

Quaderni

del Dipartimento di Scienze Politiche
Università Cattolica del Sacro Cuore

ISSN: 2239-7302



ORBEM PRUDENTER INVESTIGARE ET VERACITER AGNOSCERE



1

2012

Quaderni

del Dipartimento di Scienze Politiche
Università Cattolica del Sacro Cuore

1

2012

Quaderni

del Dipartimento di Scienze Politiche
Università Cattolica del Sacro Cuore

Anno II- 1/2012

Registrazione presso il Tribunale di Milano n. 355 del 27.06.2011

DIRETTORE RESPONSABILE

Massimo de Leonardis

COMITATO EDITORIALE

Romeo Astorri, Paolo Colombo, Massimo de Leonardis (Direttore), Ugo Draetta,
Vittorio Emanuele Parsi, Valeria Piacentini Fiorani

SEGRETARIO DI REDAZIONE

Gianluca Pastori

I *Quaderni* sono liberamente scaricabili dall'area web agli indirizzi www.educatt/libri/QDSP e http://dipartimenti.unicatt.it/scienze_politiche_1830.html

È possibile ordinare la versione cartacea:

on line all'indirizzo www.educatt.it/libri; tramite fax allo 02.80.53.215 o via e-mail all'indirizzo librario.dsu@educatt.it (una copia € 15; abbonamento a quattro numeri € 40).

Modalità di pagamento:

- bonifico bancario intestato a EDUCatt - Ente per il Diritto allo Studio dell'Università Cattolica presso Banca Infrastrutture Innovazione e Sviluppo - IBAN: IT 08 R 03069 03390 211609500166;
- bonifico bancario intestato a EDUCatt - Ente per il Diritto allo Studio dell'Università Cattolica presso Monte dei Paschi di Siena - IBAN: IT 08 D 01030 01637 0000001901668;
- bollettino postale intestato a EDUCatt - Ente per il Diritto allo Studio dell'Università Cattolica su cc. 17710203

© 2012 EDUCatt - Ente per il Diritto allo Studio Universitario dell'Università Cattolica

Largo Gemelli 1, 20123 Milano - tel. 02.7234.22.35 - fax 02.80.53.215

e-mail: editoriale.dsu@educatt.it (*produzione*); librario.dsu@educatt.it (*distribuzione*)

web: www.educatt.it/libri

ISBN: 978-88-8311-975-0

ISSN: 2239-7302

In copertina: MARTIN WALDSEEMÜLLER (1470 ca.-post 1522), *Mappa della terra*, 1507. Edito a Saint-Die, Lorena, attualmente alla Staatsbibliothek di Berlino - © Foto Scala Firenze

La mappa disegnata nel 1507 dal cartografo tedesco Martin Waldseemüller, la prima nella quale il Nuovo Continente scoperto da Cristoforo Colombo è denominato "America" e dichiarata nel 2005 dall'UNESCO "Memoria del mondo", è stata scelta come immagine caratterizzante dell'identità del Dipartimento, le cui aree scientifiche hanno tutte una forte dimensione internazionalistica.

Indice

I Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università
Cattolica del Sacro Cuore..... 5

PARTE I

LA TUTELA DELLA SICUREZZA E DELLA QUALITÀ DEGLI ALIMENTI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Presentazione..... 11
di ANDREA SANTINI

Il sistema di allarme rapido per gli alimenti e i mangimi:
brevi considerazioni alla luce del recente regolamento
della Commissione contenente le disposizioni di applicazione 13
di ANDREA SANTINI

Verso un'effettiva coerenza tra obiettivi interni di tutela
della salute umana e obblighi internazionali in tema di liberalizzazione
degli scambi e promozione dello sviluppo? Il caso della disciplina
dei nuovi prodotti alimentari nell'Unione europea 27
di FRANCESCO ARGESE

Dall'etichettatura alle informazioni sugli alimenti: tutela
del consumatore e responsabilità degli operatori nel nuovo
regolamento 1169/2011 dell'Unione europea 61
di VITO RUBINO

La pubblicità comparativa dei prodotti alimentari alla luce
della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 81
di MONICA SPATTI

Il sistema di protezione delle indicazioni geografiche a garanzia
della qualità dei prodotti agroalimentari: un confronto
tra la disciplina dell'Unione europea e quella internazionale
alla luce delle rispettive prospettive di riforma..... 105
di MARIA CHIARA CATTANEO

PARTE II
MISCELLANEA

Sicurezza energetica ed energie rinnovabili: la strana coppia.....	131
di IDA GARIBALDI BROWNFELD	
<i>Gli Autori</i>	149
<i>Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Membri di prima afferenza</i>	153

