

CARLO PIAZZA

## DALLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE ALLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI. TUTELA AMMINISTRATIVA E GIURISDIZIONALE

**SOMMARIO:** 1. Premessa. — 2. Quadro normativo: dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali scorrette. — 2.1. La disciplina vigente sino all'entrata in vigore delle disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette: a) L'ordinamento interno b) La disciplina comunitaria c) Altre normative rilevanti. — 2.2. I Decreti legislativi attuativi della Direttiva 2005/29/CE. — 2.3. La pratica commerciale scorretta: a) La categoria generale della pratica scorretta; b) la pratica ingannevole e la pratica aggressiva. — 2.4. Il procedimento istruttorio vigente e la nuova versione dell'articolo 27 del D.Lgs. n. 146/2007. — 3. La repressione della pubblicità ingannevole da parte dell'AGCM. — 3.1. Il messaggio pubblicitario. — 3.2. L'inganno pubblicitario. — 3.3. La pubblicità occulta: a) La pubblicità redazionale; b) Il product placement ed il cinesponsoring. — 3.4. La pubblicità comparativa. — 3.5. La tutela giurisdizionale. La legittimazione ad impugnare le delibere dell'AGCM. — 3.6. Il valore del provvedimento dell'AGCM nel giudizio ordinario.

### 1. PREMESSA.

Nel corso degli ultimi tre anni, e, in particolare, a partire dal 2005, la materia della repressione della pubblicità ingannevole è stata oggetto di diversi interventi sia da parte del legislatore interno che di quello comunitario. Dopo una prima novella, rappresentata dalla L. n. 49 del 29 aprile 2005 (c.d. legge «Giulietti»), tesa a rafforzare gli strumenti attribuiti all'ente preposto alla repressione di natura pubblicitaria dei fenomeni di pubblicità ingannevole, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), è recentissima la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* del D.Lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 «Attuazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE e il Regolamento CE n. 2006/2004»<sup>1</sup>. Oltre ad un'ulteriore implementazione del *plafond* di strumenti di intervento dell'AGCM, la novità normativa interviene sul piano del diritto sostanziale, configurando una nuova fattispecie, la pratica commerciale scorretta, che, lungi dal sostituirsi alla figura della pubblicità ingannevole,

\* L'Autore è funzionario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Le opinioni espresse non impegnano in

alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

<sup>1</sup> *Gazzetta Ufficiale* - Serie Generale - n. 207 del 6 settembre 2007.

la assorbe, ampliando conseguentemente gli ambiti di intervento dell'AGCM.

Ma non è tutto. L'attuazione della medesima normativa comunitaria ha determinato una distinta regolamentazione, sia pur parallela, della pubblicità ingannevole fra le imprese con la contemporanea approvazione di un altro Decreto Legislativo, nella medesima data del 2 agosto 2007, rubricato « *Attuazione dell'articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE che modifica la Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole* »<sup>2</sup>. A fronte della sua denominazione, tale Decreto rappresenta nella sostanza l'attuazione della Direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa che lede unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che è connessa ad operazioni fra professionisti. Infatti, in virtù delle modifiche apportate dall'articolo 14 della Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, la materia della predetta fattispecie è stata convogliata nella citata Direttiva in una versione consolidata.

Ciò posto, tenendo sempre presente la novella normativa, la disamina impone dapprima una ricostruzione del quadro normativo di riferimento che tenga conto dell'accennata evoluzione e sarà condotta nella sezione 2.

Successivamente, nella sezione 3, si procederà ad un'analisi delle fattispecie di pubblicità ingannevole alla luce della disciplina sino ad ora vigente e della prassi applicativa dell'AGCM. Per le ragioni sopra esposte, e, in particolare, per l'assenza di un'abrogazione secca della disciplina in tema di pubblicità ingannevole, l'esperienza applicativa sino ad ora maturata rappresenta infatti un riferimento centrale per la stessa AGCM nella sua futura attività di repressione del più ampio fenomeno delle pratiche commerciali scorrette.

Dopo alcuni cenni sul sistema di controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'AGCM, si procederà, infine, ad esaminare alcune problematiche oggetto di recenti interventi giurisprudenziali, strettamente attinenti al rapporto fra intervento di tale Autorità indipendente e giudizio civile.

## 2. QUADRO NORMATIVO: DALLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE ALLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

---

### 2.1. *La disciplina vigente sino all'entrata in vigore delle disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette.*

---

#### a) *L'ordinamento interno.*

---

Il primo intervento, teso ad offrire un'organica disciplina della pubblicità ingannevole di natura pubblicistica, è rappresentato dal D.Lgs. n. 74/92, di attuazione della Direttiva 84/450/CEE, sulla pubblicità ingannevole.

---

<sup>2</sup> Pubblicato nella medesima serie della *Gazzetta Ufficiale*.

Tale novella si è resa necessaria a causa dei limiti intrinseci all'adozione degli altri strumenti offerti dall'ordinamento per riparare alle conseguenze derivanti da fenomeni di pubblicità ingannevole. In particolare, gli istituti dettati dal codice civile hanno di per sé un campo applicativo limitato ai soli rapporti interprivatistici e, in ogni caso, inadeguati a contrastare il fenomeno in una dimensione pubblicistica<sup>3</sup>. Inoltre, se è vero che nel panorama italiano era ed è autorevole l'attività di organismi di autoregolamentazione quale quella dello IAP (Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria), il rispetto delle prescrizioni dettate dalla stessa si affida comunque al consenso delle imprese che a tale sistema aderiscono, mentre la tutela del consumatore è soltanto indiretta rispetto a quella degli operatori di impresa<sup>4</sup>.

Già nel 2000, l'impianto del D.Lgs. n. 74/92 è oggetto di una prima modifica. Infatti, il D.Lgs. n. 67/00, attuativo della Direttiva 97/55/CE sulla pubblicità comparativa, introduce una figura altrimenti di difficile collocazione nel nostro sistema ai sensi della disciplina in tema di concorrenza sleale<sup>5</sup>, dettandone al contempo le condizioni di liceità.

Si arriva così ai due interventi del 2005.

Dapprima la L. n. 49 del 29 aprile 2005 (c.d. legge «Giulietti» dal nome del suo relatore), interviene nuovamente sull'assetto del D.Lgs. n. 74/92, conferendo il carattere di sanzione amministrativa alle violazioni delle sue prescrizioni, con la previsione di ammende pecuniarie da un minimo di € 1.000 (€ 25.000 per le violazioni di cui agli articoli 5 - Pubblicità di prodotti pericolosi — e 6 - Pubblicità diretta a bambini ed adolescenti) ad un massimo di € 100.000<sup>6</sup>. Si tratta di un intervento importante ove si consideri che l'unico strumento disponibile all'AGCM era rappresentato dall'inibitoria, dalla cui violazione poteva al più scaturire un provvedimento di natura meramente contravvenzionale, di competenza del giudice ordinario. L'altro rimedio disponibile già prima dell'approvazione della Legge Giulietti, è costituito dal potere discrezionale di disporre la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa la cui funzione, non certo di carattere repressivo, è tesa a riorientare le scelte dei destinatari del messaggio.

Quasi immediatamente segue un intervento di risistemazione organica dell'intera disciplina in tema di tutela dei consumatori in un unico testo.

<sup>3</sup> L'emanazione di uno specifico provvedimento era stato da qualcuno ritenuto superfluo, posto che sarebbe stata sufficiente l'ampliamento della tutela concorrenziale offerta contro la pubblicità menzognera, con la previsione di una fattispecie tipica e l'allargamento della legittimazione ad agire anche in capo alle associazioni di consumatori. Si veda in tal senso, di FLORIDA, in *Corriere Giur.*, 1985, 102 e ss. Circa l'inadeguatezza dei tradizionali strumenti offerti dal codice civile ai fini della repressione del mendacio pubblicitario si rinvia a VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Rivista di Diritto Civ.*, I, 1964, 608 e ss. Per un'analisi della regolamentazione della pubblicità ingannevole prima dell'emanazione delle Direttive Comunitarie in materia GHIDINI, *In-*

*roduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968.

<sup>4</sup> Sul tema dell'autodisciplina pubblicitaria si rinvia a FUSI-TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983.

<sup>5</sup> Sul rapporto fra pubblicità comparativa e disciplina della concorrenza sleale cfr. AUTERI, *La pubblicità comparativa secondo la direttiva 97/55/CE. Un primo commento*, in *Contr. Impr. Europa*, 1998, 602 e MELI, *La pubblicità comparativa tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, I, 1999, 267.

<sup>6</sup> Per le ipotesi di inottemperanza alle delibere dell'AGCM, la sanzione va da un minimo di € 10.000 ad un massimo di € 50.000, con la possibilità della sospensione dell'attività dell'operatore pubblicitario per un massimo di 30 gg.

Si tratta del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. *Codice del consumo*, che armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti. A seguito di tale intervento, il D.Lgs. n. 74/92 ne viene assorbito, trovando la sua collocazione nel Titolo III, Capo I e II, « *Pubblicità e altre comunicazioni commerciali* », negli articoli che vanno dal 18 al 27, senza alcuna modifica di natura sostanziale.

Per quanto concerne la disciplina del procedimento innanzi all'Autorità, esso, sino all'entrata in vigore del regolamento attuativo dei Decreti dell'agosto 2007, trova allo stato la sua disciplina nel D.P.R. n. 284/2003. Oltre a garantire un adeguato livello di contraddittorio, esso disciplina gli strumenti istruttori attualmente a disposizione dell'AGCM.

### b) *La disciplina comunitaria.*

Passando alla disamina del quadro normativo comunitario, oltre alle citate Direttive che hanno già trovato attuazione nel nostro ordinamento interno, assume una posizione centrale il Regolamento CE 2006/2004 sulla cooperazione fra le Autorità nazionali preposte alla tutela dei consumatori (ANTC), fra cui è ricompresa l'AGCM, con riferimento alla repressione della pubblicità ingannevole, applicabile alle « *infrazioni infracomunitarie* », che ha anticipato, rispetto alle violazioni *cross border*, alcune fattispecie sostanziali e soluzioni procedurali successivamente trasfuse, sul piano della repressione nazionale, nella Direttiva 2005/29/CE, attuata con i due Decreti del settembre 2007.

La *ratio* del predetto Regolamento è rappresentata dalla costituzione di un *network* delle autorità dei diversi Stati membri competenti in materia, che dovranno possedere un minimo di poteri investigativi ed esecutivi comuni e che potranno prestarsi « *assistenza reciproca* » al fine di un'efficace repressione delle infrazioni transfrontaliere, scambiandosi le informazioni necessarie.

