



CAPITOLO III

LA VALUTAZIONE DI INGANNEVOLEZZA AI FINI ANTITRUST

*Gian Maria Pesce**

1. Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: poteri e normativa di riferimento.

Premessa

Il fenomeno della pubblicità ha vissuto uno sviluppo repentino negli ultimi anni in antitesi anche al sostanziale disinteresse del legislatore che aveva caratterizzato il periodo precedente, agli occhi del quale la materia non richiedeva che fossero adottati interventi specifici per limitarne gli eccessi. Oggi la pubblicità rientra tra quelle numerose e fondamentali attività in cui la presenza di norme di legge è forte, concorrendo a limitarne per molti aspetti l'utilizzo. Il cammino, verso un sistema coerente ed unitario della materia, non è stato né breve né semplice. In passato il problema della disciplina giuridica della pubblicità è sorto valutando il confine tra l'estensione analogica di regole e principi non nati per tale attività e, per contro, la ricerca di regole *ad hoc*, fatte e formulate pensando proprio a questo specifico strumento e a tutti gli interessi che esso coinvolge. Per lungo tempo un principio della nostra legislazione fu l'intoccabilità del messaggio pubblicitario, come se fosse un privilegio imprenditoriale, un'arma d'affari da utilizzare nel meccanismo della libera persuasione, a scapito però di un'informazione commerciale trasparente e veritiera. E' facile quindi comprendere che il legislatore e il giudice, nel parlare di comunicazione pubblicitaria, abbiano avuto la medesima scarsa considerazione che il nostro legislatore ha avuto nel passato per i problemi inerenti alla tutela dei consumatori nei confronti della pubblicità commerciale, e la circostanza ha fatto sì che in Italia vigesse, fino ai primi anni '90, una normativa frammentaria e disomogenea, di carattere sia privatistico che pubblicistico, prevista per singole categorie di prodotti o per singoli mezzi di diffusione, priva comunque di ogni sistematicità. Come in passato è avvenuto spesso, lo spunto per la predisposizione di una nuova normativa è riconducibile all'attività della Comunità Europea. E' stata



infatti la Direttiva CEE n. 84/450 del settembre 1984 sulla pubblicità ingannevole ad indicare gli elementi (relativi al prezzo, al prodotto e all'impresa produttrice) a cui riferirsi per verificare se sussiste ingannevolezza nel messaggio pubblicitario, lasciando poi agli Stati membri la possibilità di decidere quale dovesse essere l'organo al quale concretamente rivolgersi per ottenere una pronuncia di divieto di prosecuzione della attività pubblicitaria. Le formule adottate nei vari paesi europei sono state diverse: in alcuni la tutela dalla pubblicità ingannevole è stata affidata al giudice civile, penale o amministrativo (come in Belgio, Olanda, Germania, Francia); in altri le relative competenze sono state attribuite ad autorità indipendenti, (è il caso così dell'Italia). Svezia, Danimarca e Norvegia avevano già introdotto durante gli anni '70 l'istituto del difensore civico dei consumatori, mentre nel Regno Unito dal 1988 il *Director General of Fair Trading* vigila sull'applicazione delle norme in materia di pubblicità ingannevole. A differenza di quella italiana, tuttavia, queste Autorità non assumono direttamente le decisioni, ma possono ricorrere all'autorità giudiziaria per l'adozione di provvedimenti inibitori nei confronti di messaggi pubblicitari ingannevoli. In seguito, invece, la Direttiva 97/55/CE del 6 ottobre 1997 non lasciava agli stati membri alcuna libertà di prevedere discipline diverse. Tutti gli stati membri dunque, per adeguarsi hanno dovuto introdurre nei loro ordinamenti norme analoghe a quelle già descritte per l'Italia mentre per quegli stati (come Francia o Germania) in cui già esisteva una qualche disciplina della materia si è posto il problema della sua revisione. In Italia, com'è noto, rilevanti competenze, e non solo in relazione alla pubblicità ingannevole, sono state attribuite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Il "Garante" è una Autorità indipendente istituita dalla Legge 287/1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"). Con tale disciplina il Legislatore ha, tra l'altro, dato attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, ed adeguare così il nostro ordinamento a quello comunitario. Con il termine Autorità indipendente si fa riferimento ad un'Amministrazione pubblica che prende le proprie decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica, e che svolge dunque la propria attività e prende decisioni in piena autonomia. All'indipendenza dell'Autorità contribuiscono, tra l'altro, le modalità di nomina e i requisiti del Presidente e dei Componenti, i quali



sono nominati congiuntamente dai Presidenti di Camera e Senato e non possono essere confermati nella carica alla scadenza dei sette anni. In particolare, il Presidente viene scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto alte cariche istituzionali; i quattro Componenti sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari e personalità di alta e riconosciuta professionalità provenienti da settori economici. L'Autorità è pertanto un organo collegiale le cui decisioni sono assunte votando a maggioranza. È composta da un Presidente e da quattro Componenti nominati, di concerto, dai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati. Il Presidente, ruolo attualmente ricoperto da, Antonio Catricalà (nominato il 18 febbraio 2005) e i quattro componenti, Antonio Pilati (nominati il 29 dicembre 2004), Piero Barucci, Carla Bedogni (nominati il 3 marzo 2007) e Salvatore Rebecchini (nominato il 12 febbraio 2009) durano in carica sette anni senza possibilità di un secondo mandato. Il Segretario Generale dell'Autorità (Luigi Fiorentino), che è nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente dell'Autorità, sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici. Il personale, tra quello di ruolo, quello con contratto a tempo determinato e quello comandato da amministrazioni pubbliche, è attualmente composto da 227 unità. La sede unica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è a Roma. I principali obiettivi dell'Autorità sono:

- a) assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità;
- b) tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza. Per quanto qui interessa, l'Autorità (oltre a rilevanti competenze in materia antitrust) ha il compito di applicare le norme contenute nel Titolo III del D.Lgs 206/2005 (Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali scorrette e nel D.Lgs 145/2007 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali. Infatti, il 21 settembre del 2007, in sede di adeguamento al



quadro normativo comunitario⁵⁹, con l'entrata in vigore dei D.lgs. nn. 145 e 146 del 2007, il legislatore ha realizzato un doppio binario di tutela: da una parte i consumatori nei rapporti con le imprese, per le quali vige il divieto di pratiche commerciali scorrette; dall'altra le imprese stesse nei rapporti tra loro, per i quali è stabilito il divieto di pubblicità ingannevole e comparativa illecita. In entrambi i casi, fatta salva la competenza dell'Autorità giudiziaria e di autodisciplina pubblicitaria, Il Garante della Concorrenza e del Mercato esercita il controllo applicando misure inibitorie e sanzionatorie, con un rafforzamento del potere. L'Autorità, poi, volendo sottolineare quella convergenza tra i suoi compiti già indicati dal legislatore, e tali nuove possibilità, ha di recente operato un'importante modifica del proprio assetto organizzativo, eliminando la Direzione Pubblicità Ingannevole, che aveva fin qui esercitato la competenza esclusiva a trattare la materia pubblicitaria, e distribuendo tra le singole Direzioni istruttorie competenti per materia la trattazione dei casi di pubblicità ingannevole e comparativa. In tal modo si è pensato di sfruttare in modo più efficace le sinergie tra attività di tutela della concorrenza e repressione delle forme di pubblicità illecita. Dunque la nuova normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa illecita è destinata all'esclusiva tutela delle imprese, mentre la normativa sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori è destinata a proteggere il consumatore, definito come *“qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”* (art. 18, lettera a, del Codice del consumo). Ai comportamenti posti in essere dalle imprese prima di questa data continuerà di regola ad applicarsi la preesistente normativa. Con il termine pubblicità, inteso dalla disciplina divisata in un'accezione quantomai ampia e generalista, posto che la stessa si applica alla pubblicità diffusa “con qualsiasi mezzo”,

59 Il legislatore comunitario, tramite la Direttiva 29/2005/CE, si propone di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, al fine di consentire - anche attraverso l'innalzamento del livello di tutela dei consumatori - il pieno e corretto funzionamento del mercato interno. In proposito, cfr. anche Commissione Europea, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001) 531, dove si legge a p. 9 che «The cumulative impact of this situation is a “consumer internal market” that has not achieved its potential nor matched the development of the internal market in business-to-business transactions. Consumers rarely participate directly in the internal market through cross-border shopping (...) For consumers, the lack of clarity and security over their rights is an important brake on their confidence and trust. The internal market, like all markets, depends on consumer confidence».



si intende generalmente quella forma di comunicazione a pagamento, diffusa su iniziativa di operatori economici (attraverso mezzi come la televisione, la radio, i giornali, le affissioni, la posta, Internet), che tende in modo intenzionale e sistematico a influenzare gli atteggiamenti e le scelte degli individui in relazione al consumo di beni e all'utilizzo di servizi. Il decreto legislativo n. 206/2005 (Codice del consumo) definisce come pubblicità *“qualunque forma di messaggio che sia diffuso, nell'esercizio di una attività economica, allo scopo di promuovere la vendita o il trasferimento di beni mobili o immobili, oppure la prestazione di opere e servizi”*. Un cenno a parte lo merita la pubblicità comparativa, intesa come quella modalità di comunicazione pubblicitaria con la quale un'impresa promuove i propri beni o servizi mettendoli a confronto con quelli dei concorrenti. Tali concorrenti possono, poi, essere individuati genericamente o invece specificamente. Nel primo caso si parla di pubblicità comparativa indiretta. Ad esempio, chi attribuisce al proprio prodotto e/o servizio pregi unici implicitamente afferma che tali pregi non sono posseduti da tutti i prodotti e/o servizi concorrenti (un esempio può essere: *“L'unica autovettura silenziosa come la notte”*). Nel secondo caso si parla invece di pubblicità comparativa diretta. Qui i concorrenti sono invece resi riconoscibili o mediante citazione espressa della loro denominazione o del loro marchio (ad esempio: *“L'auto X è più confortevole della Y e costa meno”*), ovvero mediante l'indicazione di elementi che li rendano inequivocabilmente riconoscibili (un esempio di fantasia potrebbe essere: *“Ci sono banane solo con il timbro e ci sono banane sane come Paquita”*, dove, attraverso il *“timbro”*, è possibile individuare un'altra marca, anche se non viene esplicitamente nominata). In Italia la pubblicità comparativa non è mai stata esplicitamente vietata dalla legge, ma, soprattutto quella diretta, è stata spesso ritenuta illecita dai giudici sulla base di un'interpretazione restrittiva delle esistenti norme in materia di concorrenza sleale (articolo 2598 del codice civile). Essa ha invece trovato ampio spazio nel sistema statunitense, in cui ha dato luogo a memorabili battaglie tra produttori di prodotti concorrenti. Quanto, poi, invece alla pratica commerciale scorretta, è definita tale la pratica commerciale che è *“contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”* (art. 20, comma 2, del Codice del consumo). Vengono



poi distinti due tipi di pratiche commerciali scorrette. Da un lato, vi sono le “pratiche ingannevoli”, che possono consistere di “azioni ingannevoli” o di “omissioni ingannevoli”. Azioni od omissioni sono considerate ingannevoli nella misura in cui inducono il consumatore medio ad assumere decisioni che altrimenti non avrebbe preso. Dall’altro lato, vi sono le “pratiche aggressive”, intese come quelle che inducono il consumatore medio ad assumere decisioni di natura.

2. I requisiti della pubblicità

Il d.lgs. 145/2007 prevede una serie di disposizioni introduttive volte a determinare finalità, definizioni ed elementi di valutazione del messaggio pubblicitario. Contiene poi alcuni articoli rivolti a prodotti e soggetti specifici⁶⁰, ed infine, agli artt. 8 e 9 fornisce utili indicazioni sulla “*Tutela amministrativa e giurisdizionale*” e sull’ “*Autodisciplina*”. Dalla breve analisi del testo qui di seguito riportata, emerge con evidenza che la struttura stessa della normativa è chiaramente influenzata dalla derivazione di origine europea. Il d.lgs. in questione contiene alcune interessanti definizioni, anzi, sono proprio le definizioni il fulcro di questa normativa, secondo una tecnica che non era usuale nella nostra tradizione giuridica, ma che oggi, per l’influenza dei modelli di *common law* sulla formulazione del diritto comunitario, caratterizza ormai la normativa di derivazione europea.