La pubblicità comparativa dei prodotti alimentari alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

di MONICA SPATTI

Abstract – *The article analyses the rules of the European Union concerning comparative advertising as interpreted by the European Court of Justice, in particular on the occasion of judgements relating to the advertising of food products. The Court has admitted the possibility to compare foods and has adopted a positive orientation, interpreting the lawfulness conditions of comparative advertising in a wide manner. It has, for example, established that the fact that food products may differ in terms of conditions and place of production, their ingredients, who produced them, and the pleasure that derives from consuming them, cannot preclude the possibility of the comparison. It has moreover approved those advertisements that compare the price trends of different supermarkets. However, in concrete terms this kind of advertising is of hard implementation because it often reveals itself as misleading, and therefore prohibited.*

La nozione di pubblicità comparativa nell'ordinamento dell'Unione europea

La pubblicità dei prodotti alimentari costituisce uno degli strumenti per informare correttamente i consumatori. Per questo motivo in diverse fonti della legislazione alimentare dell'Unione europea, come il regolamento (CE) n. 178/2002 che detta la disciplina generale in materia¹ e il regolamento (UE) n. 1169/2011 sull'informazione ai consumatori di alimenti², è stabilito che la pubblicità, così come

¹ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *GUCE* L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.

² Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica

l'etichetta che accompagna gli alimenti e la presentazione degli stessi, non devono trarre in inganno i consumatori³.

Il divieto di ingannevolezza è peraltro il caposaldo della normativa dell'Unione in materia di pubblicità e la ragione che ha indotto il legislatore comunitario a introdurre una specifica normativa in materia con la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole⁴. Il suddetto legislatore è poi intervenuto nuovamente nel 1997 con la direttiva 97/55/CE⁵ modificativa della precedente, al fine di regolamentare anche la pubblicità comparativa, spinto dalla necessità di uniformare le legislazioni nazionali⁶. Infatti, non tutti i Paesi membri autorizzavano l'uso di questa forma di pubblicità, e anche laddove essa era consentita esistevano divergenze tra i vari ordinamenti⁷. Ciò rappresentava un ostacolo alla libera circolazione delle merci e dei servizi, che costituiscono obiettivi prioritari per la realizzazione del mercato interno.

i regolamenti (CE) n. 1924/2006 e (CE) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 87/250/CEE della Commissione, la direttiva 90/496/CEE del Consiglio, la direttiva 1999/10/CE della Commissione, la direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/67/CE e 2008/5/CE della Commissione e il regolamento (CE) n. 608/2004 della Commissione, in *GUUE* L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss.

³ V. art. 16 del regolamento n. 178/2002 e considerando 20 e art. 7 del regolamento n. 1169/2011.

⁴ Direttiva del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, in *GUCE* L 250 del 19 settembre 1984, p. 17 ss.

⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa, in *GUCE* L 290 del 23 ottobre 1997, p. 18 ss.

⁶ La proposta di regolamentare la pubblicità comparativa risale al 1978 quando la Commissione presentò la proposta di direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole e sleale, COM(1977) 724 def., poi confluita nella direttiva 84/450. Il Consiglio non trovò però l'unanimità sull'opportunità di regolamentare una pratica che in molti Stati membri era vietata. Si preferì così espungere le norme sulla pubblicità comparativa.

⁷ Si vedano S. Fletcher-P. Fussing-A. Indraccolo, *Comparisons and Conclusions: Welcome Clarification from the European Court of Justice on the Interpretation of the Comparative Advertising Directive*, in "European Intellectual Property Review", 2003, p. 570 ss., spec. p. 571 s., e P. Spink-R. Petty, *Comparative Advertising in the European Union*, in "International and Comparative Law Quarterly", 1998, p. 855 ss., spec. p. 855 s.

Nel 2006 la previgente legislazione è stata codificata nella direttiva 2006/114/CE disciplinante la pubblicità sia ingannevole che comparativa⁸, che rappresenta l'attuale riferimento normativo. Nel passaggio il legislatore ha provveduto a circoscrivere l'ambito di applicazione: mentre la direttiva 84/450 si applicava sia nei rapporti *business-to-consumers* che in quelli *business-to-business*, la direttiva 2006/114 si limita agli ultimi. A tutela dei consumatori, infatti, il legislatore comunitario ha nel frattempo predisposto un'altra specifica normativa contenuta essenzialmente nella direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali⁹, sulla quale si tornerà *infra*.

Il legislatore comunitario ha dunque scelto di autorizzare la pubblicità comparativa e ciò per due ordini di motivi. Anzitutto nella convinzione che essa possa stimolare la concorrenza tra le imprese le quali, da un lato, potrebbero così essere indotte a migliorare i propri prodotti e a renderli più competitivi e, dall'altro lato, potrebbero vedere aumentare gli sbocchi nei mercati di tutti gli Stati membri. Inoltre, poiché costituisce una modalità per la messa in evidenza dei pregi dei prodotti comparati, essa può contribuire a una migliore informazione dei consumatori in modo che possano effettuare scelte più consapevoli¹⁰.