L'ambito di applicazione si ispira ad un'esigenza di riordino dei molteplici interventi comunitari che nel corso degli anni hanno riguardato la materia della tutela dei consumatori con approcci sin troppo settoriali. Attiene infatti a tutte le « *norme sulla protezione degli interessi dei consumatori* », cui fa riferimento il regolamento (art. 3, lettera a)), ossia alle 15 direttive comunitarie (ed 1 regolamento) elencate nell'allegato al regolamento stesso, e alle relative norme nazionali di recepimento.

### c) *Altre normative rilevanti.*

Infine, senza dimenticare discipline settoriali che fanno riferimento più o meno esplicitamente alle competenze dell'AGCM in tema di pubblicità ingannevole<sup>7</sup>, ai fini di un più completo quadro normativo, non

<sup>7</sup> Si tratta di normative che richiamano la disciplina generale in tema di pubblicità ingannevole al fine di rendere più strin-

gente il contenuto di determinate comunicazioni promozionali e delle iniziative commerciali cui sono riconducibili. Oltre al

può essere tralasciata un'altra normativa che investe l'ambito di intervento dell'AGCM per quanto concerne le violazioni *cross border*. Si tratta del D.Lgs. n. 70/2003 in tema di commercio elettronico<sup>8</sup> che regola i poteri di intervento delle ANTC nelle ipotesi di comunicazioni commerciali provenienti fra Stati Membri UE, diffuse attraverso *internet*. Esso prevede l'applicazione della c.d. clausola mercato interno, in base alla quale il potere di repressione è affidato alla competenza dell'ANTC ove ha sede l'impresa che ha posto in essere la condotta vietata, sia pure con alcuni temperamenti, posti fra l'altro a tutela dei consumatori, che garantiscono un intervento anche dell'ANTC ove il messaggio viene recepito. Ciò al fine di assicurare in ogni caso il necessario *enforcement* della normativa in oggetto. In particolare, il comma 3 dell'articolo 5 disciplina un articolato subprocedimento preliminare dell'adozione della decisione da parte dell'ANTC dello Stato in cui la comunicazione è diffusa. Esso si sostanzia in una formale richiesta indirizzata all'ANTC dello Stato ove ha sede l'impresa che ha diffuso il messaggio avente ad oggetto l'adozione di un provvedimento di inibitoria. Nell'inerzia dell'ANTC di « provenienza » del messaggio, il provvedimento potrà essere adottato dall'ANTC di « recepimento » del messaggio, notificando tale risoluzione tanto allo Stato membro competente che alla Commissione.

## 2.2. I Decreti legislativi attuativi della Direttiva 2005/29/CE.

Il quadro normativo interno precedentemente illustrato si va modificare profondamente, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, per effetto dell'entrata in vigore dei D.Lgs. n. 145 e 146 del 2 agosto 2007. Il D.Lgs. n. 146/2007<sup>9</sup> modifica infatti gli articoli da 18 a 27 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, introducendo la figura delle pratiche commerciali scorrette; mentre il D.Lgs. n. 145/2007 disciplina la materia della Pubblicità ingannevole nei rapporti fra professionisti.

D.Lgs. n. 114/98, che, nel Titolo V, disciplina la pubblicità dei prezzi nella vendita di prodotti al dettaglio negli esercizi commerciali, si pensi al recente articolo 3 rubricato « Trasparenza delle tariffe aeree », della L. 2 aprile 2007, n. 40, « Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese ». Non vanno poi tralasciate altre normative che invece vietano espressamente la pubblicità di determinati prodotti come la L. 10 aprile 1962, n. 165, come modificato dall'articolo 8 della L. n. 52/83, in tema di prodotti del tabacco. Tale divieto è stato poi ribadito dall'articolo 2 del D.Lgs. n. 300/2004 con riferimento alle sponsorizza-

zioni e alla pubblicità dei predetti prodotti effettuata attraverso stampa.

<sup>8</sup> Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D.Lgs. 70/03*, in questa *Rivista*, 2003, fasc. 3, 505-519. Sul tema più generale della pubblicità su *internet* cfr. anche COCO, *La pubblicità ai tempi di Internet*, in CLEMENTE-MASCHIO (a cura di), *Il diritto della nuova economia*, collana *Enciclopedia* diretta da P. Cendon, Padova, 2002, 617.

<sup>9</sup> Anche se per numerazione è antecedente il D.Lgs. n. 145/2007 sulla Pubblicità ingannevole nei rapporti fra professionisti, in considerazione dell'ampiezza applicativa ai fini della presente trattazione, si procederà ad anteporre il D.Lgs. n. 146/2007 al D.Lgs. n. 145/2007.

Nell'analisi di alcune disposizioni della Direttiva 2005/29/CE<sup>10</sup> sono rinvenibili elementi imprescindibili sotto il profilo applicativo e interpretativo dei D.Lgs. n. 145 e 146 del 2 agosto 2007.

Innanzitutto, scopo della Direttiva (articolo 1) è quello di armonizzare *tutte le disposizioni rilevanti* (« legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri ») in materia di pratiche commerciali sleali<sup>11</sup> lesive degli interessi economici dei consumatori, quale che ne sia l'origine e quindi la gerarchia nell'ambito dell'ordinamento interno. Essa va etichettata come Direttiva di armonizzazione massima, laddove, in diversi considerando, viene evidenziato che le leggi degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali si sono caratterizzate per notevoli differenze, registrate soprattutto nella materia della pubblicità ingannevole e comparativa, che, in quanto fonti di incertezza per quanto concerne le disposizioni nazionali da applicare, possono provocare sensibili distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al funzionamento del mercato<sup>12</sup>. Di qui l'esigenza di introdurre a livello comunitario norme uniformi che prevedano un elevato livello di protezione dei consumatori e di chiarire alcuni concetti giuridici, nella misura necessaria per il corretto funzionamento del mercato e per soddisfare il requisito della certezza del diritto<sup>13</sup>.

La Direttiva affida la vigilanza sull'applicazione, in via congiunta o alternativa, al controllo giudiziale o a quello di un'autorità amministrativa indipendente (Articolo 11). In sede di recepimento, la scelta del nostro legislatore è stata nel secondo senso, affidando esclusivamente all'AGCM il compito della repressione della nuova figura.

Infine, l'articolo 14, modificando il testo dell'articolo 1 della Direttiva 84/450/CEE, ha previsto distinti ambiti di applicazione sulla base di un criterio soggettivo (rapporti fra professionisti), ma anche di carattere oggettivo. Essa attiene alle sole fattispecie di pubblicità che ledono esclusivamente un'impresa concorrente, come ad esempio la pubblicità comparativa illecita denigratoria<sup>14</sup>.

Anche in questa prospettiva è apprezzabile il maggior ambito di intervento del D.Lgs. n. 146/2007 rispetto al D.Lgs. n. 145/2007.

Il primo, a differenza del secondo, riguarda i rapporti fra imprese e consumatori. L'oggetto di valutazione inoltre va là di là della valutazione della sola comunicazione pubblicitaria sino ad abbracciare il più complessivo comportamento che possa arrecare pregiudizio ai consumatori ossia poste in essere prima, durante e dopo il rapporto contrattuale fra professionista

<sup>10</sup> In attesa della pubblicazione di contributi organici sui D.Lgs. n. 145 e 146 dell'agosto 2007, per un primo commento sul contenuto della Direttiva e l'illustrazione delle novità si rinvia a AA.VV., *Le Pratiche Commerciali Sleali - Direttiva Comunitaria e ordinamento italiano*, in MINERVINI-ROSSI CARLEO (a cura di), *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2007 e AA.VV., *Le Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori: La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007, DE CRISTOFARO, a cura di.

<sup>11</sup> Come evincibile dalla lettura della

Relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 146/2007, al termine « sleale », derivante da una traduzione letteraria della Direttiva, è stato preferito « scorretto » per evitare confusioni con la disciplina dettata dal codice civile in tema di concorrenza sleale dettata dagli articoli 2598 c.c.

<sup>12</sup> Considerando 3 e 4 della Direttiva 2005/29/CE.

<sup>13</sup> Considerando 5 della Direttiva 2005/29/CE.

<sup>14</sup> Questo è l'esempio espressamente riportato nella Relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 145/2007.

e consumatore<sup>15</sup>. In tale prospettiva si apprezza quanto accennato in premessa, ossia che il D.Lgs. n. 146/2007, nel diverso ambito dei rapporti fra imprese e consumatori introduce una fattispecie che include, assorbendola, quella della pubblicità ingannevole nella categoria delle pratiche « ingannevoli ». Pertanto, sotto il profilo della successione delle norme nel tempo, lungi dall'assistere ad un'abrogazione secca, si verifica un fenomeno di successione di norme di carattere sanzionatorio in quanto aventi fra loro oggetti parzialmente coincidenti.

Come specificato dall'articolo 19, comma 2, lettera *a*), resta infine impregiudicata l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale. Pertanto, rispetto a fattispecie di natura privatistica, l'AGCM non ha margine di intervento.

### 2.3. *La pratica commerciale scorretta: la pratica ingannevole e la pratica aggressiva.*

#### a) *La categoria generale della pratica scorretta.*

Prima di procedere all'illustrazione delle altre novità relative al procedimento che si incardina innanzi all'AGCM e ai relativi poteri istruttori di cui andrà ad essere dotata, appare opportuno analizzare in maniera approfondita la nozione di « pratica commerciale scorretta » enucleata nel D.Lgs. n. 146/2007 (articolo 20), a sua volta distinta nella « pratica commerciale ingannevole » (articoli 21-23), da un lato, e nella « pratica commerciale aggressiva », (articoli 24-26), dall'altra.

Accanto ad un divieto generale, imperniato sulla violazione della diligenza professionale unita all'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, che rappresenta la figura più ampia delle pratiche commerciali *scorrette* (articolo 20), nella successiva bipartizione della figura vi è poi una descrizione degli elementi rispetto ai quali valutare l'*ingannevolezza* della pratica (articoli 21 e 22), da un lato, o la sua *aggressività* (articoli 24 e 25), dall'altro, quest'ultima vera novità sostanziale nel nostro sistema. A chiusura di tale opera di codificazione, segue un'analitica elencazione delle fattispecie *in ogni caso vietate* (c.d. *black list*) sia rispetto alle pratiche ingannevoli (articolo 23) che a quelle aggressive (articolo 26).