All’art. 1, comma 2, è dunque stabilito, in maniera lapidaria, che “*la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta*”. Per quanto riguarda le definizioni, l’art. 2 delinea i contorni della pubblicità, della pubblicità ingannevole e comparativa, nonché del professionista e dell’operatore pubblicitario. Ai sensi della lett. a), comma 1, art. 2, la pubblicità è definita come : “*qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi*”. La pubblicità ingannevole e quella comparativa sono invece rispettivamente definite come, la prima: “*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere*

60 Articolo 6 – *Pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza*; Articolo 7 – *Bambini e adolescenti*.



ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico, ovvero che, per questo motivo sia idonea a ledere un concorrente”, e la seconda: “qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”. Orbene, è di tutta evidenza l'ampiezza di tali definizioni, ed è in questo senso che risulta utile se non necessario, il riferimento al successivo art. 3 della normativa. Tale articolo, rubricato “Elementi di valutazione” sancisce la regola secondo cui per determinare l'ingannevolezza o meno del messaggio pubblicitario è necessario considerare tutti gli elementi di quest'ultimo, con particolare attenzione ai suoi riferimenti:

- a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, l'esecuzione, la composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, o i risultati che si possono ottenere con il loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi;*
- b) al prezzo o al modo in cui questo è calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti;*
- c) alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa ed i premi o riconoscimenti.*

Al successivo articolo 4 sono poi stabilite le “Condizioni di liceità della pubblicità comparativa”, che deve ritenersi lecita solo se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- 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.* Infine disposizione la cui portata dovrebbe permeare qualunque tipo di messaggio pubblicitario è poi quella contenuta nell'art. 5 sotto la rubrica “*Trasparenza della pubblicità*” secondo cui:

1. *La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. La pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione.*

2. *I termini "garanzia", "garantito" e simili possono essere usati solo se accompagnati dalla precisazione del contenuto e delle modalità della garanzia offerta. Quando la brevità del messaggio pubblicitario non consente di riportare integralmente tali precisazioni, il riferimento sintetico al contenuto ed alle modalità della garanzia offerta deve essere integrato dall'esplicito rinvio ad un testo facilmente conoscibile dal consumatore in cui siano riportate integralmente le precisazioni medesime.*

3. *É vietata ogni forma di pubblicità subliminale.*

3. Procedimento davanti al Garante ed eventuale parere dell'Autorità Garante delle Comunicazioni

1. La nuova fisionomia del procedimento.

I poteri dell'Autorità sono stati considerevolmente incrementati al fine di consentire un più efficace controllo sui messaggi pubblicitari. L'art. 8 del d.lgs. in oggetto, rubricato “*Tutela amministrativa e giurisdizionale*” disciplina appunto le i poteri e le attribuzioni del Garante nella fase d'indagine e conoscitiva. In primo luogo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in base alla nuova normativa,




può, sia per le pratiche commerciali scorrette che per la pubblicità ingannevole e comparativa, avviare i procedimenti anche d'ufficio, ossia senza attendere segnalazioni esterne. Ha poi specifici poteri investigativi, che comprendono la possibilità di accedere a qualsiasi documento pertinente, di richiedere a chiunque informazioni e documenti pertinenti con la facoltà di sanzionare l'eventuale rifiuto o la trasmissione di informazioni e documenti non veritieri, di effettuare ispezioni, di avvalersi della Guardia di finanza, di disporre perizie. Una volta accertata la violazione l'Autorità può inibirne la continuazione, disporre la pubblicazione di dichiarazioni rettificative a spese dell'impresa responsabile e irrogare una sanzione pecuniaria che va da 5.000 a 500.000 euro tenuto conto della gravità e della durata della violazione stessa. Se la pratica riguarda prodotti pericolosi o può minacciare, anche indirettamente, la sicurezza di bambini o adolescenti la sanzione minima è di 50.000 euro. In caso di reiterata inottemperanza ai provvedimenti dell'Autorità può essere disposta una sanzione dai 10.000 ai 150.000 euro. Ai sensi dell'art. 8, comma 3, d.lgs. 145/2007, l'Autorità può disporre, con provvedimento motivato la sospensione provvisoria della pubblicità ingannevole e comparativa illecita in caso di particolare urgenza. In ogni caso, è tenuto a comunicare l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso il messaggio pubblicitario ogni informazione idonea ad identificarlo. E' poi esplicito il rinvio all'art. 14, commi 2, 3 e 4 della L. 10 ottobre 1990, n. 287. Tale articolo, rubricato "Istruttoria" è inserito nel capo II della cd. Legge Antitrust intitolato "Poteri dell'Autorità in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante"⁶¹. In caso di inottemperanza, senza giustificato motivo, a quanto disposto dall'Autorità ai sensi della richiamata normativa, l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa

61 Art. 14, commi 2, 3 e 4, L. n. 287/1990: l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. 3. Tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni. 4. I funzionari dell'Autorità nell'esercizio delle loro funzioni sono pubblici ufficiali. Essi sono vincolati dal segreto d'ufficio.



pecuniaria da 2.000,00 a 20.000,00 euro, tali importi sono raddoppiati in caso la documentazione o le informazioni fornite non siano veritiere. L'Autorità può altresì disporre che il professionista fornisca prove sull'esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità se, tenuto conto dei diritti o degli interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico. Se tale prova è omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono considerati inesatti. Interessante anche il successivo sesto comma, secondo cui quando la pubblicità è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica, televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. E' poi previsto, al comma 8 del medesimo articolo, inoltre, anche l'istituto degli impegni, con un evidente carattere di *favor rei*: ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità, l'Autorità potrà rinunciare all'accertamento dell'infrazione se l'impresa si impegna a eliminare i profili di illegittimità rilevati nella pratica commerciale, cessando al diffusione del messaggio pubblicitario o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. In questo caso l'Autorità può disporre, poi, la pubblicazione della dichiarazione di assunzione dell'impegno in questione a cura ed a spese del professionista. L'Autorità è altresì in grado di inibire e sanzionare anche i messaggi pubblicitari inseriti sulle confezioni dei prodotti, e nell'adottare tali provvedimenti, deve assegnare un termine che tenga conto dei tempi tecnici necessarie per l'adeguamento disposto. Come già accennato *supra* poi, in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti, applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000,00 a 150.000,00 euro. Ancora, nei casi di reiterata inottemperanza, la potestà dell'Autorità può giungere financo a disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a 30 giorni. I ricorsi avverso le decisioni dell'Autorità sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E' comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile, nonché per quanto riguarda la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n.



633, e successive modificazioni, e del marchio d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti. In ultimo bisogna evidenziare che il Garante ha predisposto e pubblicato un proprio regolamento per disciplinare la procedura istruttoria, in modo da garantire il contraddittorio e la piena conoscenza degli atti compiuti.

2. Regolamento n. 17590/2007 sulle procedura istruttorie in materia di pubblicità ingannevole

E' lo stesso art. 8 del d.lgs. 145/2007 che prevede la necessità che l'Autorità, con proprio regolamento, disciplini le procedure istruttorie da espletarsi nell'esercizio delle proprie funzioni. Tale regolamento, pubblicato in G.U. il 5 dicembre 2007, è costituito da 21 articoli e regola l'attività pre-istruttoria, l'avvio e lo svolgimento dell'istruttoria vera e propria e la chiusura della stessa, nonché la eventuale sospensione provvisoria dei messaggi pubblicitari, la richiesta di informazioni, l'accesso ai documenti e l'ispezione, il tutto in un'ottica di bilanciamento tra le esigenze di tutela della concorrenza e del mercato cui presiede l'Autorità Garante, e i diritti dei soggetti, professionisti e imprese, interessate dall'attività ispettiva in discorso. Il regolamento in oggetto, adottato al termine di una processo di pubblica consultazione, essenzialmente non si discosta dalla bozza originariamente formulata⁶². Ne risulta un provvedimento che, salvo alcune eccezioni tra cui, in primo luogo, la disciplina dell'attività pre-istruttoria, ricalca le previsioni, che già prima dell'entrata in vigore dei d.lgs 145 e 146/2007, regolavano i procedimenti dinnanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

3. La nuova fase pre-istruttoria

Come già anticipato, la novità più rilevante, di notevolissima portata, è costituita dall'inserimento nel procedimento di una fase pre-istruttoria. Figura centrale di

⁶² In particolare, la versione definitiva del Regolamento è all'insegna di un più scrupoloso rispetto dei diritti di difesa, tanto che, diversamente dalla bozza sottoposta a consultazione, all'art. 12 il Regolamento prevede l'audizione su istanza di parte, e all'art. 13 amplia i diritti delle parti nella fase, eventuale, di autorizzazione delle perizie e analisi statistiche proposte dagli uffici.



questo momento preliminare è costituita dal responsabile del procedimento, individuato, dall'art. 3 del regolamento, nella figura del dirigente preposto all'unità organizzativa competente per materia o altro funzionario dallo stesso incaricato. Come sarà possibile apprezzare nel prosieguo della disamina, il ruolo del responsabile del procedimento è di primaria importanza non solo in questa fase, ma anche in relazione a tutto il svolgimento dell'attività svolta dal Garante. Tale figura infatti, è delineata non solo quale referente principale per i soggetti interessati, ma anche quale figura tramite tra il Collegio e gli altri soggetti coinvolti nel procedimento. Inoltre, il successivo articolo 4 del regolamento, prevede poi, che il responsabile del procedimento acquisisca ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie, potendo a tal fine richiedere informazioni o documenti ad ogni soggetto pubblico o privato, e, ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano già in questa fase fondati motivi per ritenere che il messaggio pubblicitario costituisca pubblicità ingannevole o pubblicità comparativa illecita, il responsabile del procedimento, una volta informato il Collegio, può invitare il professionista a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza o illiceità. Tale attività verrebbe a concretizzarsi in un invito scritto al professionista a rimuovere i possibili profili di illiceità del messaggio pubblicitario che fossero stati identificati già in prima battuta. A riguardo vale la pena precisare alcune osservazioni. In primo luogo deve rilevarsi che la previsione non trova un'esplicita base giuridica nel nel d.lgs 145/2007⁶³. Tale possibilità costituisce poi un notevole rafforzamento dei poteri dell'Autorità, o meglio, in questo caso del responsabile del procedimento⁶⁴, il quale, a prescindere dalla valutazione e determinazione del Collegio, è legittimato, in questo momento, a svolgere un accertamento sommario della fattispecie posta in essere dal professionista. Tuttavia, deve altresì rilevarsi che il rovescio della medaglia di questa nuova fase pre-istruttoria pesa in maniera importante sulla libertà del singolo professionista. Quest'ultimo, infatti, raggiunto dalla comunicazione recante invito scritto ad elidere gli elementi

63 Tuttavia, secondo una diversa linea ricostruttiva la base giuridica di tale innovazione potrebbe essere rinvenuta nell'art. 4, comma 6, lett. d) del Reg. CE 2006/2004.

64 Responsabile del procedimento *in pectore*, non essendo, in questa fase ancora avviato alcun procedimento.



ritenuti potenzialmente scorretti, sarà certamente incentivato ad allinearsi a tali indicazioni, nonostante i rilievi del responsabile del procedimento così pervenutigli siano sorti in una fase del tutto informale oltretutto priva di garanzie⁶⁵. In questo frangente, per scongiurare il rischio di un “abuso del diritto” da parte del responsabile del procedimento, sarebbe auspicabile che l'Autorità acclari, in maniera precisa e determinata, i principi e le linee guida cui conformarsi per evitare che tramite i poteri così concessi, la figura del responsabile del procedimento possa esercitare un'indebita pressione nei confronti dei professionisti che svolgono attività pubblicitaria.


4. L'avvio del procedimento

Proseguendo nell'analisi della normativa, viene in considerazione l'art. 5 che disciplina la richiesta di intervento rivolta al Garante. Il primo comma stabilisce che ogni soggetto ne abbia interesse⁶⁶ è legittimato a richiedere l'intervento dell'Autorità nei confronti di messaggi pubblicitari che ritenga ingannevoli o comparative.

La richiesta deve portare a conoscenza dell'Autorità diversi elementi, tra cui i dati anagrafici ed i recapiti del richiedente, tutti gli elementi idonei a consentire una precisa identificazione della pubblicità oggetto della richiesta nonché del professionista che l'ha posta in essere ed infine, quale clausola aperta, ogni elemento ritenuto utile alla valutazione svolta dall'Autorità. Il Collegio, sulla base di questa prima informativa allegata alla richiesta può ritenere che non sussistano i presupposti per un approfondimento istruttorio, e dunque archiviare la domanda dandone

65 Come suggerito anche da V. Falce in *Il diritto industriale* 1/2008 “Poiché, dunque, nel nuovo contesto, l'attività pre-istruttoria non è necessariamente funzionale all'avvio di un procedimento o all'archiviazione di un caso, essa potrebbe costituire un utile strumento, per quanto privo di valore provvedimentale, per indirizzare sistematicamente *ex ante* i contenuti e le modalità con cui vengano realizzate le pratiche commerciali, con pericolose ripercussioni sulla trasparenza e la certezza del diritto e con il rischio di inaccettabili compressioni dei diritti del professionista.

66 Art. 5 d.lgs. 145/2007 rubricato *Richiesta di intervento* 1. *Ogni soggetto od organizzazione che ne abbia interesse può richiedere l'intervento dell'Autorità nei confronti di pubblicità che ritenga ingannevoli o illecite ai sensi del decreto legislativo.*



comunicazione al richiedente, ovvero proseguire la procedura dando avvio all'istruttoria vera e propria. La formulazione di tale articolo si discosta in maniera non trascurabile dalla omologa disposizione contenuta nella precedente normativa sulla pubblicità ingannevole⁶⁷. Infatti, diversamente da quanto disposto con il precedente regolamento, l'art. 5 non manifesta l'esplicita necessità che l'onere della precisa individuazione del messaggio pubblicitario che si intende contestare o quello della completezza e regolarità della richiesta ricada sul soggetto che ha segnalato la presunta irregolarità, e neppure che questi debba dare prova della propria legittimazione attiva. Tuttavia, è necessario, in questo caso, avere riguardo anche ai principi generali dell'ordinamento e della specifica materia in questione che portano ad affermare con un buon grado di certezza nel senso dell'archiviazione del procedimento in caso di richiesta irregolare, incompleta o di carenza sotto il profilo della legittimazione attiva. Dunque, come già *supra* anticipato, se non dovessero evidenziarsi profili di irregolarità nella richiesta così avanzata, il Responsabile del procedimento, ai sensi del successivo articolo 6 del regolamento, *“valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati alla sua conoscenza con la richiesta di intervento di cui all'art. 5, avvia l'istruttoria al fine di verificare l'esistenza di pubblicità ingannevoli o comparative illecite di cui al decreto legislativo”* e comunica l'avvio dell'istruttoria al professionista ed ai soggetti che abbiano presentato richiesta di intervento ai sensi dell'articolo precedente. Con tale comunicazione sono altresì portati a conoscenza dei soggetti di cui sopra tutti gli elementi utili e necessari ad esercitare effettivamente il diritto di difesa in contraddittorio⁶⁸. Il successivo art. 7 disciplina la tempistica del procedimento stabilendone i termini. Il termine generale per la conclusione del procedimento è stabilito in 120 giorni decorrenti dalla data della comunicazione d'avvio dell'istruttoria e di 150 giorni quando è necessaria la richiesta di parere anche

67 Si tratta del D.P.R. n. 284/2003 con il quale è stato approvato il regolamento recante norme sulle procedure istruttorie del Garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

68 In realtà i diritti di difesa del professionista nell'ambito del procedimento non sono esplicitati ed individuati formalmente ma è possibile ricavarli dai requisiti della comunicazione d'avvio dell'istruttoria: con tale comunicazione sono infatti indicati l'oggetto del procedimento, il termine per la sua conclusione, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio presso cui si può accedere agli atti, la possibilità di presentare memorie scritte o documenti ed il termine entro cui le memorie ed i documenti possono essere presentati.



all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni⁶⁹. Tuttavia nel caso in cui il professionista cui è riconducibile l'attività pubblicitaria sia residente, domiciliato o abbia la sede all'estero, il suddetto termine è esteso sino a 180 giorni decorrenti sempre dalla data di comunicazione d'avvio dell'istruttoria, e 210 giorni in caso sia necessario il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. In caso si palesi la necessità di particolari esigenze istruttorie, ai sensi del terzo comma del medesimo articolo, è prevista la possibilità di proroga del termine fino ad un massimo di ulteriori 30 giorni, nel caso invece il professionista presenti degli impegni la proroga può giungere sino ad un massimo di 60 giorni. Infine, a chiusura dell'articolo in oggetto, nel caso in cui, ai sensi dell'art. 20 del regolamento (“Autodisciplina”) il Collegio disponga la sospensione del procedimento, i termini di cui sopra restano sospesi in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina, ma comunque per un periodo non superiore a 30 giorni stabilito dal Collegio stesso. Deve rilevarsi anche qui una piccola, ma significativa differenza con quanto precedentemente disposto dal regolamento emanato con il D.P.R. n. 284/2003⁷⁰. Infatti l'attuale disposizione prevede esplicitamente che i suddetti termini inizino a decorrere “*dalla data di protocollo della comunicazione d'avvio*”, si tratta, in questo caso, di una soluzione *sui generis* e diversa da quella precedentemente adottata, in quanto collega il decorso del termine non all'effettiva ricezione da parte dei destinatari della comunicazione in oggetto, bensì al mero espletamento esecutivo dell'incombenza amministrativa (l'invio della comunicazione) di esclusiva competenza dell'Autorità. Infine, per concludere questa breve panoramica sulla fase istruttoria, è necessario fare un salto in avanti sino all'art. 16⁷¹, comma 1, del regolamento, il quale prevede le incombenze da espletare allorché “*il responsabile del procedimento [...] ritenga sufficientemente istruita la pratica*”. E' prevista, in tal caso, la necessità di informare i soggetti interessati,

69 Vedremo nel prosieguo che tale necessità si palesa ai sensi dell'art. 8, comma 6 del d.lgs 145/2007 quando la pubblicità è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni.