Ai sensi della normativa in esame per pubblicità comparativa s'intende «qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente» (art. 2, lett. c, della direttiva 2006/114). Si tratta di una definizione ampia che comprende tutte le forme di pubblicità diretta, nella quale, cioè, si faccia riferimento a un concorrente o a un suo prodotto o servizio, sia nominandolo/i espressamente che rendendolo/i facilmente riconoscibile/i. Si noti che deve ritenersi ricompreso nella definizione riportata anche il mero riferimento

⁸ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss.

⁹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *GUUE* L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.

¹⁰ Cfr. considerando 6 e 8 della direttiva 2006/114.

ad un tipo di prodotto che permette di identificare un numero ampio di concorrenti o di beni o servizi da essi offerti¹¹.

La Corte di giustizia è intervenuta fissando alcuni canoni interpretativi della definizione in parola i quali dovrebbero valere esclusivamente in relazione alla stessa definizione e non al fine di verificare la liceità della pubblicità comparativa. La nozione in esame ricomprende, infatti, un numero maggiore di pubblicità rispetto a quelle che poi superano il vaglio delle condizioni di liceità¹².

La definizione riportata richiede che la comparazione avvenga tra imprese (o relativi beni o servizi) concorrenti, e non tra imprese qualsiasi. La Corte di giustizia ha precisato che detto requisito è soddisfatto nel momento in cui esiste un certo grado di sostituibilità tra i beni o i servizi offerti, o tra almeno una parte della gamma dei beni o servizi offerti¹³. La nozione di concorrenza di cui alla definizione in esame deve peraltro intendersi in senso piuttosto ampio e non formale. Anzitutto, occorre considerare le caratteristiche concrete dei prodotti comparati e non limitarsi alla constatazione che essi appartengono o meno allo stesso tipo merceologico. Inoltre, è opportuno considerare l'immagine che l'operatore che effettua la pubblicità intende imprimere al proprio prodotto o servizio¹⁴. La Corte precisa peraltro che la verifica del rapporto di concorrenza deve effettuarsi considerando non soltanto lo stato attuale del mercato ma anche se tra i prodotti comparati esistono relazioni tali da far intravedere che in futuro essi potranno considerarsi sostituibili¹⁵. Inoltre, questa verifica non deve limitarsi alle abitudini di consumo presenti in uno Stato membro, ma deve tener conto anche dell'evoluzione delle abitudini di consumo rilevate in altri Stati membri¹⁶. Si noti che questa interpretazione piuttosto ampia del grado di sostituibilità dei prodotti comparati

¹¹ Cfr. sentenza del 19 aprile 2007, causa C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel*, in *Raccolta*, p. I-3115 ss., punti 18-22.

¹² Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 30 novembre 2006, relative alla sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, punti 93 e 94.

¹³ Sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punti 28-31.

¹⁴ *Ivi*, punti 40 e 41.

¹⁵ *Ivi*, punto 36. Sulla necessità di interpretare in maniera evolutiva le analisi di mercato, di cui alla sentenza in commento, v. G. Magri, *Pubblicità comparativa e prodotti a denominazione di origine*, in "Giurisprudenza Italiana", 2008, p. 580 ss., spec. p. 582 s.

¹⁶ Sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punti 37-39.

rileva solo con riguardo alla definizione di pubblicità comparativa, al fine di verificare se, nel caso di specie, si rientri o meno in questa tecnica di *marketing*. Diversamente, la Corte ritiene che la medesima ampia interpretazione non debba per forza applicarsi nel momento in cui, al fine di determinare la liceità della pubblicità, si debba valutare in concreto il grado d'intercambiabilità dei prodotti o servizi comparati (sul punto v. *infra*)¹⁷.

Si noti che la definizione riportata pone l'accento sull'individuazione, esplicita o implicita, di un concorrente o di un suo bene o servizio piuttosto che sulla comparazione tra gli stessi. Ciò potrebbe indurre a ritenere che a dispetto dell'aggettivo "comparativa" che la caratterizza, la pubblicità in esame possa prescindere da un confronto tra due o più prodotti o servizi o concorrenti, essendo sufficiente una mera individuazione degli stessi. Senonché a questa lettura sembrerebbe contrapporsi il contenuto di altre norme della direttiva in esame. Anzitutto, il considerando 6 laddove si esplicita che la pubblicità in esame contribuisce «a mettere oggettivamente in evidenza i pregi dei vari prodotti comparabili», e ciò non potrebbe avvenire se non ci fosse un confronto tra gli stessi. E, ancora più incisivamente, l'esplicita previsione, di cui all'art. 4 – che individua le condizioni di liceità della pubblicità comparativa – secondo cui la pubblicità comparativa «confront[a] beni e servizi» e «confront[a] obiettivamente una o più caratteristiche (...) di tali beni e servizi», oltre all'*incipit* della stessa norma («Per quanto riguarda il confronto»). La Corte di giustizia è intervenuta sul punto optando per l'interpretazione più ampia, inclusiva della mera identificazione senza la necessità di un raffronto tra prodotti o concorrenti¹⁸. Se così non fosse, afferma la Corte, la pubblicità che si limita a richiamare concorrenti o prodotti senza procedere a un raffronto sarebbe di per sé illecita¹⁹. E ciò contrasterebbe con un principio fondamentale enunciato più volte dalla stessa Corte, per cui le condizioni imposte alla pubblicità comparativa devono

¹⁷ *Ivi*, punti 44-49.