Partendo dalla categoria generale, la nozione di pratica commerciale scorretta fornita dall'articolo 20 è imperniata su di un duplice architrave: la violazione di un criterio generale di diligenza professionale, unita all'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore cui è diretta.

Onde addivenire ad una definizione del concetto di diligenza professionale il più possibile privo di fraintendimenti, la prima operazione ermeneutica potrebbe essere rappresentata dal rinvio a quanto indicato in ar-

<sup>15</sup> Cfr. sul punto GUERINONI, *La Diritto sulle pratiche commerciali sleali*, Prime Note, in *I Contratti*, 2006, 2, 174.

gomento dall'articolo 2 della Direttiva 2005/29/CE, alla lettera *h*); per poi successivamente verificare la traslazione che ne è stata fatta nel D.Lgs. n. 146/2007, nell'articolo 18 lettera *h*).

Al primo dei predetti livelli, tale nozione viene identificata come il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si può presumere essere esercitato da un professionista nei confronti dei consumatori, rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista.

Tuttavia, come già evincibile da una lettura soltanto superficiale, nonostante lo sforzo di chiarificazione che il legislatore comunitario persegue ogniqualevolta intenda fornire delle definizioni di carattere generale per agevolare il compito di attuazione dei singoli stati membri, la disposizione in esame presenta alcuni punti ambigui, già a partire dal fumoso, se non tautologico, riferimento alle « pratiche di mercato oneste », a causa dell'esigenza di contemperare istituti di diverse esperienze normative<sup>16</sup>. Gli unici riferimenti, seppur limitati, per riempire di sostanza la disposizione, sono pertanto rappresentati dalla necessità di fare riferimento al settore di attività del professionista, presupposto di una diligenza qualificata, e dall'utilizzo del criterio generale della buona fede.

In tal senso, è apprezzabile l'operazione svolta al secondo livello, quello della traslazione nazionale della disposizione comunitaria, laddove la lettera *h*) del D.Lgs. 146/2007 opera un chiaro ed inequivoco riferimento ai principi « generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista ». L'utilizzo del termine « generali » consente all'interprete, infatti, di fare riferimento al criterio di buona fede oggettiva di cui all'articolo 1176 c.c., comma 2, in tema di diligenza nell'adempimento, richiamato anche nell'articolo 1337 c.c., rispetto alle ipotesi di responsabilità precontrattuale, e nell'articolo 1375 c.c., concernente l'esecuzione del contratto<sup>17</sup>. Tale chiara scelta, oltre a fugare possibili confusioni con il criterio di correttezza professionale di cui al numero 3) dell'articolo 2598 c.c. in tema di atti di concorrenza sleale, da escludere per ragioni di ordine sistematico e teleologico, in considerazione dei diversi ambiti di tutela (concorrenza vs consumatori), consente alla norma anche un miglior raccordo con una disposizione già presente nel tessuto normativo in cui la novella si va ad inserire. In particolare, si tratta dell'articolo 39 del *Codice del Consumo* ove si afferma che le attività commerciali devono improntarsi al rispetto di determinati principi, fra cui la buona fede, « valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori ».

Proprio la circostanza che il criterio generale di buona fede oggettiva vada parametrato alle esigenze di tutela del consumatore, fa sì che, nei

<sup>16</sup> Per una panoramica sulle possibili interpretazioni della nozione di diligenza professionale adottata nella Direttiva 2005/29/CE e dell'evoluzione dei lavori preparatori in sede comunitaria sul tema, si rinvia a DE CRISTOFARO, in AA.VV., *Le Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori: La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., 119 e ss. Nel contributo si sottolinea in particolare la difficoltà di far convivere all'interno dell'unitaria nozione

di norme di diligenza professionale il principio di buona fede, le pratiche oneste di mercato e il grado di cura che ci si può legittimamente attendere dal professionista.

<sup>17</sup> In tal senso, sono state idealmente accolte le indicazioni provenienti nei primi commenti alla Direttiva 2005/29/CE. Cfr., in tal senso, DE CRISTOFARO, in AA.VV., *Le Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori: La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., 124 e ss.

casi concretamente esaminati, possa essere poi l'altro architrave, ossia l'idoneità a falsare il comportamento economico dei destinatari, ad avere un peso predominante nel determinare il carattere scorretto o meno di una pratica. Ciò al fine di evitare che il semplice rispetto di norme di diligenza consenta al professionista di poter far valutare come non scorretta la pratica posta in essere. Infatti, il secondo elemento di valutazione impone, in sede di valutazione del comportamento, di tener conto delle legittime aspettative che il consumatore ha nei confronti del professionista al momento dell'erogazione del servizio o della prestazione del bene. Inoltre, al fine di evidenziare la rilevanza di tale elemento, è bene evidenziare la sua ampia latitudine. Come già avvenuto sotto l'egida della disciplina in tema di pubblicità ingannevole e indicato esplicitamente nell'articolo 21 in tema di azioni ingannevoli, il comportamento economico rilevante non è infatti rappresentato dalla decurtazione del patrimonio economico del contraente bensì dalla possibilità che possa assumere una decisione economica che non avrebbe altrimenti preso, sia con rispetto che all'*an* che con riferimento alle sue modalità concrete.

Anche sulla definizione di consumatore rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in esame, il legislatore comunitario, oltre a fornirne una nozione nell'articolo 2 alla lettera a), ha inteso dare qualche indicazione ulteriore. In particolare, nel considerando 18, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha precisato che il parametro di riferimento è rappresentato dal consumatore medio ossia normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici<sup>18</sup>. Tale indicazione è stata poi accolta in sede di attuazione laddove in più di una disposizione, accanto all'espressione consumatore, viene affiancata la specificazione circa tale tipologia di destinatario. Inoltre, nel caso in cui la pratica commerciale, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabili, particolarmente vulnerabili alla pratica o interessati al prodotto oggetto della pratica in virtù della loro infermità mentale o fisica, essa è valutata nell'ottica del membro medio di tale gruppo.

Va detto che raramente l'AGCM ha esplicitamente indicato la tipologia di consumatore rilevante sotto il profilo del grado di capacità di autocritica nel valutare le informazioni fornite<sup>19</sup>, laddove, nella decodifica del messaggio, le valutazioni del *target* sono state sviluppate dal punto di vista qualitativo ossia tenendo conto delle caratteristiche soggettive della categoria generale cui il destinatario del messaggio è riconducibile<sup>20</sup>.

In ogni caso, è indubbio che il valore aggiunto di tale indicazione risiede nell'evitare di fare riferimento a criteri di valutazione eccessivamente bassi, ossia tarati su di una tipologia di consumatore passivo o ingiustifica-

<sup>18</sup> Il medesimo considerando ha cura di precisare altresì che la nozione di consumatore non è statistica. Pertanto, non dovrebbero avere ingresso nella valutazione sulla ricorrenza della fattispecie elementi attinenti al numero di consumatori coinvolti.

<sup>19</sup> Citazioni esplicite della figura del «consumatore medio» nelle valutazioni

conclusive di un provvedimento appaiono isolate. Sul punto, si segnala il Provvedimento n. 15419, del 26 aprile 2006, caso PI5080 «Trenitalia «viaggia quanto vuoi», in *Boll.* n. 17/2006.

<sup>20</sup> Cfr., per tutti, Provvedimento n. 11830 del 20 marzo 2003 caso PI3928 «Punta Syl Samep», in *Boll.* n. 12/2003.

tamente sprovveduto nel recepire le informazioni trasmesse nell'ambito del contatto economico con il professionista. Dal punto di vista del consumatore, esso impone pertanto un'assunzione di un comportamento attivo e responsabile. Sotto il profilo dell'onere motivazionale, rispetto a quelle pratiche che si pongono al di fuori delle *black list* previste sia in tema di pratiche ingannevoli che aggressive, ove invece è sufficiente una mera opera di raffronto fra caso concreto e previsione astratta, dall'esplicito riferimento a tale figura di consumatore discende a carico dell'AGCM un maggiore onere motivazionale nel valutare il comportamento asseritamente scorretto.

### b) *La pratica ingannevole e la pratica aggressiva.*

Analizzando la prima delle due sottocategorie della pratica commerciale « scorretta », quella « ingannevole », l'articolo 21 fornisce i parametri per operare tale valutazione. Come accennato, a ben vedere, siamo innanzi ad una sostanziale trasposizione delle originarie fattispecie di pubblicità ingannevole, con il valore aggiunto rappresentato, oltre che dalla citata *black list* di ben ventitré fattispecie elencate all'articolo 23, dalla previsione di un'organica disciplina delle omissioni « ingannevoli » contenuta nell'articolo 22.

In particolare, nel comma 1, alle lettere da *a*) a *g*), gli elementi rispetto ai quali valutare l'induzione in errore sono i medesimi vigenti per valutare l'ingannevolezza ai sensi del Titolo III, Capi I e II del D.Lgs. n. 206/2005, nella versione precedente alla novella del settembre 2007. Essi sono rappresentati in sintesi dall'esistenza, dalla natura e dalle caratteristiche del prodotto (lettere *a*) e *b*)), dagli impegni assunti dal professionista (lettera *c*)), dal prezzo e dal modo in cui esso viene calcolato (lettera *d*)), dalla necessità di un servizio *post-vendita* (lettera *e*)), dalla natura e dalle qualifiche del professionista (lettera *f*) e, infine, dai diritti del consumatore (lettera *g*)). Il comma 2, nelle lettere *a*) e *b*), parifica alle illustrate fattispecie la confusione sull'attività di un concorrente, compresa la comparativa illecita e il mancato rispetto dei codici di condotta che lo stesso professionista si è impegnato a rispettare. Infine, i commi 3 e 4 sanzionano come pratica commerciale ingannevole quella che omette di dare notizia della pericolosità del prodotto e quella che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, è idonea a minacciare la loro sicurezza.