70 Vedi *supra* nota n. 9.

71 Sull'articolo 16 si tornerà anche *infra* in quanto contenente altresì la previsione dell'eventuale richiesta di parere all'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni.



il professionista e gli intervenienti, della chiusura della fase istruttoria, tuttavia si deve qui rilevare una difformità rispetto a quanto previsto, ad esempio nella normativa antitrust, infatti, la scelta dell'Autorità non è stata nel senso di conformarsi a quel modello, ritenuto iper-garantistico in tutte le sue fasi⁷². Deve ritenersi che la comunicazione di chiusura dell'attività istruttoria svolga una funzione di garanzia, sì, ma limitata a funzione di semplice garanzia di ordinato svolgimento del procedimento piuttosto che essere informata ad un migliore svolgimento del contraddittorio, consentendo al professionista di concentrare la successiva memoria difensiva sugli aspetti effettivamente rilevanti della presunta infrazione che siano stati emessi nel corso dell'istruttoria.

5. La fase cautelare

Dopo l'instaurazione del procedimento dunque, ed al verificarsi dei presupposti previsti dalla Legge, ai sensi dell'art. 8, comma 3 del d.lgs., si apre l'eventuale fase cautelare, definibile come un vero e proprio sub-procedimento. Viene dunque in rilievo l'art. 9 del regolamento che, in un'ottica di risultato, deve ritenersi disposizione di fondamentale importanza. E' proprio in virtù di tale articolo, rubricato “*Sospensione provvisoria della pubblicità*”, che è consentito all'Autorità, in caso di particolare urgenza, disporre, anche d'ufficio e con atto motivato, la sospensione del messaggio pubblicitario ritenuto ingannevole o comparativo illecito. L'Autorità può, in questo frangente, richiedere altresì ad ogni soggetto le informazioni e i documenti ritenuti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione⁷³. In questo caso, il responsabile del procedimento assegna alle parti un termine non inferiore a 5 giorni per presentare memorie scritte e documenti. Trascorso detto termine il responsabile rimette gli atti

72 Come deve necessariamente essere, dato che quello che si celebra davanti all'Autorità non è un processo vero e proprio, bensì un procedimento celebrato innanzi ad un'Autorità amministrativa indipendente ed idoneo tuttavia ad incidere anche in maniera importante sui diritti soggettivi delle parti. Per tale ragione devono ritenersi di fondamentale importanza i profili di garanzia dei soggetti coinvolti.

73 L'art. 8 del d.lgs. 145/2007 prevede espressamente l'applicabilità delle disposizioni previste dall'art. 14, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Legge Antitrust). La disposizione richiamata concerne specifici profili relativi all'istruttoria.




al Collegio per la decisione⁷⁴. Il Collegio, a questo punto, può disporre con atto motivato la sospensione in via provvisoria del messaggio pubblicitario anche *inaudita altera parte*, senza cioè acquisire le memorie delle parti quando ricorrano particolari esigenze di indifferibilità dell'intervento. Tuttavia, entro il termine di 7 giorni dal ricevimento del provvedimento con il quale è stata adottata la misura cautelare provvisoria, il professionista interessato può presentare memorie scritte e documenti. Il Collegio allora è tenuto a valutare le argomentazioni del professionista confermando, ovvero revocando la sospensione provvisoria. Il responsabile del procedimento poi, è tenuto a comunicare alle parti le determinazioni dell'Autorità. Da rilevare infine che, ai sensi del comma 5 dell'articolo in questione, l'eventuale decisione dell'Autorità di sospendere la pubblicità ritenuta ingannevole o comparativa illecita, deve essere immediatamente eseguita a cura del professionista stesso, e dell'avvenuta esecuzione del provvedimento è tenuto a dare tempestiva comunicazione all'Autorità, sempre per il tramite del responsabile del procedimento.

6. La fase di merito


Venendo dunque al procedimento di merito, bisogna rilevare che, se da un lato questo ricalca l'*iter* già a suo tempo stabilito in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, dall'altra parte introduce importanti elementi di novità, volti principalmente a bilanciare i più incisivi poteri attribuiti all'Autorità. Il successivo articolo 10, in un'ottica di apertura partecipativa del procedimento, detta la disciplina da seguire per partecipare all'istruttoria, consentendo in tal modo ai soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto di istruttoria, di accedere agli atti del procedimento e presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri. La disposizione in questione, da una parte individua dunque i soggetti ammessi ad intervenire, e dall'altra oltre a presentare le facoltà di quest'ultimi, allarga anche il novero delle possibilità difensive a questi offerte. Il comma 2 del suddetto articolo, infatti, prevede la possibilità per il richiedente di

74 Con la previsione di un termine così breve l'intento è quello di preservare le esigenze di celerità insite nel procedimento cautelare.



accedere agli atti del procedimento ai sensi del successivo articolo del regolamento, nonché la possibilità di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri. Come appena accennato dunque il successivo articolo 11 disciplina analiticamente l'accesso ai documenti detenuti dall'Autorità nei procedimenti in oggetto. La disciplina così dettata ha una duplice funzione: da una parte permette agli interessati l'accesso ai documenti e alle informazioni addotte in un'ottica di salvaguardia dell'effettività del contraddittorio, dall'altra è tesa a tutelare il diritto alla riservatezza dei soggetti interessati. La possibilità così concessa si esercita mediante richiesta scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro 30 giorni. Tale diritto è riconosciuto, in primo luogo, in capo ai soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento e, poi, ai soggetti intervenienti ai sensi dell'art. 10. Naturalmente, in ossequio ai principi stabiliti anche dal d.lgs. 196/2003, qualora i documenti di cui sopra contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a professionisti coinvolti nei procedimenti, il diritto di accesso in discorso è consentito nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. Seguono una serie di deroghe, volte a sottrarre all'accesso i documenti e le informazioni riservate nell'interesse dei soggetti e dei professionisti coinvolti, nonché le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto degli atti. Possono, ancora, essere sottratti all'accesso anche i verbali delle adunanze del Collegio nonché i documenti inerenti ai rapporti tra l'Autorità e altre istituzioni. E' altresì prevista la possibilità, per i soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite, di presentare essi stessi agli uffici un'apposita richiesta contenente l'indicazione di tutti i documenti, o parti di documenti, che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso. L'ufficio, vagliate tali richieste, ove non ritenga sussistenti ai fini della riservatezza o segretezza gli elementi addotti a giustificazione di tali domande ne dà comunicazione agli interessati con provvedimento motivato⁷⁵. Viceversa, l'ufficio può disporre, con provvedimento

⁷⁵ In questo frangente, diversamente da quanto esposto *infra*, cfr nota nn., l'Autorità si è allineata agli indirizzi da tempo invalsi in materia di concorrenza, negando l'accesso anche a quei dati che, pur non direttamente riconducibili alla nozione di segreto, risultino comunque meritevoli di trattamento confidenziale, e dunque specifica tutela.



motivato, il differimento dell'accesso ai documenti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la data di conclusione della fase istruttoria. I successivi articoli 12, 13 e 14 disciplinano le richieste di informazioni e audizioni, le perizie e le analisi, ed infine le ispezioni. Per quanto attiene alle richieste di informazioni e audizioni, l'art. 12 concede al responsabile del procedimento la possibilità di acquisire ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie. Nello specifico egli può richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico e privato⁷⁶ e, quando sia necessario ai fini del perfezionamento dell'istruttoria, o quando sia richiesto da una delle parti, può disporre che le parti siano sentite, nel rispetto del contraddittorio, in apposite audizioni, fissando un termine inderogabile per il loro espletamento. In tale sede le parti possono farsi assistere da un difensore o da altro soggetto di fiducia cui si conferisce potere di rappresentanza. Lo svolgimento delle audizioni è poi cristallizzato nel verbale, contenente l'indicazione dei soggetti intervenuti e le principali dichiarazioni ivi rese e sottoscritto dal responsabile del procedimento e dalle parti stesse. Riguardo a tale disposizione possiamo osservare una sensibile differenza con quanto disposto dall'ormai superato ma ugualmente importante⁷⁷ art. 12 D.P.R. n. 217/1998 sulle procedure istruttorie in materia di concorrenza che, coerentemente alla *ratio* dell'istituto, poneva il vincolo all'utilizzo delle informazioni stesse “*soltanto per lo scopo per il quale sono state richieste*”, precludendone in tal modo l'uso per qualsiasi finalità diversa dall'accertamento della violazione di norme in materia di concorrenza. Considerato che le medesime esigenze di riservatezza sono

76 Ribadendo principi ormai ampiamente consolidati, il Consiglio di Stato, nella decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha ricordato che “*il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto del fascicolo con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto e che, in relazione ai documenti costituenti prova a carico, o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alle c.d. parti sensibili del documento*”. Lo stesso Collegio, con decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, ha affermato il principio in base a cui, al fine di accertare l'illegittimità “*conseguente alla secretazione disposta dall'Autorità di parte della documentazione relativa alla segnalazione del denunciante*” e l'eventuale lesione del diritto di difesa che da tale decretazione deriverebbe alle parti del procedimento, “*gli interessati hanno l'onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta, indicando fatti o circostanze posti a base del provvedimento adottato e da loro non conosciuti*”.

77 E' proprio in tale articolo che è possibile rinvenire la prima struttura dell'istituto in oggetto seppur applicata a diverse finalità, finalità antitrust in questo caso.



certamente rinvenibili anche nelle materie disciplinate dalla normativa qui in esame sarebbe stato opportuno l'inserimento di una previsione di analogia portata anche in tale sede. La possibilità di disporre perizie ed analisi statistiche o economiche, è invece espressamente prevista dal successivo articolo 13, a tenore del quale il Collegio può autorizzare tali atti, nonché la consultazione di esperti, in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. La scelta dei soggetti, periti e consulenti, incaricati di svolgere tali mansioni, è effettuata dall'Autorità tra le persone iscritte negli albi istituiti presso i tribunali ovvero affidata ad università o centri di ricerca. In tal caso ne è data comunicazione alle parti del procedimento, così come dei successivi risultati. I soggetti ai quali è stato comunicato l'avvio del procedimento e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 10, possono nominare dandone comunicazione al responsabile del procedimento, un loro consulente, il quale può assistere alle operazioni svolte dal perito o consulente nominato dall'Autorità e presentare nel termine di 10 giorni dalla comunicazione a loro dei risultati, scritti e documenti in cui svolgere osservazioni sui risultati delle indagini tecniche. Sempre improntato all'ampliamento delle facoltà investigative e di indagine dell'Autorità è l'art. 14 del regolamento che disciplina analiticamente lo svolgimento di eventuali ispezioni⁷⁸. Queste, proposte dal responsabile del procedimento, devono essere autorizzate dal Collegio presso chiunque sia ritenuto in possesso dei documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria. L'espletamento materiale dell'ispezione è svolto ad opera di funzionari dell'Autorità⁷⁹ incaricati *ad hoc*. Tali soggetti esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto che precisi l'oggetto dell'accertamento, nonché le sanzioni per il rifiuto, l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché, altresì nel caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri. In

78 Anche tale possibilità deve ritenersi disciplinata simmetricamente a quanto disposto con la normativa antitrust, utilizzata a modello, sotto molti profili, anche per la redazione della normativa in analisi.


79 Tuttavia, all'ottavo comma del medesimo articolo, è altresì prevista la possibilità di avvalersi, nello svolgimento dell'attività ispettiva, della collaborazione della Guardia di Finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e l'imposta sui redditi.



ogni caso è espressamente esplicitato che non costituiscono giustificato motivo di rifiuto o di omissione, l'opposizione:

- a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, anche orali;
- b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative;
- c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo.