¹⁸ Sentenza del 25 ottobre 2001, causa C-112/99, *Toshiba Europe*, in *Raccolta*, p. I-7945 ss., punti 31-40. In argomento v. S. Fletcher-P. Fussing-A. Indraccolo, *Comparisons and Conclusions*, cit., p. 573.

¹⁹ Punto 33 della sentenza citata nella nota precedente.

intrepretarsi nel senso più favorevole a questa²⁰. Una pubblicità comparativa che non effettui un confronto può semmai porre un problema con riguardo alla liceità della stessa (sul punto v. *infra*).

Il richiamato principio per cui le condizioni imposte alla pubblicità comparativa devono interpretarsi nel senso a essa più favorevole è fatto risalire sia al testo che alle finalità della direttiva. In particolare, nel considerando 8 si legge che «È opportuno definire un concetto generale di pubblicità comparativa per includere tutte le forme della stessa». Sempre dalla lettura dei considerando si evince che date le opportunità che questa tecnica di *marketing* offre, nel favorire la concorrenza e anche nel tutelare i consumatori, sia opportuna una lettura quanto più benevola.

Le condizioni di liceità della pubblicità comparativa

A fronte della diffidenza di diversi Stati membri verso la pubblicità comparativa, il legislatore comunitario ha deciso di imporre una regolamentazione piuttosto rigorosa per quanto concerne le condizioni di liceità della stessa. La pratica comparativa porta, infatti, con sé pericoli di denigrazione e di sfruttamento del concorrente, oltre che il rischio di ingannare il consumatore. Pertanto, per essere lecita essa deve rispettare una serie di requisiti esaustivamente indicati all'art. 4 della direttiva 2006/114, che possono essere così sinteticamente individuati: oltre a non essere ingannevole, essa deve mettere a confronto beni omogenei, deve essere oggettiva e verificabile, non deve causare denigrazione o confusione tra i concorrenti, e non può trarre vantaggio dalla notorietà dell'avversario. Tali condizioni hanno natura cumulativa per cui basta la violazione di una di esse per rendere illecita la pubblicità. Su queste condizioni ha avuto modo di pronunciarsi più volte la Corte di giustizia in occasione di una serie di rinvii pregiudiziali – taluni riguardanti peraltro la pubblicità di alimenti – fornendo una serie di indicazioni fondamentali per l'interprete.

²⁰ V. sentenze *Toshiba Europe*, cit., punto 37; dell'8 aprile 2003, causa C-44/01, *Pippig Augenoptik*, in *Raccolta*, p. I-3095 ss., punto 42; del 19 settembre 2006, causa C-356/04, *Lidl Belgium*, in *Raccolta*, p. I-8501 ss., punto 22; del 18 novembre 2010, causa C-159/09, *Lidl*, in *Raccolta*, p. I-11761 ss., punto 38.

Prima di procedere all'esame del contenuto delle diverse condizioni di liceità è opportuno precisare che, come esplicitato dall'art. 8, par. 1, 2° comma, l'armonizzazione delle condizioni operata deve ritenersi esaustiva, per cui i legislatori e i giudici nazionali non possono subordinare l'impiego di tale mezzo pubblicitario ad altre condizioni che quelle stabilite nella direttiva 2006/114²¹. Ciò è conforme alla volontà di uniformare «le disposizioni essenziali che disciplinano la forma e il contenuto della pubblicità comparativa» (considerando 6) al fine di raggiungere gli obiettivi che essa si prefigge.

Il confronto deve riguardare beni o servizi omogenei

Ai sensi della lett. *b*) dell'art. 4 la pubblicità comparativa, per essere lecita, deve confrontare «beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi». Ciò significa, nelle parole della Corte, che deve trattarsi di prodotti omogenei o che, comunque, presentino un sufficiente grado di intercambiabilità²². Non è dunque necessario che i prodotti o servizi confrontati siano identici o che appartengano alla stessa categoria merceologica, è sufficiente che siano intercambiabili agli occhi del consumatore.

Il confronto deve peraltro basarsi sempre su beni o servizi dei diversi concorrenti e non deve essere semplicemente un raffronto tra concorrenti che non si ricollegli a beni o servizi da essi offerti²³.