Come accennato, l'articolo 22 si preoccupa di fornire un'organica disciplina in tema di omissioni informative, idealmente riprendendo l'orientamento dell'AGCM secondo cui in via generale non ogni omissione informativa acquisisce rilevanza ai fini del giudizio di ingannevolezza, occorrendo, invece, valutare, di volta in volta, se le lamentate omissioni siano tali da limitare significativamente la portata delle affermazioni in esso riportate, inducendo in errore i destinatari in ordine alle effettive caratteristiche dell'offerta<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Cfr., fra gli altri, Provvedimento n. 8306 del 18 maggio 2000, caso PI2787, « Antifurto Viasat », in *Boll.* n. 20/00; Prov. n. 11492 del 5 dicembre 2002, caso

I parametri per condurre il giudizio di rilevanza sono contenuti nel comma 4, alle lettere da *a*) a *e*) e nel comma 5. Essi sono rappresentati dalle omissioni rispetto alle caratteristiche e alla provenienza del bene (lettere *a*) e *b*)), al prezzo e alle modalità del suo calcolo (lettera *c*)), alle modalità di pagamento, di consegna, esecuzione e trattamento dei reclami (lettera *d*)) e all'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto (lettera *e*)) e, infine, rispetto ad obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario (articolo 22 comma 5). All'omissione informativa viene parificata l'opacità nel riportare le medesime informazioni rilevanti per la scelta di acquisto (comma 2), imponendo di tener conto in tale valutazione delle caratteristiche del mezzo di comunicazione laddove comportino delle limitazioni in termini di spazio e tempo, oltre che delle misure adottate dal professionista per ovviare a tali circostanze (comma 3).

Speculare all'enucleazione della pratica « ingannevole » è quella della pratica « aggressiva » laddove ritroviamo la combinazione di una clausola generale e di un'analitica elencazione di fattispecie. In particolare, l'articolo 24 definisce tale figura sommando il criterio del ricorso alla forza fisica o all'indebito condizionamento (articolo 24) con il presupposto dell'idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore. Gli elementi per determinare se una pratica comporta molestia o coercizione sono dettati nelle lettere da *a*) ad *e*) dell'articolo 25 e, oltre ad una valutazione sui tempi, sul luogo, la natura e la persistenza (lettera *a*)), fanno riferimento alla minaccia fisica, verbale, contrattuale, legale, oltre che allo sfruttamento di una situazione tragica (lettere da *b*) ad *e*)). Completa il quadro, la *black list* (articolo 26) costituita da otto fattispecie che in ogni caso configurano una pratica commerciale « aggressiva ».

#### 2.4. *Il procedimento istruttorio vigente e la nuova versione dell'articolo 27 del D.Lgs. n. 146/2007.*

Il procedimento per la trattazione delle fattispecie di pubblicità ingannevole e comparativa illecita è attualmente regolato, oltre che dalla vigente versione dell'articolo 27 del D.Lgs. n. 206/2005, dal D.P.R. n. 284/2003 che vi ha dato attuazione. Si è in attesa dell'emanazione del nuovo regolamento sulle procedure istruttorie connesso alla novella normativa.

In linea generale esso si caratterizza per un ruolo centrale affidato alla richiesta di intervento presentata da denunciati (consumatori, associazioni di consumatori, pubbliche amministrazioni, concorrenti e associazioni di questi ultimi) e per un limitato potere d'intervento degli Uffici dell'AGCM nello svolgimento dell'attività sia antecedente che successiva alla formale comunicazione dell'avvio del procedimento.

Soltanto con la presentazione di una segnalazione regolare e completa, con l'allegazione di un messaggio ben identificato dal richiedente, gli uffici dell'AGCM possono attivare il procedimento disciplinato nel D.P.R. n. 284/2003, laddove essa non sia manifestamente infondata. Il procedi-

mento, imperniato sulla garanzia della tutela del contraddittorio di cui è espressione il diritto delle parti di presentare memorie e prendere visione dei documenti, prevede un termine di durata di 90 giorni, prorogabile di altri 75 giorni, nelle ipotesi in cui siano richieste informazioni o esperiti altri mezzi istruttori. Un ulteriore termine di 30 giorni è stabilito per la richiesta di parere all'Autorità delle Garanzie delle Comunicazioni nelle ipotesi di messaggio pubblicitario diffuso via internet, TV, radio, fax o stampa (periodica o quotidiana). L'acquisizione del messaggio, specificamente individuato, presso il proprietario del mezzo di diffusione o lo stesso operatore pubblicitario, è accompagnata da una disciplina di natura sanzionatoria relativamente alla sua inottemperanza e soltanto con la « Legge Giulietti » è stata prevista l'attivazione di un'acquisizione d'ufficio con l'ausilio della Guardia di Finanza. Infine, i mezzi istruttori sino ad ora disponibili all'AGCM non prevedono la possibilità di acquisire direttamente presso l'operatore pubblicitario gli elementi necessari alla valutazione del caso. In caso di inerzia dell'impresa interessata o nelle ipotesi in cui vengano fornite informazioni parziali, il principale strumento disponibile all'AGCM è schiettamente presuntivo, in quanto fondato sull'inversione dell'onere della prova, attraverso l'adozione di un formale provvedimento in tal senso, mentre marginale, in considerazione dei suoi costi e della sua farraginosità, è stata l'adozione dello strumento della perizia<sup>22</sup>.

Va osservato che, nella sua prassi applicativa, avallata in generale anche dalla giurisprudenza amministrativa, l'AGCM ha sfruttato alcuni spazi d'intervento già individuati dal legislatore per evitare una rigido appiattimento sui contenuti dell'iniziativa del segnalante.

In virtù della rilevanza pubblicistica dell'interesse sotteso alla tutela dalla pubblicità ingannevole, l'ambito di indagine viene esteso, oltre che al messaggio segnalato nella sua interezza<sup>23</sup>, anche alla contestazione di profili di ingannevolezza diversi da quelli specificatamente segnalati senza una rigida applicazione di una regola di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, vigente nell'ambito processualeciviltistico<sup>24</sup>. In molti suoi interventi, laddove ha rinvenuto un grave *periculum in mora* congiunto ad un fondato *fumus boni iuris*, nelle more del procedimento, l'AGCM ha proceduto alla sospensione della diffusione del messaggio anche in assenza di una specifica istanza in tal senso proposta dall'istante<sup>25</sup>. Nelle ipotesi di inottemperanza, ove la violazione posta in essere dall'operatore pubblicitario ha carattere di sanzione amministrativa sottoposta all'egida della L. n. 689/81 a partire dalla Legge Giulietti del 2005, nel silenzio del legislatore, già in qualche caso l'AGCM ha provveduto ad attivarsi d'ufficio<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Provvedimento n. 11396, del 7 novembre 2002, caso PI3757 « Tucker/Casa Facile » in *Boll.* n. 45/2002; Provvedimento n. 13670, del 14 ottobre 2004, Caso PI4123C « Rilevatore Inspector », in *Boll.* n. 42/2004.

<sup>23</sup> Cfr. sentenza T.A.R. Lazio del 19 giugno 2000, n. 5024, in *Foro Amm.* 2001, 714.

<sup>24</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, del 17 settembre 2004, n. 9338, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2531.

<sup>25</sup> Tale intervento si è reso necessario laddove venivano in rilievo profili relativi alla possibile pericolosità derivante dal normale utilizzo del prodotto pubblicizzato. Cfr. *ex multis* Provvedimento n. 10538, del 7 marzo 2002, caso PI2620E, « Elettrostimolatore Biosan », in *Boll.* n. 10/2002; Provvedimento n. 14925, del 23 novembre 2005, caso PI5046, « Elettrostimolatori TESMED », in *Boll.* n. 47/2005.

<sup>26</sup> Cfr. Provvedimento del 21 giugno

Con la nuova versione dell'articolo 27 introdotta dal D.Lgs. n. 146/2007 e il relativo regolamento sulle procedure istruttorie da emanarsi entro 90 giorni dalla pubblicazione del predetto Decreto di modifica degli articoli 17-28 del *Codice del Consumo* (articolo 5 del D.Lgs. n. 146), il descritto quadro istruttorio, disegnato dal legislatore nonché dalla stessa AGCM nel suo agire, oltre che ad arricchirsi, è destinato ad essere capovolto. Analogo discorso vale con riferimento alla parallela disciplina dettata dal D.Lgs. n. 145/2007, concernente la pubblicità ingannevole fra imprese, ove le previsioni contenute nell'articolo 8 appaiono esattamente simmetriche a quelle dell'articolo 27 del D.Lgs. n. 146/2007.

Innanzitutto, è previsto che l'attivazione del procedimento, oltre ad essere rimessa all'istanza di parte, sia anche d'ufficio, consentendo all'AGCM la possibilità di effettuare interventi mirati su specifiche fattispecie. Ancora, l'esercizio dei poteri investigativi che prevedono l'ausilio della Guardia di Finanza non è più limitata alla sola ipotesi di acquisizione della comunicazione oggetto di valutazione, ma viene estesa a quella più generale di raccolta di elementi istruttori.

Inoltre, ed è forse questa la novità più interessante della nuova disciplina, « *ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale* », l'AGCM può chiedere all'operatore pubblicitario l'assunzione di impegni volti a porre fine all'infrazione. Tale potere<sup>27</sup>, prima ancora di consentire una decongestione della sua attività, dovrebbe permettere all'AGCM un intervento di carattere in qualche modo regolatorio e di natura consensualistica laddove presuppone una concertazione con gli autori della pratica commerciale scorretta.

Sostanzialmente immutato resta il quadro relativo ai provvedimenti che possono essere adottati dall'AGCM a conclusione del proprio procedimento. Oltre che disporre l'inibitoria del comportamento, è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa ai sensi della relativa disciplina generale dettata dalla L. n. 689/81, vincolata nell'*an*. A seguito della novella del settembre 2007, il *quantum* è stato innalzato sino ad un massimo di € 500.000 e ad un minimo di € 5.000, di € 50.000 nelle ipotesi delle violazioni relative ad omissioni informative sulla pericolosità di un prodotto e di pratiche indirizzate verso bambini ed adolescenti. Anche rispetto all'inottemperanza si registra un inasprimento delle sanzioni (da un minimo di € 10.000 ad un massimo di € 150.000), ferma restando l'applicazione della misura accessoria della sospensione dell'attività sino ad un massimo di 30 giorni nelle ipotesi di reiterata inottemperanza. Inoltre, anche nel nuovo quadro di disciplina, l'AGCM conserva il potere discrezionale di disporre la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa laddove ciò si renda necessario per riorientare le scelte economiche dei destinatari del messaggio. Analogamente a quanto rinvenibile nel precedente impianto

2007, caso IP17, caso « Vodafone Servizio Numero Fisso », in *Boll.* n. 25/2007.