I funzionari incaricati dell'ispezione dispongono di ampi poteri, dettagliatamente descritti al comma 5 dell'articolo e consistenti principalmente nella possibilità di accesso a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti è svolta l'ispezione, con esclusione dei soli luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività oggetto di indagine. Possono, inoltre, controllare ed estrarre copia dei documenti utilizzati ai fini dell'attività di impresa e richiedere informazioni e spiegazioni orali. A tutela dei diritti dei soggetti sottoposti ad attività ispettiva, è espressamente prevista la facoltà per questi di farsi assistere da consulenti di propria fiducia. Di tutta l'attività ispettiva, con particolare riferimento alle dichiarazioni e ai documenti acquisiti, è redatto processo verbale. In un'ottica di continuità con quanto stabilito dal D.P.R. n. 284, il successivo art. 15, rubricato "Onere della prova" prevede la possibilità, per il responsabile del procedimento di disporre l'esibizione in capo al professionista delle prove sull'esattezza dei dati di fatto contenuti nella pubblicità. In estrema sintesi e buona sostanza tale articolo dispone dunque un'inversione dell'onere della prova laddove tale esigenza risulti giustificata alla luce delle circostanze del caso specifico. L'art. 16 disciplina la chiusura dell'istruttoria e l'eventuale richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Tale articolo dispone che il responsabile del procedimento, allorché ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunichi alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indichi loro un termine, non inferiore a 10 giorni, entro cui è possibile presentare memorie conclusive o documenti. Così conclusa dunque la fase istruttoria, il responsabile del procedimento provvede a rimettere gli atti al Collegio per l'adozione del provvedimento finale. Al terzo comma dell'articolo in oggetto,



tuttavia, è disciplinata l'eventuale fase istruttoria relativa alla richiesta di parere all'Autorità Garante per le Comunicazioni. I casi in cui tale eventualità potrebbe venire in evidenza sono disciplinati all'art. 8, comma 6 del d.lgs. 145/2007, prescrizione che recita: “Quando la pubblicità è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di comunicazione, l'Autorità, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”. In tali casi, una volta trasmessa la documentazione ai sensi dell'art. 19 del regolamento stesso, l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni comunica il proprio parere entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta. Tuttavia, in caso di decorrenza del suddetto termine senza che sia comunicato il parere o l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni abbia rappresentato particolari esigenze istruttorie, l'Autorità Garante può procedere indipendentemente dal parere stesso. Viceversa quando vi sia stata la manifestazione dell'esigenza di ulteriori esigenze istruttorie da parte del Garante per le Comunicazioni, il termine di conclusione del procedimento è sospeso, per un periodo massimo di 30 giorni, dalla data della ricezione, da parte dell'Autorità Garante nelle Comunicazioni, delle notizie e dei documenti richiesti sino alla data in cui pervenga il relativo parere. In seguito, dopo l'assunzione del provvedimento finale da parte del Collegio, il responsabile del procedimento lo comunica alle parti ed ad eventuali intervenienti, il provvedimento poi, è altresì pubblicato, entro 20 giorni dalla sua adozione, nel bollettino dell'Autorità. Il provvedimento deve contenere anche il termine ed il soggetto presso cui è possibile ricorrere e può essere, contestualmente, disposta la pubblicazione della pronuncia, integralmente o per estratto, a cura ed a spese del professionista.

7. I poteri decisori

La fase decisoria del procedimento davanti al Garante è regolata dall'art. 17 del regolamento. La disposizione, invero piuttosto parca di indicazioni, prevede, al comma 1, che il responsabile del procedimento comunichi alle parti ed ai soggetti eventualmente intervenuti, il provvedimento finale dell'Autorità, che deve essere altresì pubblicato nel bollettino ufficiale entro 20 giorni dalla sua adozione. Le indicazioni relative al provvedimento in se sono ridotte all'essenziale: è infatti




solamente previsto che la decisione debba contenere il termine e l'indicazione del soggetto presso cui è possibile ricorrere, e nulla più. In chiusura della disposizione in questione, al comma 3, è poi previsto che, al fine di assicurare la più ampia conoscibilità del provvedimento, l'Autorità possa altresì rendere note le proprie decisioni anche attraverso comunicati stampa. I seguenti articoli concernono, rispettivamente, la pubblicazione del provvedimento a cura e spese del professionista, il numero 18; e le modalità secondo cui effettuare le comunicazioni⁸⁰, l'articolo 19. Infine l'articolo 20, rubricato “*Autodisciplina*” prevede una eventuale sospensione del procedimento dinanzi all'Autorità in caso sia stato attivato, ai sensi dell'art. 9 del d.lgs 145/2007, il procedimento di autodisciplina. Anche in questo caso un ruolo importante è svolto dal responsabile del procedimento che, ricevuta l'istanza di sospensione, ne dà comunicazione alle parti, fissando un termine per la presentazione delle osservazioni. Lo stesso poi comunica alle parti la pronuncia del Collegio sull'istanza.

8. L'istituto degli impegni

Con un'evidente carattere di *favor rei*, nonché di esigenze deflative del procedimento innanzi all'Autorità, all'art. 8 del regolamento, è stata introdotta un'ulteriore possibilità per il professionista che, una volta ricevuta la comunicazione di avvio del procedimento innanzi al Garante, può evitare lo svolgimento dei successivi accertamenti e l'aggravarsi delle sanzioni che gli saranno poi, eventualmente, comminate. L'istituto degli impegni prevede infatti che il soggetto interessato dall'accertamento, una volta ricevuta la comunicazione di cui sopra, entro e non oltre 30 giorni dal ricevimento, possa presentare, rigorosamente in forma scritta, impegni tali da elidere i profili di illegittimità del messaggio pubblicitario. In questo caso, l'Autorità è tenuta a valutare la consistenza di tali impegni e, qualora questi siano

⁸⁰ L'articolo prescrive che le comunicazioni siano effettuate mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, consegna a mano contro ricevuta, via mail mediante posta certificata o firma digitale e tramite fax. Al richiedente ed ai soggetti eventualmente intervenuti, le comunicazioni vengono effettuate presso il domicilio indicato nella domanda. Le comunicazioni al committente del messaggio pubblicitario ed al suo autore vengono effettuate presso l'ultima residenza, domicilio o sede conosciuta. Se le comunicazioni non possono avere luogo tramite queste modalità le stesse sono effettuate mediante pubblicazione di un avviso nel bollettino dell'Autorità.



ritenuti idonei allo scopo, dispone con provvedimento la loro accettazione rendendoli in tal modo altresì obbligatori per il professionista e definendo così, contestualmente, il procedimento senza giungere all'effettivo accertamento dell'infrazione. Qualora invece gli impegni presentati dal professionista dovessero essere ritenuti solo parzialmente idonei ad eliminare i profili di illegittimità⁸¹, l'Autorità può fissare un termine per l'integrazione degli impegni stessi. Infine poi, nei casi di grave e manifesta ingannevolezza o illiceità del messaggio pubblicitario⁸² o ancora nei casi di totale inidoneità degli impegni presentati, l'Autorità delibera con provvedimento il rigetto degli stessi. Al comma 3 del medesimo articolo poi, è previsto che il procedimento, conclusosi per l'intervenuta accettazione da parte dell'Autorità degli impegni presentati dal professionista, possa successivamente essere riaperto, e anche d'ufficio, nel momento in cui il professionista non dia, o non di più, esecuzione agli impegni assunti, ovvero nel momento in cui si modifichi lo *status quo* rispetto ad uno o più degli elementi su cui la decisione si fonda o ancora nel momento in cui sia verificato che l'accettazione degli impegni sia stata fondata su informazioni trasmesse dalle parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti.

4. Le sanzioni

All'Autorità, opportunamente, è stata attribuita la facoltà di imporre sanzioni economiche ai soggetti cui, in seguito ad apposita procedura, è stato inibito l'avvio o la prosecuzione di una determinata attività. E' noto infatti che la norma primaria, senza la norma secondaria che impone la sanzione in caso di violazione della prima, perderebbe gran parte della sua efficacia. L'ampia gamma di pene pecuniarie che il Garante può così imporre risulta idonea ad incidere in maniera anche assai considerevole sulla marginalità dei soggetti in questione. Inoltre, sul punto, è

81 Profili di illegittimità, giova ricordarlo, ancora solo eventuali in questa fase.

82 Come altresì previsto anche dall'art. 8, comma 7, d.lgs. 145/2007: “*Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile della pubblicità ingannevole e comparativa illecita l'assunzione dell'impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione di assunzione dell'impegno in questione, a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione*”.




possibile svolgere alcune interessanti considerazioni sull'efficacia deterrente di tale possibilità. L'imposizione di tali sanzioni risponde ad una precipua funzione: assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme stabilite dal d.lgs. 145/2007 contribuendo così, significativamente, al mantenimento di una concorrenza effettiva in tale contesto. Già oggi in Italia la quantificazione della sanzione pecuniaria civile è correlata non tanto al pregiudizio economico inflitto dall'illecito, ma in funzione di stretta deterrenza, alla riprovevolezza della condotta del suo autore⁸³. Ancora, viene poi in considerazione il rapporto stesso tra intervento pubblico ed intervento privato. Collegandoci a quanto già espresso in sede di considerazioni introduttive, infatti, bisogna considerare che il legislatore ha predisposto una doppia possibile tutela: da una parte l'eventuale avvio di un'azione privata secondo le classiche regole di giustizia civile, e dall'altra la tutela apprestata sotto il profilo pubblicistico *in primis* attraverso l'azione dell'Autorità Garante. Determinare il rapporto che dovrebbe intercorrere tra tali due differenti strumenti di tutela appare, in un'ottica organica, un'esigenza primaria anche sotto lo stretto profilo operativo⁸⁴. Ciò che si auspica è l'addivenire ad una concezione complementare dell'azione privata e dell'azione pubblica, ribadendo l'importanza della seconda e le sue perduranti e non confliggenti funzioni istituzionali della seconda, al fine anche di scongiurare l'applicazione in via alternativa delle due possibili strade di tutela⁸⁵. A dire il vero il nostro ordinamento appare già orientato

83 Parafrasando M. Maugeri, in Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie. In Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, M. Maugeri A. Zoppini (a cura di) Bologna, Il Mulino 2009.

84 Appare infatti un'esigenza imprescindibile per le imprese e per gli operatori di settore quella di avere ben chiaro e definito l'iter da seguire in caso di violazione dei propri diritti: il problema è cioè quello di determinare in maniera precisa a quale funzione risponda la tutela apprestata dal punto di vista privatistico e quella invece dal punto di vista pubblicistico/amministrativo.

85 Pare opportuno evidenziare che la cooperazione tra strumenti di tutela pubblicistica e privatistica non sempre è un elemento fisiologico al sistema, anzi. Dall'osservazione dell'esperienza statunitense in alcuni ambiti specifici del settore antitrust emerge con evidenza un paradosso il cui sorgere dovrebbe essere stroncato sul nascere nel sistema europeo. Ci si riferisce in particolar modo all'evoluzione dei programmi di clemenza (*leniency programmes*): "E' proprio in America infatti che, in seguito all'inatteso successo dei PC, l'attore pubblico e quello privato diventano antagonisti: il *treble damage*, più che un partner del *public enforcer*, diviene l'odiato concorrente nella lotta ai cartelli". In questo senso e per approfondire vedi M. Meli "I programmi di clemenza e l'azione privata" in In Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, M. Maugeri A. Zoppini (a cura di) Bologna, Il Mulino 2009.



sulla giusta via: infatti la suddetta relazione di complementarità, ed i suoi effetti positivi sulla macroeconomia del Paese, potrebbero sin d'ora essere ricondotti a quell'effetto indiretto per cui l'esistenza di un'efficace azione pubblica contribuisca a ridurre l'impiego dell'azione privata, almeno sotto il profilo della deterrenza in quanto tale, senza che tale relazione infici le proprie funzioni di ciascun singolo strumento legislativo.

Giungendo dunque finalmente alle sanzioni che l'Autorità può comminare annoveriamo una vasta gamma di possibilità sanzionatorie. Intanto, sin dal comma 4 dell'art. 8 del d.lgs 145/2007, è stabilito che, ancora in fase istruttoria, l'Autorità può disporre di penetranti poteri ispettivi⁸⁶, e, in caso di inottemperanza ad un'ordine d'esibizione senza giustificato motivo, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000,00 euro a 20.000,00 euro. Un aggravio della sanzione è previsto poi nel caso le informazioni o la documentazione fornite non risultano veritiere, in tale circostanza infatti gli importi di cui sopra sono addirittura raddoppiati. Più in là, nel medesimo articolo, e precisamente al comma 9, sono previste le sanzioni che è possibile comminare a fronte dell'accertata violazione della normativa. E' infatti disposto che: *“Con il provvedimento che vieta la diffusione della pubblicità, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pubblicità che possono comportare un pericolo per la salute o per la sicurezza, nonché suscettibili di raggiungere, direttamente o indirettamente, minori o adolescenti, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro”*. Bisogna rilevare che il legislatore ha lasciato ampi margini di manovra all'Autorità Garante, prevedendo una sorta di “minimo e massimo edittale” della sanzione pecuniaria e stabilendo i criteri secondo cui modulare la sanzione concreta nel caso di specie⁸⁷. Peraltro tale indicazione deve ritenersi totalmente in

86 Si veda in particolare all'art. 8 del suddetto d.lgs. il riferimento all'art. 14, commi 2, 3, e 4, della L. 10 ottobre 1990, n. 287, disposizione nella quale sono dettagliatamente descritte le procedure da seguire nel caso che in fase istruttoria l'Autorità ritenga necessario procedere ad assumere informazioni o documenti anche tramite ispezioni, perizie ed analisi economiche.


87 Nella sentenza del 29 dicembre 2009, n. 13749, *Pubblicità occulta gioielli My Mara-Europe Assistance-Isola dei Famosi*, il Tar Lazio ha affermato che le misure afflittive *“non tendono soltanto a colpire il soggetto che abbia commesso un'infrazione, quanto e soprattutto ad ingenerare una indiretta coazione psicologica nei confronti degli altri soggetti, al fine di determinare una contropinta all'eventuale spinta all'infrazione: risultando, per l'effetto,*



linea con la qualifica e le mansioni del Garante quale Autorità Amministrativa indipendente. Una deroga a tale libertà interviene invece laddove ci si trovi in presenza di situazioni particolari quali pubblicità che possano recare danno alla salute o alla sicurezza o pubblicità in grado di raggiungere, per qualsiasi via, i minori, categoria protetta, in questi casi è prevista una sorta di presunzione di gravità secondo cui la sanzione non può essere inferiore ai 50.000,00 euro. Al comma 12, poi, è espressamente previsto che *“in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti [...] ed in caso di mancato rispetto degli impegni [...] l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000,00 a 150.000,00 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni”*. Come è possibile apprezzare dal testo soprariportato, anche disattendere gli obblighi assunti tramite l'istituto degli impegni comporta delle pesanti sanzioni economiche. In tali casi è di tutta evidenza che l'ampio margine lasciato alla discrezionalità dell'ente riflette anche la fondamentale importanza attribuita all'istituto. In definitiva le statuizioni di cui sopra devono ritenersi totalmente coerenti con la *ratio* della procedura innanzi all'Autorità, e più in generale con gli obiettivi della normativa in oggetto⁸⁸. Sia consentita un'ultima considerazione di carattere generale sull'entità delle sanzioni che l'Autorità può comminare. Si deve ritenere, anche in riferimento a quanto rappresentato sopra in relazione agli effetti di deterrenza, che l'irrogazione di sanzioni così elevate risponda anche ad un'ulteriore funzione, più facilmente comprensibile con un esempio concreto che nella teoria. Infatti, se un'impresa, grazie soprattutto all'attività pubblicitaria intrapresa, realizza un notevole incremento del fatturato, quand'anche il Garante dovesse sollevare dubbi in merito all'attività pubblicitarie e giungere in seguito a comminare sanzioni, queste, per poter essere considerate efficaci, dovrebbero necessariamente essere di valore uguale o superiore all'incremento di fatturato conseguito dall'impresa grazie all'illecita comunicazione pubblicitaria in

ricognoscibile nella sanzione stessa un carattere non già meramente afflittivo, ma anche educativo, risolvendosi essa in una giusta e commisurata reazione rispetto all'infrazione commessa”.