²¹ Cfr. sentenze *Pippig Augenoptik*, cit., punto 44, e *Lidl*, cit., punto 22.

²² V. sentenze *Lidl Belgium*, cit., punto 26; *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punto 44; *Lidl*, cit., punto 25. G. Anagnostaras, *The application of the harmonised standards on comparative advertising: some recent developments*, in "European Law Review", 2007, p. 246 ss., spec. p. 252 s., rileva come il criterio dell'intercambiabilità sia sorto nell'ambito della politica della concorrenza, in particolare dal divieto di abuso di posizione dominante, e la Corte di giustizia nelle sentenze in esame abbia tentato di trasporlo anche nel campo della pubblicità comparativa. L'Autore auspica però un maggiore rigore nell'interpretazione di questo requisito nell'ambito della pubblicità comparativa, piuttosto che in quello della concorrenza, alla luce del fatto che nella prima «homogeneity serves (...) the interests of consumer protection, while the determination of the product market for the assessment of dominance aims primarily at safeguarding the freedom of commercial conduct».

²³ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, del 29 marzo 2006, relative alla sentenza *Lidl Belgium*, punto 30.

Questa affermazione non contrasta con quanto detto *supra* in riferimento all'interpretazione della definizione di pubblicità comparativa nella quale rientrano anche le ipotesi di mera identificazione di prodotti, servizi o concorrenti, senza una effettiva comparazione degli stessi. La definizione di pubblicità comparativa è, infatti, da intendersi come maggiormente comprensiva rispetto alle condizioni di liceità, in quanto si possono avere casi che, pur qualificandosi come ipotesi che rientrano nella definizione, sono da considerarsi illeciti in quanto non soddisfano le condizioni di cui all'art. 4²⁴.

Nel caso di prodotti alimentari, il fatto che pur avendo la stessa denominazione essi possano essere costituiti da ingredienti diversi, avere una differente origine, essere prodotti secondo metodi diversi o avere un gusto diverso potrebbe rappresentare un ostacolo al considerarli come prodotti intercambiabili. Senonché la Corte di giustizia nella sentenza *Lidl* ha affermato che queste circostanze non devono rappresentare un ostacolo alla possibilità di effettuare delle comparazioni tra alimenti²⁵. Ciò in virtù del già enunciato principio ai sensi del quale le condizioni imposte alla pubblicità comparativa devono intendersi nel senso a essa più favorevole. Infatti, in questi casi non consentire il raffronto finirebbe per restringere la possibilità di effettuare la comparazione ai soli prodotti identici e, dunque, per limitare fortemente tale tecnica di *marketing* in campo alimentare.

Un ulteriore problema postosi con riguardo al rispetto della condizione di omogeneità concerne la questione della comparazione effettuata sulla base di assortimenti di prodotti. In tale caso, infatti, non si ha propriamente un raffronto tra beni omogenei ma una comparazione tra dati più generali. La Corte di giustizia nella sentenza *Lidl Belgium* ha affermato che, tenendo conto del principio per cui le condizioni imposte alla pubblicità comparativa

²⁴ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi relative alla sentenza *De Landsheer Emmanuel*, cit., punti 93-94.

²⁵ Punti 37-40. Per un commento alla sentenza v., fra gli altri, C. Binet, *Arrêt «Lidl»: les critères pris en compte pour examiner la licéité d'une publicité comparative*, in "Journal du Droit Européen", 2011, p. 34 ss.; F. Gencarelli, *Il caso «Lidl»: come valutare la liceità di una pubblicità comparativa di prodotti alimentari*, in "Rivista di Diritto Alimentare", 2011, p. 1 ss.; L. González Vaqué, *The ECJ Issues a Ruling Regarding Comparative Advertising Relating to the Pricing of Food Products Marketed by Competing Retail Chains*, in "European Food and Feed Law Review", 2012, p. 91 ss.

devono intendersi nel senso più favorevole a questa, non possa escludersi una comparazione tra assortimenti di beni a patto però che questi assortimenti siano costituiti da singoli prodotti che soddisfino il requisito della omogeneità²⁶.

Pertanto, la condizione in parola risulta soddisfatta in quelle pubblicità tipicamente effettuate dai grandi magazzini che vendono anche e soprattutto prodotti alimentari, le quali confrontano l'andamento dei prezzi tra diversi concorrenti e, quindi, l'ammontare del possibile risparmio se si facessero gli acquisti presso l'operatore che effettua la pubblicità. Anzi, la Corte stessa plaude questo tipo di *marketing* che compara il livello generale dei prezzi perché può risultare più utile per il consumatore rispetto a un'informazione che compara solo singoli prodotti, in quanto gli permette di scegliere il supermercato dove fare acquisti a prezzi più vantaggiosi²⁷.