<sup>27</sup> L'istituto in esame, vero valore aggiunto sotto il profilo istruttorio per l'attività dell'AGCM, richiama alla mente un analogo nuovo strumento di cui dispone l'AGCM nel campo della disciplina *anti-trust*. In particolare, l'articolo 14-ter del-

la L. n. 287/90 stabilisce che: « ...l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese... » senza procedere all'adozione di un provvedimento di accertamento della violazione ai sensi della disciplina *anti-trust*.

normativo, restano distinti gli ambiti applicativi sia rispetto alle ipotesi di pubblicità assentita (comma 14) sia con riferimento alla disciplina generale della concorrenza del codice civile ai sensi dell'articolo 2598 c.c. e a quella speciale in tema di marchi e segni distintivi (comma 15). Infine, il nuovo articolo 27-ter conferma l'assenza di un rapporto di pregiudizialità con eventuali procedimenti che siano stati incardinati presso organismi di autodisciplina, con l'unico temperamento di un potere discrezionale di sospensione del procedimento innanzi all'AGCM su istanza di parte in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina.

### 3. LA REPRESSIONE DELLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE DA PARTE DELL'AGCM.

#### 3.1. *Il messaggio pubblicitario.*

Passando all'analisi dell'attività condotta dall'Autorità nella repressione del fenomeno della pubblicità ingannevole sotto l'egida del quadro normativo vigente sino all'entrata in vigore dei Decreti Legislativi attuativi della Direttiva 2005/29/CE, è necessario innanzitutto soffermarsi sulla nozione di messaggio pubblicitario, posto che essa ha rappresentato e, per le ragioni sopra esposte, continuerà a rappresentare uno dei presupposti per l'intervento dell'AGCM.

Ai sensi dell'articolo 20 del D.Lgs. n. 206/2005 *ante* attuazione, è messaggio pubblicitario una comunicazione di impresa diffusa « *in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale artigianale o professionale* » (presupposto soggettivo) ... *allo scopo di promuovere la vendita di beni... oppure la prestazione di servizi* » (presupposto teleologico). In sede di attuazione dell'originaria versione della Direttiva 84/450/CEE, ai fini dell'enucleazione del presupposto soggettivo di applicazione della normativa in materia di pubblicità, il legislatore ha adottato un approccio estensivo della nozione di operatore pubblicitario che, in coerenza con disposizioni comunitarie ormai consolidate, lungi dall'essere limitata alla figura dell'imprenditore ai sensi dell'articolo 2082 c.c. abbraccia in maniera più generale la figura del professionista e, in ogni caso, di colui che svolge un'attività economica di prestazione di beni e servizi<sup>28</sup>. Parimenti, per quanto attiene al carattere della comunicazione di impresa, il legislatore non indica possibili limiti applicativi laddove ciò che rileva è la sussistenza di uno scopo promozionale.

In coerenza con tale approccio estensivo, anche l'AGCM ha adottato nella sua prassi una nozione ampia laddove ha ritenuto che « *la natura pubblicitaria di una comunicazione d'impresa è rinvenibile ogniqualvolta la promozione di beni o servizi si presenti come lo scopo primario e diretto*

<sup>28</sup> A titolo esemplificativo si rinvia alla nozione di tale figura enucleata nella seconda parte del comma 2 dell'articolo 1469-bis c.c. in tema di « *Clausole vessato-*

*rie nel contratto tra professionista e consumatore* », introdotto dalla Legge Comunitaria 6 febbraio 1996, n. 52.

della comunicazione stessa. Nelle fattispecie concrete, al fine di verificare se lo scopo pubblicitario perseguito sia diretto o mediato, primario o secondario, si è ritenuto che vada preliminarmente esaminato il contenuto della comunicazione»; ed inoltre che «Tale esame tiene conto delle caratteristiche espressive della comunicazione sia del contesto primario in cui la diffusione risulta essere avvenuta»<sup>29</sup>.

Nei casi specifici, l'AGCM, oltre a prescindere dalle modalità di diffusione adottate (televisione, stampa, cinema, affissioni, ma anche telefono<sup>30</sup>, SMS e e-mail<sup>31</sup>), rispetto al contenuto, ha rilevato il carattere pubblicitario anche in comunicazioni etichettate come «comunicati», inviati a distributori con la finalità di evidenziare una superiorità di prodotto<sup>32</sup>. Sotto il profilo soggettivo, destinatari dei provvedimenti di inibitoria sono stati anche enti *no profit* laddove fornivano servizi dietro pagamento di corrispettivo<sup>33</sup>. Anche gli stessi segni distintivi di un'impresa sono stati ritenuti messaggi pubblicitari quali la ditta, l'insegna degli esercizi commerciali<sup>34</sup> il marchio e il toponimo del prodotto, qualora per il contesto in cui sono inseriti, assume valenza pubblicitaria<sup>35</sup>.

Ai fini della valutazione di ingannevolezza di un messaggio pubblicitario, risulta predominante l'operazione di decodifica del messaggio ossia l'indagine sul suo contenuto grafico ed espressivo e sul risultato che tale contenuto realizza nella mente dei destinatari. Essa è preliminare, in quanto la valutazione finale di ingannevolezza di un messaggio discende dalla mancata corrispondenza sostanziale fra la decodifica e quanto

<sup>29</sup> Cfr. fra gli altri Provv. n. 9279 caso PI3027 «Spinbike Aerobic School» del 1 marzo 2001, Provv. n. 9666 caso PI3269 «Aduc/Banco Posta» del 14 giugno 2001, Provv. n. 9621 caso PI3268 «Poste Italiane-Posta Celere» del 31 maggio 2001.

<sup>30</sup> L'Autorità ha riconosciuto la natura pubblicitaria di quei messaggi veicolati attraverso il telefono che — dissimulando i propri reali intenti prospettando ai destinatari offerte di lavoro o omaggi di varia natura — in realtà sono volti a promuovere corsi professionali a pagamento o, nel caso degli omaggi, inducono i consumatori a presentarsi ad incontri nel corso dei quali viene fortemente incentivato l'acquisto di determinati beni o servizi (Cfr. Provv. del 24 maggio 2001, n. 9569, caso PI/3157 «Progetto Europa», in *Boll.* n. 21/2001; Provv. n. 9345, del 22 marzo 2001, caso PI/3164 «Multiproprietà villaggi vacanze», in *Boll.* n. 12/2001).

<sup>31</sup> Al riguardo, si è ritenuto che essi presentino grande affinità con il mezzo postale e con quello telefonico tradizionale in quanto raggiungono il consumatore a domicilio e, dunque, in presenza di barriere difensive attenuate. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che, al fine di valutare la potenzialità decettiva dei messaggi diffusi mediante l'invio di SMS, occorre tenere conto del fatto che, talvolta, attraverso la

ricezione dell'SMS, il consumatore non viene semplicemente informato dell'esistenza di un nuovo servizio di suo eventuale interesse, ma viene posto nelle condizioni di concludere un contratto (Provv. n. 16215, del 30 novembre 2006, caso PI/5399 «SMS Pubblicitari su TIM», in *Boll.* n. 43/2006; Provv. n. 14917, del 23 novembre 2005, caso PI/4886 «Promozione casa e Wind», in *Boll.* n. 47/2005).

<sup>32</sup> Cfr. Provvedimento n. 12064, del 29 maggio 2003, caso PI4090 «Comunicati su Blindocar», in *Boll.* n. 22/2003.

<sup>33</sup> Cfr. *ex multis* Provvedimento n. 15440, del 3 maggio 2006, caso PI2799D «Giornale Secondamano di Torino/Impiegati agenzia viaggi», in *Boll.* n. 13/2006 e Provvedimento n. 16366, dell'11 gennaio 2007, caso PI5421, «LUSES - Libera Università Degli Studi Economici e Sociali», in *Boll.* n. 2/2007.

<sup>34</sup> Provv. n. 3729, del 21 marzo 1996, caso «Concorso per tutti», in *Boll.* n. 12/1996; Provv. n. 14169, del 22 marzo 2005, caso «Autoriparatori e imprese assicurative - Greco e agostani», in *Boll.* 12/2005.

<sup>35</sup> Cfr. Provvedimento n. 4970, del 30 aprile 1997, caso PI1230 «Bertolli Lucca», in *Boll.* 18/97 e Provvedimento n. 15770, del 27 luglio 2006, caso PI5289 «Azienda Olearia del Chianti», in *Boll.* n. 30/2006.

emerso nei fatti a seguito del procedimento istruttorio, laddove questo evidenzia circostanze in realtà inesistenti o informazioni rilevanti del tutto omesse. In tale operazione, è bene non far coincidere la persuasione con la pubblicità anche per la diversa normativa costituzionale rilevante per l'una e per l'altra. Se la prima ha l'obiettivo di convincere circa un'opinione e trova il suo fondamento nell'articolo 21 della Costituzione, la pubblicità, espressione dell'iniziativa economica (articolo 41 Cost.), è diretta a influire sul comportamento economico del destinatario della stessa ed è fisiologicamente destinata a enfatizzare le caratteristiche di un bene o di un servizio offerto da un'impresa, anche in maniera iperbolica.

Nell'ambito dell'operazione di decodifica, nel rispetto delle predette distinzioni, la valutazione dell'AGCM è espressione di una discrezionalità di tipo tecnico, suscettibile di un sindacato esclusivamente esterno da parte del giudice amministrativo. Tuttavia, in alcuni casi, nello svolgimento di tale operazione l'Autorità è stata coadiuvata da soggetti tecnicamente qualificati in materia di *marketing* al fine di verificare quale affidamento ingenerava nei destinatari dei messaggi una determinata indicazione riportata nel messaggio. In tal senso è paradigmatico il caso relativo alla dicitura « Lights » apposto sulle confezioni di sigarette ove, nelle risultanze istruttorie, sono stati raccolti elementi di sondaggi commissionati dall'AGCM agli istituti Eurisko e Nielsen<sup>36</sup>.

### 3.2. *L'inganno pubblicitario.*

Passando dall'oggetto dell'esame effettuato dall'AGCM, ossia il messaggio pubblicitario, alla valutazione dello stesso, esso è imperniato su di un duplice passaggio, ma rinvenibile anche nell'analisi della nuova figura della pratica commerciale sleale.

Innanzitutto, si tratta dell'induzione in errore dei destinatari del messaggio, provocata da un'informazione mendace o parziale. Essa può avere ad oggetto le caratteristiche dei prodotti o dei servizi pubblicizzati, fra cui la disponibilità, le condizioni, contrattuali ed economiche, di fornitura dello stesso, nonché le qualifiche dell'operatore pubblicitario, fra cui la titolarità di brevetti e altri diritti di proprietà intellettuale e industriale.