88 La giurisprudenza ha chiarito che *“la quantificazione della sanzione pecuniaria è espressione di un potere tipicamente discrezionale della Autorità”* (così Tar Lazio, sentenza 29 dicembre 2009, n. 13779, *Società Milkon Alto Adige Società Agricola Cooperativa*).




questione⁸⁹. Concludendo il discorso in merito alle sanzioni, pare utile ed opportuno ricordare che i ricorsi avverso le decisioni adottate dall'Autorità sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e sono dunque ricorribili di fronte al T.A.R.. Per quanto riguarda il pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui sopra, si applicano, in quanto compatibili alcune disposizioni della L. 24 novembre 1981, n. 689⁹⁰. Le somme dovute a questo titolo devono essere corrisposte entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità.

5. La giurisprudenza dell'Autorità. Aspetti salienti e tendenze.

Un utile strumento per evidenziare gli aspetti salienti e le tendenze della giurisprudenza del Garante è rinvenibile nella relazione annuale che l'Ente pubblica sull'attività svolta. Nel momento in cui si scrive tuttavia, non è ancora stata pubblicata la relazione sull'attività svolta nel corso del 2010. Nel corso del 2009 invece, sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.) del Lazio in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette. Si tratta della prima giurisprudenza del giudice amministrativo di primo grado che si sta formando sulla nuova disciplina posta a tutela del consumatore. In particolare, tramite tale giurisprudenza, è stato possibile acclarare alcuni aspetti applicativi della normativa non ancora sufficientemente precisati. In primo luogo si è inteso tracciare confini più precisi tra le sfere di applicazione di due distinte normative: quella generale contenuta nel Codice del Consumo e la disciplina settoriale. Nelle sentenze riguardanti il caso *Fatturazione per chiamate satellitari* (sentenze del 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza del 7 luglio 2009, n.

89 Questo è anche, in estrema sintesi e buona sostanza, il ragionamento posto alla base della teoria dei *punitive damages* nell'esperienza nordamericana. L'istituto dei danni punitivi è, invece, estraneo agli ordinamenti di *civil law*, salvo limitatissime eccezioni (gli ordinamenti di Brasile e Polonia li prevedono in alcuni casi), essendo considerato incompatibile con il principio di separazione tra diritto civile e diritto penale. In Italia la S.C., con la sentenza n. 1183/2007 ha stabilito poi che l'istituto è in contrasto con l'ordine pubblico interno, rifiutando quindi la delibazione di una sentenza straniera di condanna.

90 Cd. Legge di depenalizzazione, si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 rubricati rispettivamente: "Pagamento rateale della sanzione pecuniaria", "Esecuzione forzata", "Prescrizione" e "Devoluzione dei proventi".



6446), il T.A.R. ha evidenziato come “*il nuovo quadro di tutela offerta dal Codice del consumo, venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall’altro, a quelli derivanti dall’esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione*” (nel medesimo senso Tar Lazio, sez. I, sentenza n. 5628 del 15 giugno 2009, caso Sms Messaggi in Segreteria). Identici principi sono stati pronunciati relativamente al settore dell’energia elettrica e del gas (in tal senso cfr. Tar Lazio, sez. I, sentenza 8 settembre 2009, caso *Enel Energia - Bolletta gas*, n. 8399, e sentenza 8 settembre 2009, caso *Prezzi bloccati dell’elettricità*, n. 8400).

Interessanti invece, soprattutto da un punto di vista pratico, anche le numerose sentenze con cui il T.A.R. Lazio ha affermato che, ai fini dell’illiceità di una pratica commerciale ai sensi del Codice del consumo, non è necessario dimostrare che essa abbia avuto una concreta attuazione pregiudizievole per i consumatori, essendo sufficiente una sua potenziale lesività tale da ascriverla nell’ambito dell’illecito, non già di danno, ma di mero pericolo (tra queste, sentenza del 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*). Le norme del Codice del consumo in materia di pratiche commerciali sono infatti preordinate a prevenire distorsioni della concorrenza anche in una fase prodromica a quella negoziale e ciò a prescindere dalla presenza di un concreto pregiudizio economico⁹¹. Gli effetti della condotta – come affermato dal T.A.R. nella sentenza dell’8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia bolletta gas* – “*possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all’operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell’ambito dei consumatori*”. In quest’ottica, il numero di consumatori concretamente indotti in errore dalla pratica, pur non rilevando ai fini del giudizio di scorrettezza, “*può assumere significatività quale elemento aggravante della condotta – nel senso di consentire l’individuazione di un rincarato grado di “negligenza” al quale potrà accedere un’omogenea commisurazione dell’apparato sanzionatorio repressivo – laddove il comportamento ascrivibile all’operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nei confronti dei consumatori?*” (sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*). Infine con riguardo al profilo sanzionatorio, il T.A.R. Lazio, nella

⁹¹ Nello stesso senso T.A.R. Lazio sent. 5 ottobre 2009, n. 9743, *Prezzi bloccati elettricità*; 8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia bolletta gas*; 6 luglio 2009, n. 6457 e altre, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari*; 22 giugno 2009, n. 5916, *M-Platform*; 15 giugno 2009, n. 5626, *Nespresso sconto di 50 euro*.



sentenza 27 maggio 2009, n. 5290, *Enel mora per ritardo consegna bolletta*, ha affermato espressamente che, in materia di pratiche commerciali scorrette, ma pare che ciò possa ben valere anche in relazione alla pubblicità ingannevole e comparativa illecita, il suo sindacato non si estende al merito. Il giudice amministrativo può quindi solo annullare, in tutto o in parte, il provvedimento dell'Autorità, ma non può modificare in sede giurisdizionale le ammende irrogate (analogamente Tar Lazio sentenze del 9 dicembre 2009, nn. 12593 e 12594, rese con riguardo al caso *David 2-Promozione servizi a decade 4*; 21 settembre 2009, n. 9083, *David2-Promozione servizi a decade 4*; 19 giugno 2009, n. 5807, *Trenitalia – Condizioni di trasporto e cambio titolo di viaggio*). Dall'analisi dell'attività del Garante in prima battuta, e dalla disamina dei provvedimenti emessi in secondo grado dal T.A.R., è dunque possibile evincere le principali linee di tendenza nell'applicazione della normativa. L'attività svolta dall'Autorità deve ritenersi, in primo luogo, funzionalmente diretta a riequilibrare le differenti posizioni dei soggetti che operano all'interno del mercato, cercando, tendenzialmente, di porre tutti i soggetti che svolgono funzioni omologhe nelle medesime posizioni.



CAPITOLO IV

LA PUBBLICITA' INGANNEVOLE NELL'AMBITO DEL CODICE DELL'AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA


Rosella Strangio – GianMaria Pesce - Giovanni Adamo*

1. Il sistema del Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria.

Il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria costituisce un fenomeno di natura privatistica di regolamentazione della pubblicità commerciale e nasce dall'esigenza, sempre più avvertita dagli operatori commerciali, e più specificatamente dagli operatori che esercitano la loro attività nel campo della pubblicità, di conformare il proprio comportamento a regole di correttezza. E' stato emanato, nel 1966, dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, associazione non riconosciuta, costituita da organismi rappresentativi delle diverse categorie di operatori pubblicitari (tra cui le agenzie pubblicitarie, i mezzi di diffusione, loro concessionari), per far fronte alla mancanza, all'epoca, di una disciplina statale sul fenomeno pubblicitario. Attraverso il Codice di Autoregolamentazione Pubblicitaria (d'ora innanzi: CAP) venne introdotta, dunque, un'autodisciplina di settore basata su regole di deontologia professionale, determinante la sottomissione degli operatori a norme di comportamento comuni e attestante la previsione di appositi meccanismi coercitivi per il rispetto delle stesse. Lo scopo del CAP è quello di assicurare che la comunicazione commerciale⁹², nello svolgimento del suo ruolo fondamentale all'interno del processo economico, anche come mezzo di competizione tra concorrenti, sia realizzata come servizio per il pubblico “*con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore*”⁹³. L'autodisciplina pubblicitaria, dunque, sottoponendo gli operatori del settore a regole di condotta, tutela non solo l'interesse (anche e


92 Agli effetti delle Norme Preliminari e Generali del CAP lett. e), per “comunicazione commerciale” si intende: “la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI. Non comprende le politiche commerciali e le tecniche di *marketing* in sé considerate”.

93 Norme Preliminari e Generali lett. a)



soprattutto concorrenziale) dell'imprenditore a non essere leso dalla scorretta comunicazione commerciale altrui, ma anche, e soprattutto quello del fruitore del messaggio a non venire sviato nelle proprie scelte di consumo o a non essere altrimenti pregiudicato da messaggi pubblicitari, anche eventualmente nelle proprie convinzioni morali o ideali⁹⁴. Sotto il profilo del fruitore del messaggio, il Codice ha colmato un vuoto di tutela, mentre la giurisprudenza ha riconosciuto nella pubblicità menzognera una condotta concorrenzialmente sleale in quanto contraria ai principi di correttezza professionale rendendo azionabili, in favore dell'imprenditore, gli strumenti di cui agli art. 2598 e ss. del Codice Civile (disciplina soggettivamente delimitata ai casi di sussistenza di rapporto concorrenziale tra imprenditori), il consumatore restava sprovvisto di protezione nei confronti del sistema pubblicitario e veniva tutelato solo in via eventuale ed indiretta, ossia solo e nella misura in cui il messaggio pubblicitario fosse lesivo *anche* di interessi di natura imprenditoriale. Il Codice assicura quindi che la comunicazione commerciale sia onesta, veritiera e corretta. A fronte di questo specifico obiettivo, il CAP è vincolante per aziende che investono in pubblicità, agenzie, consulenti pubblicitari, mezzi di diffusione della pubblicità, le loro concessionarie e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto di pubblicità. Il Codice è accettato e sottoscritto da tutte le associazioni ed enti che costituiscono l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, ossia dalle principali associazioni di utenti, professionisti e mezzi pubblicitari quali l'Upa, Fieg (Federazione Italiana Editori Giornali), Rai, Sipra, Fip, in pratica, dalla quasi completa generalità degli operatori italiani del settore. Gli enti firmatari si impegnano ad osservare le norme del Codice e dei Regolamenti autodisciplinari, vigilano sull'osservanza delle stesse da parte dei loro associati, danno adeguata pubblicità alle

94 Si pensi, in proposito, alle disposizioni di cui agli artt. 8, 9, 10 C.A.P., i quali vietano lo sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura, nonché affermazioni o rappresentazioni tali da urtare la sensibilità dei consumatori o da offendere le convinzioni morali, civili o religiose dei cittadini. In particolare l'art. 8 stabilisce “*la pubblicità deve evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, dalla paura*”; gli artt. 9 e 10 stabiliscono, rispettivamente, che “*la pubblicità non deve contenere affermazioni o rappresentazioni di violenza o morale o tali che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori, debbono ritenersi indecenti, volgari o ripugnanti*” e “*la pubblicità non deve offendere le convinzioni morali, civili e religiose dei cittadini. La pubblicità deve rispettare la dignità della persona umana in tutte le sue forme ed espressioni*”.



decisioni dell'organo giudicante (il Giurì), e adoperano i provvedimenti opportuni nei confronti degli operatori associati che non osservino le decisioni prese dall'organo stesso.


Gli organismi aderenti, inoltre, per meglio assicurare l'osservanza delle decisioni dell'organo giudicante si impegnano a fare in modo che ciascun soggetto associato inserisca nel proprio contratto una speciale *clausola di accettazione* del Codice, dei Regolamenti disciplinari, delle decisioni assunte dal Giurì e delle ingiunzioni del Comitato di controllo divenute definitive. Inoltre, in forza della clausola di accettazione inserita nei contratti *standard* di inserzione, anche la comunicazione commerciale dell'utente, dell'agenzia o del professionista che non appartengano alle associazioni di cui sopra è soggetta al Codice e deve rispettare le decisioni dei suoi organi. Le norme del CAP sono altresì accolte come “usi e consuetudini commerciali” da varie Camere di Commercio (tra cui ricordiamo quelle di Torino, Milano, Vicenza, Bari), e sono state riconosciute anche dalla sentenza n. 1529 del 15 febbraio 1999 della Corte di Cassazione come parametri di valutazione del principio di correttezza professionale in campo pubblicitario, in quanto espressione di quel dover essere dei comportamenti (inteso come il costume professionale e commerciale eticamente qualificato), alla cui tutela l'art. 2598 n. 3 del Codice civile è finalizzato. Molte delle norme raccolte in questo Codice sono comuni ad altri settori normativi. Tra le altre, il divieto di concorrenza sleale o di pubblicità denigratoria è presente nel Codice Civile e ammette una tutela giuridica anche presso i giudici ordinari. Le stesse disposizioni, e altre tra quelle menzionate, sono affidate all'ulteriore tutela dell'Autorità Garante della libera concorrenza. Altre, invece, come ad esempio il divieto di messaggi pubblicitari volgari, sono oggetto specifico della tutela del Giurì. Questi diversi tipi di protezione giuridica non sono tra loro interferenti, in quanto fanno capo a responsabilità e riguardano situazioni del tutto diverse. Nella specie il Giurì fa valere una responsabilità contrattuale, in conseguenza del fatto che in tutti i contratti pubblicitari degli associati all'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria è inserita la clausola di accettazione delle norme del Codice e di sottoposizione al giudizio del Giurì per il rispetto delle stesse. L'Autorità Antitrust fa valere invece una responsabilità “amministrativa”, nel senso che i messaggi



pubblicitari che dovessero essere riconosciuti contrari ai principi che l'Autorità stessa è chiamata a tutelare, comportano in chi li ha posti in essere una responsabilità sottoposta alle sanzioni irrogabili dall'Autorità medesima. Il Giudice ordinario, invece, fa valere la responsabilità civile con la conseguente sanzione del risarcimento del danno. In pratica, la disciplina di autoregolamentazione nasce come volontaria ma a conti i fatti la larga generalità della pubblicità e dei pubblicitari italiani sono soggetti ad essa.