Ci si chiede se nell'interpretazione di questa condizione possano valere i rilievi effettuati dalla Corte di giustizia nel momento in cui essa ha interpretato il concetto di sostituibilità fra prodotti al fine di determinare la sussistenza del requisito della concorrenza, di cui alla definizione di pubblicità comparativa. Si è già detto che la Corte ha precisato che i criteri per accertare l'esistenza di un rapporto di concorrenza ai sensi della definizione di cui all'art. 2, lett. c), non sono identici a quelli per verificare se il confronto soddisfi la condizione di cui all'art. 4, lett. b). Ciò in quanto quest'ultima «richiede una valutazione individuale e concreta dei prodotti oggetto specifico del confronto nel messaggio pubblicitario al fine di concludere eventualmente per una loro effettiva sostituibilità», mentre per determinare la sussistenza di un rapporto di concorrenza è sufficiente verificare se i beni che le imprese offrono

²⁶ Punto 39. Per un commento alla sentenza v., in particolare, G. Magri, *Pubblicità comparativa e diritto del consumatore a ricevere informazioni veritiere*, in "Giurisprudenza Italiana", 2007, p. 2168 ss., e L. Van Bunnem, *La pubblicità comparativa sous le régime du droit communautaire*, in "Revue Critique de Jurisprudence Belge", 2007, p. 557 ss.

²⁷ Sentenza *Lidl Belgium*, cit., punto 35. La pubblicità che compara assortimenti di prodotti, così come quella che compara prodotti che hanno la stessa denominazione ma che presentano caratteristiche diverse, può ulteriormente porre un problema con riguardo al rispetto della condizione di verificabilità di cui alla lett. c) dell'art. 4 e al divieto di pubblicità ingannevole, sui quali si tornerà *infra*.

«presentino, in linea generale, una certa intercambiabilità»²⁸. Tuttavia, pur non considerandoli identici, la stessa Corte ammette che anche per l'interpretazione della condizione di cui alla lett. *b*) dell'art. 4 si possono applicare i criteri stabiliti per l'individuazione della sussistenza del rapporto di concorrenza²⁹. Pertanto, al fine di determinare se tra i prodotti comparati esiste un sufficiente grado di intercambiabilità si richiamano le considerazioni già riportate *supra*: occorre valutare non solo lo stato attuale del mercato e delle abitudini di consumo, ma anche le loro possibili evoluzioni, e nel fare ciò si deve tenere conto anche dei possibili cambiamenti delle abitudini di consumo di cui agli altri Stati membri³⁰. Inoltre, è opportuno considerare le caratteristiche concrete dei prodotti che la pubblicità intende promuovere e l'immagine che l'operatore pubblicitario vuole imprimere al prodotto o servizio³¹.

La sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, dalla quale emergono le valutazioni sopra riportate, aveva a oggetto la comparazione tra una birra prodotta secondo un metodo particolare e lo *champagne*. Pur spettando al giudice nazionale verificare se i prodotti comparati presentino un sufficiente grado di intercambiabilità, si può comunque registrare una certa apertura della Corte in tal senso. Ciò conferma l'ampia interpretazione che la Corte dà della condizione di omogeneità. Altre sono le condizioni sulle quali si misura in sostanza la liceità della pubblicità comparativa. Ci si riferisce in particolare alle lett. *a*) e *c*) dell'art. 4 volte a garantire che il confronto si svolga in modo corretto e vantaggioso per i consumatori.

²⁸ Sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punti 47 e 49.

²⁹ *Ivi*, punto 48.

³⁰ *Ivi*, punti 36-39.

³¹ *Ivi*, punti 40 e 41. Come afferma l'Avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni relative alla sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punto 82, «Se l'operatore pubblicitario presenta lui stesso il suo prodotto come valida alternativa a quello dell'altra impresa cui la pubblicità si riferisce, anche se in ipotesi appartenente ad un tipo merceologico diverso, dovrà a mio avviso presumersi l'esistenza di un rapporto di concorrenza (...) a meno che non si possa ragionevolmente escludere, alla luce in particolare della natura, delle caratteristiche, della destinazione e del prezzo relativo dei prodotti, ogni rischio di un trasferimento di clientela in favore del prodotto pubblicizzato».

Il confronto deve essere obiettivo e vertere su elementi pertinenti e verificabili

La lett. c) dell'art. 4 impone che il confronto su beni o servizi avvenga in maniera obiettiva e che riguardi «una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo».

Anzitutto, dunque, il confronto tra beni o servizi deve essere obiettivo. Ciò implica che le caratteristiche dei prodotti o dei servizi comparati siano «di natura tale da poter essere confrontate in maniera equa e imparziale»³². Pertanto, il paragone deve riguardare qualità oggettivamente rilevabili, e non caratteristiche il cui giudizio può variare da persona a persona³³.