L'altro architrave della valutazione di ingannevolezza è rappresentato dal pregiudizio al comportamento economico del consumatore oppure all'attività del concorrente. In generale, la prima ipotesi è rappresentata dalla possibile induzione ad adottare un comportamento economico che, in assenza dell'informazione ingannevole, il destinatario non avrebbe assunto come, ad esempio, l'acquisto di un prodotto destinato a rivelarsi di scarsa utilità con riguardo alle finalità prospettate in pubblicità<sup>37</sup>. Il pregiudizio all'attività dell'impresa concorrente, valutato dall'AGCM laddove la segnalazione provenga da tale soggetto, tende ad identificarsi sul piano sostanziale con il pregiudizio economico del consumatore, posto

<sup>36</sup> Cfr. Provvedimento n. 11809, del 13 marzo 2003, caso PI3952, « Sigarette Lights-Varie Marche », in *Boll.* n. 11/2003 e Provvedimento n. 11204, del 12 settembre 2002, caso PI3741 « Sigarette Marlbo-

ro Lights », in *Boll.* n. 37/2002.

<sup>37</sup> Cfr. Provvedimento n. 15537, del 24 maggio 2006, caso PI5120 « Etil-Nox », in *Boll.* n. 21/2006.

che esso è rappresentato dallo sviamento di clientela determinato a seguito della preferenza manifestata dal consumatore per il concorrente che ha diffuso il messaggio ingannevole<sup>38</sup>.

L'elemento del pregiudizio impedisce di far discendere *sic et simpliciter* una valutazione di ingannevolezza dal mero accertamento dell'induzione in errore. Allo stesso tempo, occorre evidenziare come esso non si identifica con il definitivo acquisto di un bene, venendo in rilievo il pregiudizio anche soltanto potenziale. In questa prospettiva, l'idoneità ingannatoria di un messaggio non può essere esclusa dalla circostanza che il comportamento possa essere « riorientato » in una fase successiva, quale quella contrattuale. La disciplina in materia di pubblicità ingannevole è volta, infatti, a salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore da ogni interferenza ingiusta, fin dal primo contatto pubblicitario, imponendo dunque all'operatore commerciale un preciso onere di chiarezza e completezza nella redazione della propria comunicazione d'impresa<sup>39</sup>.

Vi sono inoltre previsioni *ante* attuazione Direttiva 2005/29/CE che pacificano all'induzione in errore sopra illustrata specifiche fattispecie di comunicazione pubblicitaria decettiva. Si tratta in particolare: a) della disciplina dettata dall'articolo 23, comma 2, rispetto alle comunicazioni che contengono indicazioni relative alla sussistenza di una garanzia associata alla vendita del prodotto o alla fornitura di un servizio<sup>40</sup>; b) delle ipotesi di messaggi che contengono formulazioni o omissioni informative che inducano il destinatario ad adottare comportamenti suscettibili di arrecare danno al bene persona<sup>41</sup>; c) delle fattispecie di pubblicità indirizzate a bambini e adolescenti idonee a minacciare la loro credulità e ad abusare della loro mancanza di esperienza<sup>42</sup>; d) infine, della pubblicità non trasparente che, in virtù delle sue specificità, della sua mancata previsione nella direttiva 84/450/CEE e, soprattutto, del delinarsi di iniziative normative tese a recuperarne la legittimità, merita una trattazione a parte.

### 3.3. *La pubblicità occulta.*

La disciplina dettata dall'articolo 23, comma 1, del D.Lgs. n. 206/2005 *ante* attuazione Direttiva 2005/29/CE nella misura in cui impone che « *la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale* » e che « *La*

<sup>38</sup> Cfr. Provvedimento n. 16214, del 30 novembre 2006, caso PI5369 « Guaber », in *Boll.* n. 48/2006.

<sup>39</sup> Cfr. Provvedimento n. 12614, caso PI4247 « Seduta in Omaggio Poltrone e Sofà », in *Boll.* n. 46/03, Provvedimento n. 11280, caso PI3793 « Tariffe Moby Lines », in *Boll.* n. 40/02, Provvedimento n. 10278, caso PI3503 « Messaggio Kataweb su Internet », in *Boll.* n. 51-52/01 e Provvedimento n. 16011, caso PI5350 « American Express-Prestiti Personali », in *Boll.* n. 39/06, caso PI5393 « Prestiti Fin Prest », in *Boll.* n. 47/06.

<sup>40</sup> Cfr. *ex multis* Provvedimento n. 12085, del 5 giugno 2003, caso PI4131 « Scaldabagno Merloni », in *Boll.* n. 23/2003.

<sup>41</sup> Cfr. casi Provvedimento n. 10538, del 7 marzo 2002, caso PI2620E, « Elettrostimolatore Biosan », cit. e Provvedimento n. 14925, del 23 novembre 2005, caso PI5046, « Elettrostimolatori TESMED », cit..

<sup>42</sup> Cfr. Provvedimento n. 3795, dell'11 aprile 1996, caso « Martini », in *Boll.* n. 15/1996; Provvedimento n. 6447, dell'8 ottobre 1998, caso PI1950, « GIG Libro dei giocattoli », in *Boll.* n. 41/1998; Provvedimento n. 6940, del 25 febbraio 1999, caso PI2261 « Diesel-Denim Division », in *Boll.* n. 8/1999; Provvedimento n. 15663, del 28 giugno 2006, caso PI5162, « SAW II - La Soluzione dell'enigma », in *Boll.* n. 26/2006.

*pubblicità a mezzo stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione* » nasce dall'esigenza di reprimere il ricorso da parte degli operatori economici a forme di comunicazione il cui scopo promozionale non sia agevolmente percepibile da parte dei destinatari. Esso si caratterizza per una particolare insidiosità in quanto « *elude le naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta; è più autorevole ed affidabile, per il fatto che il messaggio ha l'apparenza di una informazione neutrale e disinteressata; è, infine, particolarmente efficace, in quanto si presta a carpire l'attenzione anche di coloro che usano distoglierla dai messaggi pubblicitari palesi* »<sup>43</sup>. Distinta è invece la figura della pubblicità subliminale, sanzionata dall'articolo 23, comma 3, del D.Lgs. n. 206/05, laddove il meccanismo di veicolazione del messaggio è realizzato aggirando le barriere psichiche del destinatario della comunicazione.

Con riferimento alla violazione prevista dall'articolo 23, comma 1 *ante* attuazione Dir.va 2005/29/CE, l'accertamento dell'AGCM si articola in due passaggi. Viene innanzitutto verificata la natura pubblicitaria della comunicazione esaminata e, in caso positivo, si valuta se il messaggio è riconoscibile come pubblicità. Rispetto alla prima operazione, oggetto di verifica è la sussistenza di un rapporto di committenza tra titolare del mezzo di diffusione e operatore interessato. Se tale rapporto (« accordo sottobanco ») non esiste o viene negato dalle parti, esso può essere accertato in via presuntiva attraverso indizi gravi, precisi e concordanti che rivelano la sussistenza di una committenza di fatto fra operatore pubblicitario « incensato » e responsabile della comunicazione entrambi colpevoli, pertanto, della condotta in esame<sup>44</sup>.

In considerazione del diverso contesto informativo in cui la pubblicità occulta va a manifestarsi e, in via connessa, in virtù della diversa indagine relativa alla sussistenza dei citati elementi gravi, precisi e concordanti, nell'alveo della categoria generale della pubblicità occulta, è possibile ricondurre due fenomeni diversi: *a*) la pubblicità redazionale ossia la comunicazione giornalistica che, dietro un'informazione dedicata all'approfondimento di un determinato bene o servizio, nasconde un intento promozionale dello stesso; *b*) il *product placement* consistente nell'esibizione o nella citazione della denominazione, del marchio o dei prodotti di un'impresa in un contesto informativo o, più in generale, di intrattenimento, a fini promozionali. Quest'ultima figura è stata poi oggetto di una specifica rivisitazione normativa nel D.Lgs. n. 28 del 22 gennaio 2004 « *Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche* » (meglio noto come Decreto

<sup>43</sup> Così il T.A.R. Lazio, sentenza del 22 ottobre 2003 n. 3985; T.A.R. Lazio, sentenza del 21 ottobre 2003 n. 8919, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 2971. Cfr. anche T.A.R. Lazio, sentenza del 2 luglio 2001 n. 5336, in *Foro Amm.* 2001.

<sup>44</sup> Sul punto si rinvia a GAROZZO, *La pubblicità occulta e la disciplina sanzionatoria introdotta dalla L. 6 aprile 2005, n. 49*, in *Il Foro Amministrativo C.D.S.*, 2007, vi, n. 1, 266-276. Se, in linea generale, responsabile della violazione è stato ritenuto il proprietario del mezzo di diffusione del

messaggio, fra i destinatari del provvedimento finale è stato inserito in alcuni casi di stretta interpretazione, anche l'autore persona fisica del programma televisivo (Cfr. Provvedimento n. 14473, del 30 giugno 2005, caso PI4776 « Controcampo/Motomondiale », in *Boll.* n. 26/005; Provvedimento n. 14149, del 17 marzo 2005, caso PI4634B « MSC Crociere/Trasmissioni Mediaste », in *Boll.* n. 11/2005) o anche dell'articolo (Cfr. Provvedimento n. 10380, caso PI3532 « SMART cabrio & Passion-Pubblicità Trasparente », in *Boll.* n. 4/2002).

Urbani) con specifico riferimento al *product placement* realizzato in film destinati alle sale e, per tale ragione, etichettata come *cinesponsoring*<sup>45</sup>.

Tale normativa lungi dal perseguire uno scopo repressivo del fenomeno, ha inteso fornire alcune coordinate per rendere legittimo questa manifestazione della pubblicità occulta. Al riguardo, occorre rilevare che ulteriore indice di un minor atteggiamento repressivo rispetto al fenomeno della pubblicità occulta può essere colto anche dalla lettura della nuova disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette. Infatti, gli unici riferimenti volti a vietare tali fattispecie sono rinvenibili nella lettera *m*) della *black list* di cui all'articolo 23 ove viene vietata soltanto in presenza di un rapporto di committenza direttamente provato. Tale formulazione potrebbe impedire di rinvenire la prova del rapporto di committenza attraverso lo *step* dell'utilizzo di indici presuntivi. Inoltre, il considerando 6 della Direttiva 2005/29/CE precisa espressamente che rimangono impregiudicate le ipotesi di pratiche pubblicitarie e di *marketing* generalmente ammesse, quali il *product placement*.