2. Il concetto di ingannevolezza ai fini del CAP.

Nell'ordinamento autodisciplinare il divieto di pubblicità ingannevole assume contenuti peculiari che valgono a caratterizzarne la portata ed il significato rispetto ai divieti, sia generali che speciali, di fonte statale, solo apparentemente omologhi. Si tratta di un precetto che scaturisce dall'autonomia privata la quale, per quanto possa recepire e fare propri valori generali dell'ordinamento, lo fa in assoluta autonomia dai fini e dagli scopi di quest'ultimo. L'obbligazione di verità nella comunicazione pubblicitaria ai fini dell'autonomia dell'ordinamento autodisciplinare ha condotto la giurisprudenza del Giurì ad attribuire all'obbligazione di verità significati che, solo occasionalmente, convergono o coincidono con le determinazioni raggiunte in sede giurisdizionale. Ai fini dell'art. 1 del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, *“La comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta”*. Per comunicazione commerciale ingannevole il successivo art. 2 del C.A.P., stabilisce che *l'ingannevolezza si identifica con ogni dichiarazione o rappresentazione “tale da” indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente eccessive, “specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l'identità delle persone rappresentate, i premi o riconoscimenti”*. A differenza di ciò che invece si realizza in ambito giurisdizionale, l'illecito autodisciplinare previsto dall'art. 2 non è necessariamente integrato dall'estremo del significativo pregiudizio del comportamento economico del consumatore. La valutazione di ingannevolezza si basa principalmente su comunicazioni intese a descrivere il prodotto ed il servizio reclamizzato valorizzandone determinati aspetti funzionali. Il campo di applicazione dell'art. 2 del C.A.P. ha ad oggetto comunicazioni che intendono appellarsi alla capacità di



valutazione del consumatore fornendogli informazioni che dovrebbero persuaderlo dall'acquisto. È dunque sulle circostanze specifiche, sui fatti, sul dato informativo che può basarsi la valutazione in termini di vero o falso, l'art. 2 enuncia quali sono i profili che possono essere assoggettati al test di ingannevolezza *“le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l'identità delle persone rappresentate, i premi o riconoscimenti?”*, tale elencazione ha comunque portata solo esemplificativa cosicché *“la violazione dell'art. 2 c.a. Non è esclusa dalla circostanza che questa norma vieti soltanto la pubblicità non veritiera relativa alla “diffusione” di un prodotto editoriale, e non anche quella relativa alla sua “lettura”: perché l'art. 2 contiene una clausola generale di divieto della pubblicità ingannevole e una elencazione esemplificativa di elementi sui quali la pubblicità non deve offrire indicazioni non veritiere”*⁹⁵. Queste considerazioni riguardano non solo le *dichiarazioni* veicolate attraverso la comunicazione pubblicitaria, ma anche le *rappresentazioni* di cui questa si giova. Per fare un esempio, il Giurì ha ritenuto contrastante con il divieto di cui all'art. 2, lo spot in cui un giornalista televisivo reclamizzava un prodotto in un finto telegiornale⁹⁶. L'ingannevolezza nella rappresentazione sussiste anche quando il messaggio reclamizzato, per essere correttamente compreso, deve essere messo in relazione con precisazioni fornite con caratteri grafici così minuscoli e di così difficile lettura e comprensione da dare luogo ad una fattispecie di ingannevolezza. Il Giurì ha ritenuto ingannevole *“il messaggio pubblicitario che, a causa della sua struttura grafica, presenti un significato sintetico, espresso della headline e facilmente percepibile, e un significato analitico di non agevole lettura, quanto il secondo risulti penalizzante e riduttivo rispetto al primo”*⁹⁷. Si tratta di un orientamento, di cui ci si

95 Dec. n. 97/97/1 (Il mio cavallo S.r.l. c. Solitarie S.r.l., Rc. S. Pubblicità S.p.A., Poligrafici Editoriale S.p.A.)

96 Dec. n. 46/96/1 (Comitato di Controllo c. Procter & Gamble Italia S.p.A., Prenatal S.p.A., Publitalia '80 S.p.A., RAI Radiotelevisione Italiana)

97 Dec. n. 159/99/3 (Mediamarket S.p.A., Marco Polo S.n.c., G5 S.p.A., Editoriale Bresciana S.p.A.), in relazione alla pubblicità a stampa e a mezzo volantino di un'operazione di credito al consumo in cui campeggia a caratteri cubitali l'indicazione *“a tasso zero”*, accompagnata dalla specificazione, sempre a caratteri molto evidenti *“Compra oggi e pagherai con sei comode rate mensili a tasso zero”*, laddove solo un'avvertenza posta in verticale in corrispondenza del margine sinistro dell'inserzione e scritta in caratteri molto piccoli ammoniva: *“Promozione a tasso zero, fino al 28/02/1999 e valida per un acquisto minimo di lire 500.000, cumulabile. Promozione a tasso zero valida su prodotti contrassegnati – Tan 0 e Taeg 0 – salvo errori tipografici – Fino ad esaurimento scorte. Le foto riprodotte non sono vincolanti?”*.




occuperà in maniera approfondita nel paragrafo 5, documentato ampiamente dalle pronunce del Giurì soprattutto in materia di pubblicità dei servizi telefonici, soprattutto per quanto riguarda l'indicazione dei profili tariffari e delle percentuali di territorio nazionale coperte dal servizio. Esistono, poi, tipologie di comunicazione che si sottraggono all'ambito di applicazione del divieto, in quanto l'interesse dei consumatori all'informazione sul prodotto reclamizzato, che viene effettuata attraverso un'enunciazione pacata, nel messaggio pubblicitario, delle caratteristiche e dei vantaggi reali del prodotto sia largamente favorita dal Codice di autodisciplina pubblicitaria⁹⁸, e persino raccomandata quando si tratti di prodotti o servizi di per sé scarsamente trasparenti (come nel caso dei prodotti di telefonia cellulare).

Dalle varie pronunce del Giurì sono emersi una serie di principi generali che mirano a regolare la conformità della comunicazione commerciale all'art. 2 del C.A.P. in particolare:

la sussistenza dell'illecito pubblicitario dell'ingannevolezza non presuppone la consapevolezza o l'intenzionalità dell'inserzionista, nella specie il Giurì ha ritenuto che *“la illiceità autodisciplinare di un annuncio ex art. 2 c.a. non è impedita dalla circostanza che le sue caratteristiche ingannevoli siano state eventualmente frutto di un errore incolpevole dell'agenzia o dell'inserzionista”*. Invece, non ricorre violazione *“quando l'ingannevolezza del messaggio dipende da un'involontaria difformità tra le promesse e le caratteristiche oggettive del prodotto se questa difformità gioca un ruolo particolare per una quantità di prodotti; e se, inoltre, l'inserzionista o l'autore della promessa ha fatto tutto il possibile per ovviare all'inconveniente facendo in modo che i consumatori ottengano*

98 Dec. 63/88/1 (Comitato di Controllo c. Plasmon Dietetici Alimentari S.p.A., Arnoldo Mondadori Editore S.p.A.), il Codice di Autodisciplina non può che essere largamente favorevole all'enunciazione pacata delle caratteristiche e dei vantaggi reali del prodotto reclamizzato; enunciazione che giova all'utente e corrisponde anche all'interesse dei consumatori all'informazione sul prodotto reclamizzato.

99 Dec. n. 22/93/01 (Comitato di Controllo c. Happening, R.C.S. Pubblicità S.p.A., Diagonale DV S.r.l.).




*esattamente ciò che era stato loro promesso*¹⁰⁰;

la decettività della comunicazione commerciale, attesa la sua grande attitudine di trarre in inganno l'utente, non potrebbe essere scriminata per legittima difesa in quanto non ci si può “*sottrarre al rispetto dell'art. 2 c.a. allegando il comportamento ingannevole tenuto da altri*”¹⁰¹;

L'obbligazione di verità sancita dall'art. 2 del C.A.P. assume, dunque, portata di clausola generale destinata a disciplinare tutte le tipologie di comunicazione pubblicitaria, anche in concorso con i più specifici doveri informativi che il Codice detta in relazione a dati prodotti o servizi o a specifiche modalità di vendita. Si tratta, pertanto, di un dovere generale, da far valere per ogni tipo di pubblicità, quale che sia il prodotto e quale che ne siano le modalità di commercializzazione e, in alcuni casi, può comportare ad un'attenuazione dei più specifici doveri informativi dettati dal Codice con riferimento alla particolare natura dell'oggetto della comunicazione pubblicitaria, atteso che nell'ipotesi concorso con l'art. 2 con l'applicazione degli “*artt. 17 (Vendite a credito), 18 (Vendite a distanza), 21 (Manifestazioni a premio), 27 (Operazioni finanziarie immobiliari), 28 (Viaggi organizzati) e 46 (Appelli al pubblico), sono consentiti messaggi che non contengono tutte le informazioni ivi previste, quando i messaggi stessi si limitino ad enunciazioni generiche*” (così art. 16, comma 2 del C.A.P.). Si è ritenuto, ad esempio, che la genericità del messaggio può comportare l'esonero dall'osservanza delle prescrizioni dell'art. 21 c.a. a condizione che il contenuto del messaggio, considerato a prescindere dalle rimanenti informazioni non fornite, non sia ingannevole. L'apprezzamento sulla veridicità di un messaggio presuppone un'esatta corrispondenza tra quanto dichiarato e rappresentato e la realtà. Partendo da questa equazione il Giurì:

100 Dec. n. 40/92/2 (Federconsumatori Nazionale, Federconsumatori Regionale c. Procter&Gamble Italia S.p.A.), in ordine alla pubblicità di un'operazione a premi a cui erano ammessi a partecipare gli acquirenti in possesso di prove di acquisto di colore “blu”, mentre per un errore involontario alcune partite di prodotti erano state immesse in commercio con prove di acquisto di colore “rosso”.

101 Dec. n. 1/88/1 (Industrie Zanussi S.p.A. c. Candy Elettrodomestici S.p.A., R.C.S. Pubblicità S.p.A., Arnoldo Mondadori Editore, Rusconi Editore S.p.A.) in ordine ad una pubblicità di lavastoviglie Candy caratterizzata dallo slogan “*18 minuti di silenzio per parlare d'altro*”.



ha considerato ingannevole l'impiego del termine *“in pronta consegna”* in rapporto a prodotti che dovevano invece essere prelevati di volta in volta ad opera dei singoli rivenditori presso depositi anche lontani, attesa l'idoneità dell'espressione ad introdurre *“l'aspettativa che il prodotto pubblicizzato sia disponibile immediatamente, e cioè senza particolari tempi tecnici”*;

ha ritenuto che *l'uso pubblicitario dei termini che indicano “sicurezza”, “certezza” e “infallibilità” richiede assoluta chiarezza ed univocità, e contrasta con l'art. 2 del c.a. quando l'utilizzazione del prodotto reclamizzato (nella specie: un test per la determinazione dei giorni fecondi) può dimostrarsi efficace solo se accompagnata da particolari cautele (pur indicate nel messaggio pubblicitario)¹⁰²;*

ha ritenuto *ingannevole la pubblicità che presenti in termini assoluti la caratteristica dell'idrosolubilità e biodegradabilità del prodotto (accompagnandole con gli avverbi “totalmente” e “completamente”) che il prodotto possieda solo in parte¹⁰³;*


ha ammesso un piccolo margine di tolleranza nei casi in cui la pubblicità ha ad oggetto la comunicazione di dati e situazioni di notevole complessità. Nella specie non viene considerata decettiva *“una inveridicità riferita all'1% dei potenziali clienti”* di una compagnia assicuratrice in rapporto a polizze assicurative, particolarmente innovative, per responsabilità auto¹⁰⁴;

ha stabilito che non contravviene, infine, all'obbligazione di verità l'impiego in pubblicità di figure retoriche, come ad esempio la *sineddoche*, che consente di designare *“un prodotto col nome di un ingrediente quando quest'ultimo lo caratterizzi rispetto ad altri dello stesso genere e ciò sia usuale e, in certa misura, necessario, per farne conoscere le caratteristiche specifiche: ed a condizione che l'ingrediente sia stato effettivamente utilizzato nella*

102 Dec. n. 121/96/1 (Comitato di Controllo c. Audiotex Roma S.p.A., Telereporter, TRA Reti Televisive Associate Pubblicità S.p.A.).

103 Dec. n. 165/97/4 (Kimberly Clark Europe, Scott S.p.A. c. Soffass S.p.A.).

104 Dec. n. 123/98/2 (Comitato di Controllo c. Lloyd 1885 S.p.A., Landò Nardi S.r.l., Editoriale La Repubblica S.p.A., Editoriale L'Espresso S.p.A., A. Manzoni & C. S.p.A.).



preparazione del prodotto e lo caratterizzò in misura apprezzabile dal punto di vista della sostanza o da quello organolettico¹⁰⁵.

Il principio di “autosufficienza del messaggio pubblicitario” nell'applicazione dell'articolo 2 del C.A.P. non consente che la decettività di un'informazione incompleta o tendenziosa o ambigua, di per sé idonea a provocare un primo impatto sul consumatore capace di polarizzare la sua attenzione, possa essere sanata da rettifiche, chiarimenti o integrazioni fornite successivamente attraverso il regolamento contrattuale di servizio, l'etichetta sulla confezione del prodotto, rettifiche anche se inserite nello stesso annuncio, successive integrazioni correttive, l'attento esame di ulteriore documentazione informativa; ad esempio attraverso un successivo avvertimento *“scritto in caratteri talmente minuti ed in una collocazione talmente marginale che non può essere colto dal lettore normale dell'annuncio”*¹⁰⁶. Stessa situazione, si verifica nel momento in cui il rinvio ad ulteriori specificazioni sia contrassegnato da un asterisco di ridotte dimensioni *“ad ulteriori affermazioni che precisano il significato di un annuncio pubblicitario, percepibile soltanto da un lettore attento ai dettagli”*¹⁰⁷;

ha stabilito che il test di ingannevolezza deve essere, pertanto, applicato al messaggio secondo i contenuti e gli effetti che lo stesso veicola al momento del suo primo impatto sul pubblico dei consumatori, viene dunque considerato ingannevole anche il significato mendace a cui si potrebbe rimediare con l'esercizio di una particolare attenzione da parte del consumatore.