Oltre all'obiettività, l'art. 4, lett. c), richiede che il confronto verta su caratteristiche essenziali, pertinenti, rappresentative e verificabili. I primi tre aggettivi hanno lo stesso significato: stanno, infatti, tutti a indicare che la comparazione non deve vertere su aspetti insignificanti, marginali³⁴.

La verificabilità è invece un aspetto più complesso che ha dato origine a diversi dubbi interpretativi. Si può senz'altro affermare che un messaggio pubblicitario è verificabile solo se mette i suoi destinatari in grado di identificare i beni o i servizi comparati³⁵. Si pone però la questione se ciò debba avvenire in occasione della pubblicità, la quale dunque dovrebbe menzionare tutti gli elementi essenziali del confronto così da permettere ai destinatari del messaggio di verificarne immediatamente la correttezza, oppure se

³² V. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano relative alla sentenza *Lidl Belgium*, cit., punto 44.

³³ Come esemplificato sia dall'Avvocato generale Léger nelle conclusioni, dell'8 febbraio 2001, relative alla sentenza *Toshiba Europe*, punto 51, sia dall'Avvocato generale Tizzano nelle conclusioni relative alla sentenza *Lidl Belgium*, cit., punti 44 e 45, l'affermazione per cui un prodotto è più bello o è migliore di un altro risponderebbe a una valutazione soggettiva e, pertanto, non sarebbe conforme al requisito di cui alla lett. c) dell'art. 4.

³⁴ Cfr. H.-W. Micklitz, *Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising*, in H.-W. Micklitz-N. Reich-P. Rott (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 61 ss., spec. p. 103.

³⁵ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano relative alla sentenza *Lidl Belgium*, cit., punti 47-50.

ciò possa avvenire anche in un momento successivo³⁶. Nella prima ipotesi la pubblicità dovrebbe analiticamente indicare tutti i prodotti comparati con le relative caratteristiche oggetto del confronto. Com'è stato giustamente osservato ciò comporterebbe però un grado di dettaglio e di completezza che specie nelle comparazioni che riguardano molti prodotti, come quelle relative all'andamento generale dei prezzi, finirebbe per rendere irrealizzabile l'effettuazione di una pubblicità comparativa³⁷. Inoltre, come già visto, rientra nella definizione di pubblicità comparativa di cui all'art. 2, lett c), sia l'individuazione di beni o servizi esplicita che quella implicita.

Perché il requisito della verificabilità sia rispettato deve dunque ritenersi sufficiente che la pubblicità indichi dove e come gli elementi sui quali la comparazione si basa possano essere agevolmente individuati dal destinatario al fine di permettergli di verificare o, se questi non ha la competenza, di far verificare da terzi l'esattezza delle informazioni riportate³⁸. Si noti che non si può ritenere che il requisito in parola sia rispettato quando è solo nella fase di un eventuale procedimento giudiziario o amministrativo che l'acquisizione dei dati è possibile. Gli elementi della comparazione devono, infatti, poter essere accessibili indipendentemente dall'instaurazione di una fase contenziosa³⁹.

Si noti, peraltro, che ciò che deve potersi verificare sono le caratteristiche di tutti i beni di tutti gli operatori confrontati. Da ciò deve discendere che l'operatore che effettua la pubblicità deve rendere accessibili non solo i dati riguardanti i propri prodotti ma anche quelli dei concorrenti oggetto del confronto. Inoltre, questi devono essere aggiornati⁴⁰.

I beni e le caratteristiche confrontati devono poter essere non solo agevolmente, ma anche precisamente individuati. La Corte di giustizia lo ha precisato nella sentenza *Lidl* concernente il raffronto tra i prezzi praticati da due diversi supermercati in ordine a diversi

³⁶ In argomento v. G. Anagnostaras, *The application of the harmonised standards*, cit., p. 254 ss.

³⁷ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano relative alla sentenza *Lidl Belgium*, cit., punti 52-54.

³⁸ V. sentenza *Lidl Belgium*, cit., punto 74.

³⁹ *Ivi*, punto 71.

⁴⁰ Sulle difficoltà nell'aggiornamento di un elemento incostante come il prezzo v. R. Angelini, *Oggetto e limiti del confronto nella pubblicità comparativa*, in "Europa e Diritto Privato", 2004, p. 644 ss., spec. p. 651 s.

prodotti individuati secondo una menzione generica, ritenendo che se i supermercati confrontati vendono più prodotti in grado di corrispondere alla designazione menzionata nella pubblicità, l'individuazione precisa dei beni diventa impossibile⁴¹. Pertanto siffatta pubblicità risulta illecita per mancanza del requisito della verificabilità.