#### a) *La pubblicità redazionale.*

La circostanza che la comunicazione di impresa sia ammantata da un carattere informativo rende innanzitutto doveroso verificare se si tratta di comunicazione di impresa o espressione di una libera manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 Cost. e non sindacabile ai sensi della normativa in materia di pubblicità commerciale. In tal senso l'idoneità di un messaggio a generare un oggettivo effetto promozionale non è sufficiente a farne presumere la natura pubblicitaria. Ciò in quanto un effetto promozionale indiretto a favore di determinati prodotti o servizi potrebbe legittimamente determinarsi in conseguenza di apprezzamenti positivi espressi nell'ambito di un contesto puramente informativo<sup>46</sup>.

Ciò posto, laddove non siano rinvenibili prove storiche di un rapporto di committenza fra l'operatore pubblicitario interessato dalla comunicazione pubblicitaria e il soggetto responsabile dell'articolo, l'eventuale natura pubblicitaria del messaggio può essere desunta, come accennato, da elementi gravi, precisi e concordanti. In generale, sulla base di una ricognizione di alcuni provvedimenti dell'AGCM e di alcune pronunzie giurisprudenziali<sup>47</sup>, gli elementi presuntivi, sui quali l'Autorità deve fondare la propria valutazione in ordine alla natura pubblicitaria di un messaggio redazionale, sono rappresentati dall'adozione di uno stile di comunicazione elogiativo ed enfatico, dal riferimento ad un solo prodotto in assenza di qualsivoglia comparazione con le alternative disponibili sul mercato e, infine, dall'esi-

<sup>45</sup> Cfr. FUSI, *Il Product Placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del Cinesponsoring*, in *Riv. Dir. Ind.*, I, 2005, 5 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza del 21 ottobre 2003 n. 8919, cit.; T.A.R. Lazio sentenza del 22 maggio 2002 n. 4564; sentenza del 7 settembre 2001 n. 7274; T.A.R. Lazio sentenza del 2 luglio

2001 n. 5836, in *Foro Amm.*, 2001.

<sup>47</sup> Cfr. *ex multis* Provvedimento n. 15627, del 21 giugno 2006, caso PI5088 «Isola dei Famosi-Pubblicità Occulta», in *Boll.* n. 25/2006. Per quanto concerne la giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio, sentenza del 22 ottobre 2003, n. 8985, inedita; T.A.R. Lazio, sentenza del 2 luglio 2001 n. 5836, in *Foro Amm.* 2001.

stenza di un rapporto di committenza tra il presunto operatore pubblicitario ed il proprietario del mezzo di diffusione in relazione ad altri messaggi promozionali e/o la giustapposizione di un testo dal tono apparentemente neutro e di un messaggio esplicitamente pubblicitario, volto a promuovere un prodotto riconducibile alla tipologia oggetto dell'articolo o della trasmissione.

### b) *Il product placement ed il cinesponsoring.*

Anche nelle ipotesi di *product placement*, qualora l'esistenza del rapporto di committenza sia negata dai soggetti interessati, l'eventuale natura pubblicitaria del messaggio dovrà essere desunta in base ad elementi gravi, precisi e concordanti.

Tuttavia, in relazione a tale fattispecie, non può evidentemente farsi ricorso ai medesimi elementi presuntivi evidenziati rispetto ai messaggi redazionali. Infatti, il *product placement*, a differenza del messaggio redazionale, prescinde dalla mera esaltazione del prodotto in termini qualitativi in un contesto informativo. Esso è invece caratterizzato dalla collocazione del prodotto in uno specifico contesto narrativo fittiziamente neutro, che tuttavia contribuisce ad associare il prodotto «incensato» e, in via connessa, il suo marchio, a particolari momenti della vita quotidiana<sup>48</sup>. Si pensi, ad esempio, al caso di un famoso cartone animato di produzione giapponese, «Lupin III», dove uno degli amici del protagonista fumava sigarette di un marchio ben noto e le inquadrature nonché il più complessivo contesto narrativo indugiavano sulle stesse<sup>49</sup>; o ancora, seppure si tratta di una fattispecie che rientra nella disciplina della figura del *cinesponsoring*, si pensi anche ad un film della passata stagione, molto apprezzato dal pubblico dei *teen-ager*, dove la narrazione indugia sul dialogo fra due fratelli che si svolge in una cucina intorno ad una torta. Uno dei protagonisti del dialogo decide di preparare un'altra torta, diversa da quella fatta in casa da suo fratello, ricorrendo ad una confezione di una nota marca di dolci pre confezionati collocata all'interno del frigorifero.

Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa<sup>50</sup>, i parametri principali da prendere in considerazione nell'individuazione di un *product placement* sanzionabile sono, da un lato, la natura specifica delle inquadrature o delle citazioni, il loro carattere ravvicinato o reiterato, la leggibilità o riconoscibilità dei marchi

<sup>48</sup> Per un'analisi del fenomeno in un'ottica di *marketing*, e quindi come strumento specificamente in grado di comunicare, nella promozione di un marchio, uno specifico carattere «familiare» del prodotto «incensato», si segnala FERRANDI, *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato*, in questa *Rivista*, 2001, 57 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. Provvedimento n. 6740, del 22 dicembre 1998, caso PI2101 «Lupin Italia 1», in *Boll.* n. 1/99.

<sup>50</sup> Cfr. in Provvedimento n. 3305, del

4 ottobre 2005, caso PI532 «Film College-Muratti», in *Boll.* n. 40/1995, oggetto di impugnativa innanzi al G.A.. Il Consiglio di Stato, con sentenza dell'11 aprile 2003 n. 1929, nel riformare la decisione del giudice di primo grado, avallando l'iter argomentativo dell'Autorità, ha individuato due classi di criteri rilevanti ai fini della decisione in ordine alla natura promozionale del messaggio, vale a dire «l'esibizione casuale o meno, ripetuta o meno, del marchio del prodotto; la strumentalità o meno dell'esibizione rispetto all'opera artistica-intellettuale».

commerciali raffigurati, dall'altro, l'esistenza di concrete esigenze narrative o artistiche, quali la necessità di caratterizzare situazioni o personaggi, la naturalità e l'ocasionalità di tali scene.

Come accennato, una disciplina speciale sembra sottrarre ad un giudizio di illiceità tale comunicazione realizzata nell'ambito di film, esclusivamente di produzione « italiana », non finanziati da enti pubblici, destinati alle sale, laddove legittima tale figura, sia pure a determinate condizioni. Se non si intende creare una discrasia con la disciplina generale in tema di pubblicità ingannevole, come sviluppata nel suo impatto applicativo dall'AGCM, le predette condizioni andrebbero interpretate come una tipizzazione dei presupposti per ritenere riconoscibile come pubblicitaria la comunicazione oggetto di analisi. In particolare, l'art. 9, co. 3 D.Lgs. 28/04 stabilisce che « *fatte salve le disposizioni [sul divieto di pubblicità per prodotti da fumo]<sup>51</sup> per i film [italiani] che contengono inquadrature di marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo, è previsto un idoneo avviso che rende nota la partecipazione delle ditte produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film* ». Con un Decreto del Ministero dei Beni Culturali del 30 luglio 2004, viene illustrata, in particolare, il contenuto di tale avvertimento ossia « *un avviso nei titoli di coda che informi il pubblico della presenza di marchi e prodotti all'interno del film, con la specifica indicazione delle ditte inserzioniste* ». Inoltre, è stabilito che il *placement* deve essere coerente con il contesto narrativo e, comunque, rispettoso, nel suo contenuto comunicazionale, delle previsioni generali in tema di pubblicità ingannevole dettate dall'attuale *Codice al Consumo*.

### 3.4. La pubblicità comparativa.

L'articolo 20, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 206/05 ante attuazione Dir.va 2005/29/CE (già articolo 2 b-bis del D.Lgs. n. 74/92, modificato dal D.Lgs. n. 67/2000) intende riconoscere la piena legittimità nel nostro ordinamento di comunicazioni volte a comparare non solo in maniera indiretta, ma anche in maniera diretta i beni o servizi offerti con quelli forniti da un concorrente<sup>52</sup>.

Nella valutazione di tale fattispecie, l'esame preliminare è concentrato sulla sussistenza di una « *pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni e servizi offerti da un concorrente* »<sup>53</sup>. Per quanto concerne il riferimento implicito, esso presuppone una valutazione oltre che del contenuto del messaggio, anche di natura merceologica, posto che si tratta di verificare se la comparazione richiama alla mente dei consumatori un bene identificato concorrente quale termine di riferimento<sup>54</sup>. Ove tale analisi fornisca un esito positivo, è possibile procedere alla se-

<sup>51</sup> L. 10 aprile 1962, n. 165.

<sup>52</sup> Per il dibattito circa la liceità di tale figura prima dell'entrata in vigore delle modifiche contenute nel D.Lgs. n. 67/2000 e dei suoi rapporti con la disciplina in tema di concorrenza sleale si rinvia al Commentario MARCHETTI-UBERTAZZI, Padova, 2004, 1947 e ss.

<sup>53</sup> *Ex multis* Provvedimento n. 15190, dell'8 febbraio 2005, caso PI4968 « Acqua Minerale Silvana », in *Boll.* n. 6/2006.

<sup>54</sup> Provvedimento n. 8804, del 19 ottobre 2000, caso PI3006 « Kaercher-Pulicar », in *Boll.* n. 42/2000.

conda fase di valutazione, rappresentata dal rispetto delle otto condizioni di liceità, così come dettate dall'articolo 22 del D.Lgs. 206/05 *ante* attuazione Dir.va 2005/29/CE (già art. 3-*bis* del D.Lgs. n. 74/92, modificato dal D.Lgs. n. 67/00), e che devono ricorrere simultaneamente. In particolare, il confronto deve essere: *a*) non ingannevole; *b*) confrontare beni e servizi omogenei; *c*) instaurare un confronto oggettivo, prestazionale e informativo; *d*) non confusorio; *e*) non denigratorio; *f*) in caso di prodotti con marchi DOC, va effettuato rispetto a prodotti che rientrano nel medesimo marchio; *g*) e *h*) non deve essere parassitario.

Da una panoramica dei provvedimenti assunti dall'AGCM<sup>55</sup>, fatta eccezione per il settore della telefonia<sup>56</sup>, emergono limitati interventi sul punto. Ciò appare riconducibile, piuttosto che ad un atteggiamento repressivo da parte dell'organo di controllo, ad un certo timore da parte degli operatori ad utilizzare tale forma di comunicazione nella propria attività promozionale. Inoltre, si consideri che, rispetto ad esperienze di comunicazione come quella statunitense, il nostro sistema non ammette la comparazione denigratoria.