In definitiva la conformità della comunicazione commerciale alle norme del Codice va valutata con riguardo al primo momento della sua diffusione, ossia al momento del primo contatto tra operatore e consumatore che sia suscettibile di stimolare un

105 Dec. n. 1/93/1 (Assolatte – Associazione Italiana Lattiera c. Barilla G& R F.li S.p.A.).

106 Dec. n. 176/82/2 (Comitato di Controllo c. PN Prodotti Naturali S.r.l., A. Mondadori Pubblicità S.p.A., Rusconi Editore S.p.A., Rusconi Pubblicità S.p.A.)

107 *“L'ingannevolezza e l'illiceità di un annuncio ex art. 2 c.a. non è evitata da un asterisco pubblicato nella headline, che rinvia ad una precisazione scritta in caratteri minuti a fine testo: perché occorre astenersi da ogni forma di mendacio e non solo dal mendacio rimediabile con l'esercizio di una particolare attenzione da parte del consumatore”*, Dec. n.227/97/2 (Merloni Elettrodomestici S.p.A. x. Bse Elettrodomestici, nonché Dec. n. 160/92/1 (Ing. C. Olivetti & C. c. Helwett Packard S.p.A.).



interesse, una curiosità di quest'ultimo, e che inneschi nello stesso un processo psicologico che lo induca all'acquisto del prodotto reclamizzato.

Da ciò ne discende che:

l'art. 2 non si limita ad imporre che gli annunci che reclamizzano particolari vantaggi debbano essere oggettivamente veritieri, ma esige che l'utente organizzi i propri annunci in modo che il consumatore possa sempre controllare direttamente la verità senza necessità di richiedere informazioni aggiuntive al produttore;

la possibilità, riconosciuta al consumatore, di poter restituire il prodotto pubblicizzato dopo averlo acquistato non fa venir meno la violazione dell'art. 2, in quanto né la restituzione del prodotto, né il rimborso del prezzo varrebbero a risarcire il danno psicologico subito da chi sia stato illuso dalla contrarietà di un messaggio alle norme del Codice.

L'osservanza del dovere di verità presuppone una valutazione complessiva del significato veicolato dalla comunicazione commerciale, ma non impone un dovere di chiarezza espositiva, nel senso del dovere di fornire nella pubblicità tutte quelle informazioni aggiuntive che risultino idonee per la natura del prodotto o del servizio pubblicizzato. È necessario, ai fini della violazione dell'art. 2 de C.A.P., che vi sia un contrasto accertato fra il contenuto sintetico del messaggio e la sua esplicitazione successiva. È ingannevole una pubblicità caratterizzata da mancanza di chiarezza nel messaggio che si risolve nell'ambiguità del testo pubblicitario, ad esempio una presentazione omissiva, insidiosa, fuorviante che consente una molteplicità di interpretazioni, oppure nel caso in cui vi sia una totale assenza di precisione o di completezza che induce in errore il consumatore, restando irrilevante che al potenziale acquirente le ambiguità vengano chiarite in seguito. Ai fini della valutazione circa l'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario il Giurì ha assunto il parametro del consumatore medio italiano, o meglio quello del consumatore più spovveduto, ossia del fruitore sprovvisto di specifiche cognizioni e, allo stesso tempo, facilmente più "impressionabile" dalla promessa pubblicitaria di volta in volta considerata. Con riferimento, da ultimo, alle fattispecie escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 2 del C.A.P., il Giurì, con le sue pronunce, ha ripetutamente



affermato la correttezza delle comunicazioni pubblicitarie “iperboliche”. Ossia di quelle comunicazioni in cui le caratteristiche e gli effetti del prodotto sono talmente esagerate fino all'assurdo da risultare non credibili per il consumatore. Il carattere palesemente iperbolico di un'esagerazione pubblicitaria può avere ad oggetto non solo le caratteristiche e gli effetti del prodotto, ma anche la relazione causale tra il prodotto e una data immagine pubblicitaria.

3. Gli Organi del Sistema Autodisciplinare

Se alla base di ogni esperienza autodisciplinare vi è un'assunzione di responsabilità settoriale basata su regole di deontologia professionale, i risultati raggiunti dell'esperienza autodisciplinare italiana nel campo della pubblicità la rendono per molti versi qualcosa di unico per le implicazioni giuridiche che il suo instaurarsi ha disvelato. Fra gli aspetti particolarmente significativi del sistema autodisciplinare della pubblicità, vi è certamente la figura dell'organo giudicante: il Giurì.

Il Giurì della pubblicità è un giudice privato, la cui istituzione deriva da un accordo fra tutti gli operatori che esercitano la loro attività nel campo della pubblicità, diretto a garantire l'osservanza e l'applicazione del Codice di autodisciplina che gli operatori medesimi si sono dati. La tutela apprestata dal Giurì è, comparativamente, la più rapida, fra quella apprestata dall'Antitrust e dalla giustizia ordinaria, ad essere attivata ed a giungere ad una conclusione finale. Il Giurì che, con le sue pronunce, costituisce il più qualificato punto di riferimento nell'applicazione delle norme e dei principi del Codice ai casi concreti, è composto da membri nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria e scelti tra esperti di diritto, di problemi dei consumatori e di comunicazione. Si tratta di membri, dunque, di grande levatura culturale e professionale con specifiche competenze nelle discipline più confacenti alla loro mansione. A maggior garanzia dell'indipendenza dei giudizi, i membri del Giurì non possono essere scelti fra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina della comunicazione commerciale, nessuno dunque è direttamente o personalmente impegnato in attività pubblicitarie. Il Presidente, sin dall'inizio dell'autodisciplina, è da sempre un alto magistrato. Accanto al Giurì, ma in totale separazione da esso, opera il "Comitato di controllo", che è un organo dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, dotato di indipendenza, al quale spetta il



potere di azione nel caso in cui un messaggio pubblicitario sia ritenuto contrastante con il Codice di autodisciplina sotto il profilo della tutela dei consumatori. Su segnalazione dei consumatori, di loro associazioni, o in virtù dell'attento monitoraggio svolto dai componenti del Comitato medesimo, lo stesso sottopone al Giurì le comunicazioni commerciali ritenute non conformi alle norme del Codice, può invitare l'inserzionista, l'agenzia pubblicitaria o il "mezzo" a rettificare la comunicazione commerciale ritenuta difforme, può emettere ingiunzioni di desistenza di fronte a comunicazioni commerciali palesemente contrarie alle norme del Codice e, su richiesta della parte interessata, esprime in via preventiva il proprio parere su comunicazioni commerciali non ancora diffuse.

Il Comitato, dunque, ha un autonomo potere di sospendere una certa comunicazione commerciale, potere che nei casi di evidente infrazione del Codice di autodisciplina può esercitare d'ufficio. L'effetto sospensivo dura 10 giorni, entro i quali, se non è contestato dalla parte resistente, si traduce nell'effetto definitivo di proibire la pubblicità colpita. Qualora il Comitato non dovesse ritenere fondate le motivazioni dell'eventuale opposizione, gli atti vengono trasmessi al Presidente del Giurì che disporrà il provvedimento da assumere. Contrariamente a quanto accade nel procedimento che si svolge avanti l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (nel quale è ammessa soltanto un'audizione degli interessati), quello che si svolge davanti al Giurì presenta tutti i caratteri del procedimento giurisdizionale. Anche in questa sede, pertanto, il diritto di difesa così come sancito *ex art. 24 Cost.*, è effettivamente garantito alle parti in ogni momento del procedimento. Ma procediamo con ordine.

Chiunque ritenga di subire un pregiudizio da una comunicazione commerciale contraria al Codice di Autodisciplina, veicolata da un operatore che abbia accettato il Codice stesso, può richiedere l'intervento del Giurì. La parte interessata deve presentare una istanza scritta contenente:

- l'indicazione della comunicazione commerciale ritenuta non conforme al Codice;
- l'esposizione delle proprie ragioni;
- l'allegazione della relativa documentazione;
- i diritti d'istanza.



Ricevuta l'istanza, la presidenza del Giurì nomina fra tutti i membri del Giurì un relatore e, se necessario, un consulente tecnico esperto nella disciplina oggetto del contendere. Dispone, poi, la comunicazione degli atti alle parti convenute (che possono farsi assistere e rappresentare da legali e consulenti), assegnando loro un termine compreso tra otto e dodici giorni per il deposito di eventuali deduzioni e documenti e dispone infine la convocazione delle parti per la discussione orale entro un termine che dovrà essere il più breve possibile. Alla discussione partecipa un rappresentante del Comitato di Controllo appositamente delegato ed il consulente tecnico eventualmente designato. Nei procedimenti ad istanza di parte, il Giurì può chiedere, dietro fissazione di apposito termine per il deposito, un parere consultivo scritto al Comitato. Una volta completata la discussione orale il Giurì, se ritiene la pratica sufficientemente istruita, emette la propria decisione. Nel caso in cui ritenga sia necessario acquisire ulteriori elementi di prova, dispone che l'assunzione avvenga ad opera del relatore che, effettuata l'attività di assunzione degli atti istruttori necessari, restituisce gli atti al Giurì. Se la pratica è sufficientemente istruita, dunque, al termine della discussione, il Giurì si ritira in camera di consiglio ed invita, nel caso sia stato designato, il consulente tecnico (il quale non ha diritto di voto) a partecipare alla seduta. Il Giurì pronuncia la sua decisione ed effettua immediata comunicazione del dispositivo alle parti e, se la comunicazione è risultata essere non conforme al Codice dispone, con provvedimento succintamente motivato, che le parti desistano dalla stessa. Avverso l'ingiunzione di desistenza le parti possono proporre motivata opposizione al Comitato di Controllo nel termine di dieci giorni, in caso di mancata presentazione dell'opposizione, in caso di assenza di motivazione, o se non viene rispettato il termine perentorio di dieci giorni, l'ingiunzione acquista efficacia e le parti sono tenute a conformarsi. Se invece l'opposizione è proposta nel termine ed è motivata, l'ingiunzione si considera sospesa. Il Presidente del Comitato, avuto riguardo alle considerazioni ed alle ragioni opposte dalle parti, può decidere, sentito il Comitato, di revocare l'ingiunzione ed archiviare il caso, oppure, in caso contrario provvede a trasmettere gli atti al Presidente del Giurì con relativa motivazione. Quest'ultimo se ritiene opportuna una decisione del Giurì, convoca le parti per la discussione e l'ingiunzione, con ciò, si considera revocata. Tutte le decisioni del Giurì, nel più breve tempo possibile, sono pubblicate a cura della Segreteria dell'Istituto nel



sito Internet e nella banca dati dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria con l'indicazione dei nomi delle parti cui si riferiscono. In ordine alla vincolatività delle decisioni del Giurì emerge che i mezzi di comunicazione attraverso i quali viene divulgata la comunicazione commerciale che abbia accettato, direttamente o tramite le proprie Associazioni, il Codice di Autodisciplina, anche se non sono stati parti del procedimento avanti al Giurì sono tenuti ad osservarne le decisioni. Nel caso in cui chi è tenuto ad uniformarsi alle decisioni del Giurì o del Comitato di Controllo non vi si attenga entro il termine appositamente previsto, il Giurì o il suo Presidente rinnovano l'ordine di cessazione della comunicazione commerciale interessata dal provvedimento e dispongono che sia divulgata presso il presso il pubblico l'inottemperanza al provvedimento stesso. Infine, esulano dall'esame del Giurì *“tutti i profili di illiceità che riguardano il confronto tra prodotti non concorrenti”*, in quanto si tratta di elementi *“irrelevanti in quanto non collegati con l'interesse il cui pregiudizio legittimo (l'istante) alla presentazione dell'istanza”*¹⁰⁸. L'autodisciplina nasce da un atto negoziale che è espressione di autonomia privata, cioè di quel potere di autoregolamentazione che la legge riconosce ai privati, si tratta, in pratica, di un ordinamento diverso da quello statale, che si legittima nei confronti di quest'ultimo solo qualora non contrasti con norme imperative di legge, con l'ordine pubblico o con il buon costume. L'autodisciplina è dunque un sistema avente origine e natura negoziale che si pone su un piano distinto, parallelo ma non interferente con quello dell'ordinamento statale. Le norme dell'autodisciplina si non vengono certo a supplire alla normativa statale, né si pongono in condizione di sussidiarietà rispetto a questa; al contrario, si instaura un rapporto di complementarietà. Infatti, prima dell'emanazione del D.Lgs. n. 74 del 25 gennaio 1992 (che è stato il primo intervento legislativo italiano di portata generale in tema di pubblicità e che ha attribuito la competenza ad applicare la disciplina in materia di pubblicità ingannevole alla Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'AGCM- istituita con legge n. 287/1990, in attuazione della Direttiva CEE n.84/450), al di là della possibilità di ricorrere al giudice ordinario qualora fosse