### 3.5. *La tutela giurisdizionale. La legittimazione ad impugnare le delibere dell'AGCM.*

Come già accennato nella precedente trattazione, il filtro giurisdizionale sui provvedimenti adottati dall'AGCM viene esercitato, in sede di giurisdizione esclusiva, dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato<sup>57</sup>. Il sindacato assolto dal G.A. è di tipo esterno, ossia teso a verificare la sussistenza di vizi di legittimità, la coerenza della motivazione del provvedimento sia interna che rispetto agli elementi istruttori raccolti nel procedimento. Inoltre, esso è volto a verificare la completezza dell'istruttoria condotta ed il rispetto delle garanzie del contraddittorio. All'indomani dell'intervento della Legge Giulietti, il sindacato del G.A. si è esteso anche rispetto alla determinazione del *quantum* della sanzione, senza rimettere nuovamente all'AGCM il compito di rideterminare la stessa.

In generale, se da un lato, occorre apprezzare una sostanziale tenuta degli impianti argomentativi articolati dall'Autorità rispetto ai provvedimenti da essa adottati, dall'altro, non va tralasciato come l'organo giurisdizionale abbia inteso ampliare il controllo sulle decisioni dell'organo amministrativo, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

Nella prima direzione, va letta la possibilità di impugnare non solo i formali provvedimenti di chiusura, ma anche le decisioni di archiviazione, laddove l'AGCM ha ritenuto insussistente i presupposti per l'avvio di un

<sup>55</sup> Oltre ai casi citati nelle note precedenti, si segnalano altresì il Provvedimento n. 8886, del 9 novembre 2000, caso PI3086 «Morsetterie Conchiglia», in *Boll.* n. 45/2000 e il Provvedimento n. 11101, dell'8 agosto 2002, caso «Ryanair Voli Ecomici», in *Boll.* n. 32/2002.

<sup>56</sup> Provvedimento n. 9767, del 12 luglio 2001, caso PI3267 «Telecom-Tele2», in *Boll.* n. 28/2001; Provvedimento n.

11909, del 10 aprile 2003, Caso PI3962 «Telecom/Wind-Canone Infostrada», in *Boll.* n. 15/2003; Provvedimento n. 14877, del 16 novembre 2005, caso PI4920 «Wind Tariffa Tuttoincluso», in *Boll.* n. 46/2005.

Provvedimento n. 14877.

<sup>57</sup> Non esistono allo stato casi di ricorso innanzi alla Corte di Cassazione per motivi di legittimità.

procedimento. L'effetto « didattico » discendente dal giudicato amministrativo, lungi da una valutazione nel merito della fattispecie, è costituito dal fornire un nuovo impulso al potere di intervento dell'Autorità che dovrà uniformarsi al *dictum* del giudice amministrativo.

Nella seconda prospettiva, va evidenziato il progressivo ampliamento del novero dei soggetti legittimati ad impugnare le decisioni di quest'ultima, esteso dalla categoria dei concorrenti a quella delle loro associazioni<sup>58</sup>, sino alle associazioni dei consumatori<sup>59</sup>. Sul tema generale della legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'AGCM, adottati tanto ai sensi della disciplina *antitrust* dettata dalla L. n. 287/90 quanto nell'ambito del Titolo III, Capo I e II, del D.Lgs. n. 206/05, vanno anzi registrate soluzioni più estensive con evidente margine di anticipo nell'ambito della disciplina in tema di pubblicità ingannevole rispetto alla normativa *antitrust*. Ciò è da ricondurre, oltre che ad una diverso atteggiarsi del ruolo della parte nel procedimento in tema di pubblicità rispetto a quello *antitrust*<sup>60</sup>, ad uno specifico indice normativo. Infatti, il comma 3 dell'art. 4 della Direttiva 84/450/CEE impone agli Stati Membri la previsione di procedure in base alle quali non solo l'esercizio improprio o ingiustificato dei poteri dell'autorità amministrativa, ma anche le omissioni improprie o ingiustificate nell'esercizio dei poteri stessi possano essere oggetto di ricorso giurisdizionale da parte degli stessi soggetti legittimati a presentare una segnalazione innanzi all'Autorità.

### 3.6. *Il valore del provvedimento dell'AGCM nel giudizio ordinario.*

L'illustrato ampliamento, tanto soggettivo quanto oggettivo, del filtro giurisdizionale è evidentemente ancillare alla possibilità di attivare anche altri strumenti di *enforcement* della normativa in tema di pubblicità ingannevole, quale le azioni previste dal codice civile.

Sul punto, posto che non esiste nel nostro ordinamento una pregiudiziale di natura amministrativa rispetto alle decisioni adottate dall'AGCM, analogamente a quanto rilevabile in ambito *antitrust*<sup>61</sup>, esse possono rap-

<sup>58</sup> In relazione al riconoscimento della legittimazione ad impugnare in capo alle associazioni di concorrenti nelle ipotesi di provvedimenti di non ingannevolezza o illiceità di una pubblicità comparativa cfr. T.A.R. Lazio n. 4237 del 12 febbraio 2003, citata in ZANETTINI, *La Legittimazione dei terzi ad impugnare i provvedimenti antitrust: il caso SFIR*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2003, Fasc. 6, 1952 e, rispetto alla impugnabilità delibere di archiviazione adottate dall'Autorità, cfr. T.A.R. Lazio sentenza n. 6292 del 26 giugno 2004, in *Dir. e giur. agr.*, 2005, 258, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato sentenza n. 660/2005.

<sup>59</sup> Consiglio di Stato del 3 febbraio 2005, n. 280, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2, 462.

<sup>60</sup> L'attivazione solo su istanza di parte (articolo 2 del D.P.R. n. 284/2003) rappresentava un punto discriminante procedurale con una ricaduta sul piano processuale. Sul punto si rinvia a RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 470, ove si sottolinea come la diversa opzione adottata in questa materia rappresenti un indice anche di un'opposta prospettiva, di carattere « contenzioso » in cui si muove l'ambito di intervento da parte dell'AGCM rispetto al contesto della disciplina antitrust.

<sup>61</sup> Cfr. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra pubblico e privato enforcement*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2006, vol. XI, 2, 719-777. In particolare, (p. 737), l'Autore

presentare esclusivamente un sia pur autorevole presupposto di fatto per la ricostruzione dell'*iter* argomentativo fattuale del giudice ordinario in tema di risarcimento del danno aquiliano e di azione per annullamento del contratto per vizio del dolo<sup>62</sup>. La parte interessata è pertanto esonerata dal fornire la prova del carattere *contra ius* del comportamento censurato dall'AGCM come pubblicità ingannevole. Ma non certo però dalla prova del danno. Proprio per l'assenza di tale elemento, recenti sentenze della Cassazione<sup>63</sup> hanno annullato decisioni del giudice di merito che avevano riconosciuto in via equitativa un risarcimento del danno a favore di soggetti che si ritenevano lesi dall'indicazione « lights » apposta sulle confezioni delle sigarette<sup>64</sup>.

Va osservato che, all'indomani dell'adozione della Direttiva 2005/29/CE e della relativa normativa di attuazione, l'inserimento della figura della pubblicità ingannevole nel più ampio *genus* della pratica commerciale scorretta potrebbe anche impingere sulla patologia negoziale che affligge la pattuizione conseguente ad essa. In particolare, posto che il comportamento commercialmente scorretto configura un'ipotesi di alterazione del processo di formazione della volontà negoziale che va al di là dei tradizionali vizi della volontà per abbracciare quelle anomalie che nascono da « *indebiti condizionamenti e specifiche debolezze* »<sup>65</sup>, rispetto ai quali vi è adesso una valutazione negativa da parte dell'ordinamento, la patologia di invalidità del contratto potrebbe essere parimenti ben più grave, coincidendo con la nullità. Si tratta peraltro di una nullità dai contorni diversi da quelli generali (sempre che, secondo alcuni, essi possano ancora considerarsi tali<sup>66</sup>) descritti dagli articoli 1418 c.c. e ss.. Infatti, operando esclusivamente dal lato del consumatore, si tratta di una figura di una nullità di protezione che, pertanto, seppur rilevabile d'ufficio, può essere fatta valere soltanto a favore del consumatore<sup>67</sup>.

---

svolge una ricognizione delle soluzioni normative percorse nel panorama europeo con riferimento al rapporto fra accertamenti di violazioni degli articoli 81 e 82 CE da parte delle competenti autorità a tutela della concorrenza, da una parte, e decisioni del giudice ordinario, dall'altra. Di assoluto interesse è l'esperienza tedesca dove è stato accolto sul punto un'impostazione di stretta pregiudizialità delle prime rispetto all'indagine condotta dal giudice civile.

<sup>62</sup> Cfr. PERUGINI, *Pubblicità ingannevole e annullamento del contratto*, in *Giur. Italiana*, 2005, 1837-1839, nota a sentenza a Trib. Terni, 6 luglio 2004.

<sup>63</sup> Cass. Sez. III, del 13 febbraio 2007, n. 3086, in *Guida al diritto*, 2007, 15, 57 e Cass., Sez. III, 4 luglio 2007, n. 1513, inedita.

<sup>64</sup> Nel senso inverso, ossia circa l'assenza dell'obbligo di provare il danno con riferimento alle ipotesi di concorrenza sleale, si segnala anche una pronuncia di

un giudice di merito (App. Firenze del 15 gennaio 2002) ove il giudizio di illiceità della condotta è basato anch'esso su di una pronuncia di ingannevolezza dell'AGCM. Sull'argomento cfr. anche BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*, in *I Contratti*, 2006, 2, 141.

<sup>65</sup> Cfr. GENTILI, *Codice del Consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, 2, 2006, 171.

<sup>66</sup> Sul punto si rinvia alla corposa bibliografia citata, a proposito dell'invalidità, oltre che delle nullità speciali, da GENTILI, *Codice del Consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, cit., 170.

<sup>67</sup> Cfr. GENTILI, *Codice del Consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, cit., 167 e ss. ove si sottolinea come la previsione esplicita di tale figura nell'articolo 36 del *Codice del Consumo* rappresenti l'occasione per dare piena cittadinanza all'idea di nullità di protezione, « *risistemando di conseguenza concettualmente la categoria della nullità* ».