108 Cfr. la dec. n. 1/90 (F.I.P.E. - Federazione Italiana Pubblici Esercizi c. Hoonved S.p.A., R.C.S. Pubblicità S.p.A.) nonché le pronunce nn. 137/93 (Federvini c. Traper's S.r.l., De Mitri e Di Gioia, Editoriale La Repubblica S.p.A., A. Manzoni & C. S.p.A.) e 2/92 (Italcomma S.r.l. c. Mediolanum Assicurazioni, Pubblitalia '80 S.p.A., Life)



invocabile la disciplina degli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., la sindacabilità dell'*advertising* era esperibile, nell'ordinamento italiano, mediante il solo ricorso a clausole generali. In tale situazione di disordine e di vuoto normativo, largo spazio è stato assunto dalla autonomia negoziale, che ha originato un ordinamento derivato, qual è quello facente capo all'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP). Sin dall'origine non vi è stata né identificazione, né alternanza fra l'ordinamento statale e quello autodisciplinare, nel senso che il ricorso all'uno o all'altro degli organi giudicanti dei due sistemi non preclude né condiziona la possibilità di ricorrere all'altro, né vincola le rispettive decisioni. Si tratta, dunque, di due ordinamenti distinti e paralleli, i quali possono però in alcuni casi sovrapporsi cosicché un determinato comportamento possa risultare illecito per entrambi. Può anche accadere che la violazione di una norma statale non integri necessariamente un illecito autodisciplinare. Ove ricorra tale ipotesi, l'eventuale censura dell'Autorità statale ad un messaggio pubblicitario in forza di una normativa statale violata, non vincolerà necessariamente la pronuncia dell'organo di autodisciplina, che valuta solo la conformità della comunicazione promozionale alle regole del C.A.P.. Analogamente, potrà accadere che talune comunicazioni pubblicitarie siano censurabili in applicazione delle regole di comportamento contenute nel Codice, ancorché legittime secondo l'ordinamento statale. Il procedimento azionabile innanzi al Giurì è qualificabile, da parte della dottrina maggioritaria, come arbitrato irrituale, nel quale le parti affidano all'arbitro il compito di definire in via negoziale una controversia fra loro insorta, mediante composizione amichevole, transazione o negozio di mero accertamento. Nulla impedisce ai soggetti aderenti al C.A.P. Di convenire, mediante apposito compromesso, la rimessione della soluzione della controversia ad un arbitro piuttosto che al giudice ordinario, e di investire di tale compito il Giurì autodisciplinare. Ciò è previsto espressamente dall'art. 32 del C.A.P., lett. a): *“nelle vertenze nelle quali non sia coinvolto l'interesse del consumatore, il Giurì, su concorde istanza delle parti, può costituirsi in collegio arbitrale irrituale decidendo con un lodo”*. La decisione che ne consegue, qualora la stessa possa dirsi viziata nei modi previsti dalla disciplina civilistica dei vizi del consenso (art. 1427 e ss. c.c.), può essere impugnata avanti al giudice ordinario. Il Giurì è organo espressione di un ordinamento autonomo e distinto rispetto a quello statale, la cui attività ha valenza solo



all'interno del sistema di cui è proiezione. Al di fuori di quest'ambito la sua attività diviene mero fatto, fonte di responsabilità aquiliana se causa di danno ingiusto. In ordine ai rapporti tra le decisioni del Giurì e quelle emanate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), bisogna evidenziare che l'eventuale scelta di ricorrere al sistema di autodisciplina non comporta alcuna irrimediabile incisione nel rapporto controverso, infatti, le parti potranno sempre decidere di riproporre al vaglio della medesima comunicazione pubblicitaria innanzi all'Autorità garante, la cui competenza non è affatto preclusa, né in alcun modo limitata, dall'eventuale ricorso autodisciplinare. Semmai la precedente pronuncia del Giurì, nel caso in cui sia stata ottenuta, attraverso la stessa, la cessazione della comunicazione commerciale in via autodisciplinare, può avere l'effetto concreto di rendere superfluo il ricorso all'Autorità garante, poiché verrebbe meno l'interesse delle parti a ricorrere all'organo statale. Ed è proprio in questo effetto che si concretizza la funzione di “strumento di prevenzione” che la legge riconosce all'autodisciplina. L'intervento dell'Autorità potrà essere così ristretto ai casi necessari, ossia quando la pubblicità non sia già cessata per effetto della pronuncia autodisciplinare, con evidente incremento della incisività e speditezza dell'azione amministrativa, qual è quella dell'Autorità. Nonostante la legge nulla dica in proposito, è opinione unanime in dottrina che la decisione emessa dal Giurì, o da altro organismo autodisciplinare, non possa avere alcun effetto vincolante per la decisione dell'Autorità che, nonostante possa tenere in debito conto la decisione autodisciplinare, si può, comunque, discostare.

4. Le sanzioni

Tra le sanzioni può innanzi tutto rientrare la pronuncia di mero accertamento dell'illecito autodisciplinare (art. 38 C.A.P.): che, come tutte le decisioni del Giurì, viene successivamente pubblicata in forma di massime. La principale sanzione prevista dal C.A.P. è l'*inibitoria*, cioè l'ordine di cessare la pubblicazione e la diffusione degli annunci pubblicitari in contrasto con la normativa autodisciplinare. Ulteriore sanzione, prevista per i casi più gravi di violazione delle norme dell'autodisciplina, è la *pubblicazione della decisione*. Mentre, la sanzione più grave, consiste nella *pubblicazione dell'accertamento dell'inosservanza delle decisioni* degli organi autodisciplinari, ed in particolare dell'*inibitoria* e dell'*ingiunzione di desistenza* che,



come tutte le sintesi delle decisioni del Giurì, nonché le ingiunzioni di desistenza del Comitato di Controllo, dal 1997, ossia da quando l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria ha un proprio sito internet (www.iap.it), vengono pubblicate nella apposita sezione "Le decisioni del Giurì e del Comitato di Controllo". Il sito contiene, inoltre, numerose pagine di informazione sull'attività svolta dall'Istituto, sui vari servizi dallo stesso offerti, nonché sull'attività dell'Alleanza europea per l'etica in pubblicità. Una nuova sezione concerne la richiesta dei pareri preventivi in Italia e all'estero.

Ciò avviene anche allo scopo di far conoscere al pubblico, che solitamente ne percepisce la sola dimensione commerciale, il valore culturale della pubblicità insito nella sua capacità di rappresentare valori e modalità espressive della società, e di evidenziare la capacità della *business community* di esprimere un elevato grado di responsabilità sociale proprio attraverso l'azione dell'Autodisciplina pubblicitaria. La pronuncia del Giurì di autodisciplina o l'ingiunzione del Comitato di Controllo che ritengano una comunicazione commerciale contraria alle disposizioni del Codice comportano dunque l'immediata cessazione della sua diffusione. La portata di questa sanzione va considerata sotto più aspetti:

- 1) del danno derivante dalla mancata utilizzazione di una campagna, la cui preparazione (in termini di collaborazioni, ricerche, materiali) comporta costi spesso elevati, per lo più proporzionali all'entità della campagna;
- 2) il danno inferto all'attività commerciale dell'utente (si pensi, esemplificativamente, al caso tutt'altro che infrequente di prodotti in senso ampio "stagionali");
- 3) il valore morale della decisione, con i conseguenti riflessi sull'immagine aziendale, alla quale vengono dedicati sempre maggiori attenzioni e investimenti;
- 4) pena aggiuntiva, applicata nei casi più gravi o in caso di recidiva, rappresentata dalla pubblicazione di un estratto della decisione sul mezzo indicato nella pronuncia indicata dal Giurì.



5. La giurisprudenza del Giurì. Aspetti salienti e tendenze.

Sempre in ordine al concetto di ingannevolezza ai fini del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, dopo esserci soffermati, nel paragrafo 2, sugli aspetti generali dell'ingannevolezza, adesso analizziamo approfonditamente due tra i provvedimenti più recenti del Giurì per meglio poter comprendere quella che è, nel momento in cui si scrive, l'attuale tendenza. In particolare il Giurì nella pronuncia n. 44/2011 del 15 aprile 2011, si è trovato ad esaminare, su richiesta della Società Generale delle Acque Minerali a r.l. (d'ora in avanti: Lete), i messaggi pubblicitari veicolati dalla Società Ferrarelle S.p.A. (d'ora in avanti: Ferrarelle) incentrati sul *claim*: “*Prodotto a Impatto Zero*”, ritenuti in contrasto con gli artt. 1 e 2 del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria. Nella specie si trattava di un messaggio diffuso sulla confezione da n. 6 bottiglie di Ferrarelle, che riporta le diciture: “*Ferrarelle compensa la CO2 emessa per la produzione e tutela di nuove foreste*” e “*per maggiori approfondimenti www.ferrarelle.it*”, oltre al marchio “*Life Gate – Impatto Zero*” e l'espressione “*Prodotto a Impatto Zero*”. L'*headline* del secondo messaggio sotto esame recitava “*la prima acqua minerale ad impatto zero*” e descriveva un progetto di compensazione delle emissioni di CO2. Infine l'etichetta apposta sulle bottiglie presentava la medesima grafica “*Impatto Zero*”. Ad avviso dell'istante, i messaggi propalati da Ferrarelle erano ingannevoli in quanto idonei a far credere che l'intero processo produttivo e distributivo dell'acqua pubblicizzata fosse assolutamente privo di impatto sull'ambiente, aspetto, quest'ultimo, su cui di recente si è verificato forte aumento di sensibilità anche da parte del pubblico dei consumatori. In realtà, invece, sempre secondo la Società istante, il metodo di compensazione richiamato si limiterebbe a neutralizzare solo alcuni dei fattori inquinanti, e in particolare le emissioni di CO2. Inoltre, poi, il *claim* “*La prima acqua minerale a impatto zero*” induceva il consumatore a credere che Ferrarelle fosse stata la prima ed unica ad aver intrapreso l'iniziativa straordinaria atta ad azzerare l'impatto della propria attività sull'ambiente. Mentre ad avviso di Lete, le affermazioni sventolate da Ferrarelle non potevano essere verificati né sul sito stesso di Ferrarelle, né tantomeno sul quello della Soc. Life Gate (titolare del marchio “*Impatto Zero*”). Ferrarelle ha eccepito che a) i suoi messaggi si limitavano ad informare i consumatori del fatto che la Società stessa si era impegnata a compensare le emissioni di anidride



carbonica per i prodotti aventi il marchio “Impatto Zero”; b) che la *headline* fosse legittima, essendo stata Ferrarelle la prima acqua minerale ad avvalersi del marchio “Impatto Zero” concesso in licenza da Life Gate; infine, c) che non si configurava una situazione di “trascinamento” in quanto la grafica e i colori delle confezioni in esame differivano palesemente dalle altre confezioni Ferrarelle estranee al Progetto Impatto Zero. Il Giurì, dopo aver precisato che l’oggetto della valutazione non era il marchio “Impatto Zero”, ma l’uso pubblicitario dello stesso, ha ritenuto fondate le accuse di ingannevolezza mosse da Lete *“in quanto la formula “Impatto Zero” può lasciar intendere che tutti gli effetti negativi per l’ambiente siano compensati da iniziative filio-ambientali, mentre si è avuta compensazione solo per le emissioni di CO2. Ferrarelle, inoltre, non ha fornito alcuna prova a sostegno della tesi per cui l’espressione “Impatto Zero” abbia acquisito presso il pubblico italiano un significato circoscritto alla sola compensazione delle emissioni di CO2.* Il Giurì, dunque, esaminati gli atti e sentite le parti, dichiarava la pubblicità sotto esame in contrasto con l’art. 2 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale. Altra apprezzabile pronuncia del Giurì, in tema di ingannevolezza, è la n. 28/2011 del 15/3/2011. In pratica la Soc. L’Oréal Italia S.p.A. (di seguito L’Oréal) ha chiesto l’intervento del Giurì nei confronti di Beiersdorf S.p.A.(di seguito Beiersdorf), in ordine ad una comunicazione commerciale relativa alla linea di prodotti solari “Nivea Sun Procter & Bronze”, diffusa tramite le confezioni ed il sito internet dell’inserzionista, ritenendola in contrasto con gli artt. 2, 12 co. 2 e 15 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale. Secondo la ricorrente, la comunicazione indurrebbe in errore i destinatari in relazione alla promessa di intensificare il processo di abbronzatura svolgendo, contemporaneamente, un’azione protettiva dai raggi UV. La comunicazione sarebbe altresì in contrasto con l’art. 12, comma 2, perché enfatizzerebbe l’abbinamento abbronzatura-protezione, potendo indurre i consumatori, rassicurati dall’idea di potersi abbronzare liberamente perché protetti, a trascurare le normali regole di prudenza, con conseguente diminuzione del senso di vigilanza. Beiersdorf ha eccepito che: 1) la linea pubblicizzata contiene acido glicirretico, sostanza chimica estratta dalla radice della liquirizia che stimola la produzione naturale della melanina, responsabile dell’abbronzatura della pelle e agente protettivo dagli effetti dannosi delle radiazioni ultraviolette dei raggi solari; 2) i profili contestati riguarderebbero le confezioni della passata stagione, in quanto sulle



nuove sarebbero riportati *claim* differenti che evidenziano le caratteristiche dei prodotti, circoscrivendo la loro efficacia in termini di rapidità e intensità di abbronzatura rispetto ai soli prodotti sul mercato privi di attivatore di melanina; 3) i test di laboratorio prodotti da Beiersdorf dimostrerebbero la veridicità delle promesse, in relazione sia alla stimolazione del processo di melanogenesi che alla capacità protettiva dai raggi UV; 4) i solari pubblicizzati, avendo un fattore di protezione medio-basso, si rivolgerebbero a quella fascia di soggetti che in genere non utilizza creme protettive, esercitando quindi nei loro confronti un'azione educativa. Sul retro delle confezioni sarebbero peraltro indicate tutte le precauzioni da adottare. Il Giurì ha ritenuto che la portata innovativa di una promessa pubblicitaria in base alla quale una crema solare poteva accelerare ed intensificare il processo di abbronzatura e, al tempo stesso, proteggere dai raggi solari, avrebbe meritato di essere supportata da una prova tecnica di sostegno scientificamente fondata. Il test offerto dalla Società resistente non è stato ritenuto attendibile dal Giurì perché non produceva le reali condizioni di utilizzo del prodotto, poiché era stato condotto su un numero limitato di soggetti non esposti a radiazioni solari e, dunque, non ha consentito di verificare l'effettivo potenziamento del processo di "melanogenesi". Il Giurì ha rilevato il contrasto del messaggio pubblicitario sia con l'art. 2 che con l'art. 15 del CAP, in quanto gli stessi messaggi accreditano esplicitamente la convinzione del consumatore che il prodotto pubblicizzato sia "l'unico" a contemplare con speciali vantaggi la funzione abbronzante e la funzione protettiva (*"la prima protezione solare che ti regala un'abbronzatura veloce e naturale... incredibilmente più intensa... più rapida"*), svalutando dunque, arbitrariamente, gli analoghi prodotti in concorrenza. Il Giurì, pertanto, dichiarava la pubblicità in esame in contrasto con gli artt. 2 e 15 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, e ne ordinava la cessazione.