La possibilità di indicare il marchio, la denominazione commerciale o altro segno distintivo del concorrente

Per poter effettuare una pubblicità comparativa è talvolta indispensabile indicare il marchio, la denominazione commerciale o altro segno distintivo di un concorrente⁴². La direttiva 2006/114 non osta a tale possibilità purché siano rispettate talune condizioni appositamente individuate nell'art. 4, al fine di evitare ipotesi di concorrenza sleale. La comparazione, pertanto, allorché richiami un marchio, una denominazione commerciale o altro segno distintivo di un concorrente non deve: causare discredito o denigrazione degli stessi (lett. *d*); permettere all'operatore pubblicitario di trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà del concorrente (lett. *f*); rappresentare un bene o servizio come imitazione o contraffazione di altri beni o servizi protetti (lett. *g*); creare confusione (lett. *h*)⁴³.

La Corte di giustizia ha avuto modo di interpretare in particolare talune di queste condizioni di liceità. Anzitutto la lett. *d*) con riguardo alle ipotesi di discredito o denigrazione, escludendo che alcune pratiche tipicamente utilizzate nella comparazione possano considerarsi illecite in virtù di questa condizione. La Corte ha pertanto affermato che il confronto che verte sui prezzi non comporta discredito o denigrazione del concorrente più costoso, neppure se l'operatore pubblicitario ha scelto di comparare proprio i prodotti per i quali esistono le differenze maggiori. Rientra nell'esercizio della libertà economica dell'operatore pubblicitario

⁴¹ Punti 63-64.

⁴² Cfr. considerando 14 della direttiva 2006/114.

⁴³ Che la pubblicità comparativa non debba ingenerare confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente è ulteriormente ribadito dall'art. 6, par. 2, lett. *a*), della direttiva 2005/29.

scegliere i prodotti da comparare, così come decidere la frequenza nella diffusione del messaggio pubblicitario⁴⁴.

La Corte è altresì intervenuta nell'interpretazione della lett. f) dell'art. 4 che proibisce quelle comparazioni per effetto delle quali l'operatore pubblicitario trae un indebito vantaggio dalla notorietà del concorrente connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad altro segno distintivo dello stesso, oltre che, come si vedrà *infra*, alle denominazioni d'origine⁴⁵.

Il rischio che l'operatore pubblicitario finisca per appropriarsi di parte della notorietà del concorrente è però nella logica della pubblicità comparativa. Si consideri, infatti, che l'operatore che effettua la pubblicità è spesso un'impresa meno nota che vuol confrontarsi con una più nota e non viceversa⁴⁶. Ciò che la norma in esame intende proibire è solo l'"indebito" vantaggio che l'operatore pubblicitario può trarre. Cosa che avviene nell'ipotesi in cui la pubblicità sia effettuata al solo scopo di trarre vantaggio dalla notorietà del concorrente. Ciò si ha, ad esempio, nel caso della pubblicità parassitaria quando l'operatore pubblicitario identifica il concorrente, o suoi prodotti o servizi, indicando semplicemente che si tratta di prodotti equivalenti ai propri. Oppure quando il riferimento al concorrente non è necessario ai fini dell'informazione circa le caratteristiche dei beni confrontati⁴⁷.

Come emerge dal considerando 15 della direttiva 2006/114 l'utilizzazione del marchio, della denominazione commerciale o di altri segni distintivi del concorrente deve ritenersi possibile solo se ha come scopo quello di effettuare distinzioni e mettere in rilievo le differenze. Pertanto, si deve ritenere che il riferimento a essi

⁴⁴ Sentenza *Pippig Augenoptik*, cit., punti 80 e 81. Come rilevato da R. Angelini, *Oggetto e limiti del confronto*, cit., p. 653, l'esito della sentenza in oggetto non stupisce in quanto «non poteva infatti pretendersi che sull'altare della tutela del concorrente venissero sacrificate (...) la veridicità dei contenuti del messaggio o (...) la libertà di iniziativa economica dell'impresa inserzionista».

⁴⁵ Come sottolinea H.-W. Micklitz, *Unfair Commercial Practices*, cit., p. 105, la condizione di liceità in esame «is intended for the protection of trademarks rather than for the liberalization of comparative advertising».

⁴⁶ Come sottolineano P. Spink-R. Petty, *Comparative Advertising in the European Union*, cit., p. 863, il vero scopo della pubblicità comparativa «is to capitalise on the good name of a competitor».

⁴⁷ V. conclusioni dell'Avvocato generale Léger relative alla sentenza *Toshiba Europe*, cit., punto 85.

deve essere ammesso solo se non si possa altrimenti effettuare la comparazione⁴⁸.

La Corte di giustizia ha precisato che la comparazione crea un indebito vantaggio nel momento in cui, tenendo in considerazione la presentazione della pubblicità e la natura dei destinatari del messaggio, si accerti che il pubblico finisce per trasferire la reputazione dei prodotti del concorrente a quelli dell'operatore pubblicitario⁴⁹. A giudizio di chi scrive si tratta di un'affermazione lacunosa in quanto, se risulta accertato che nella comparazione si evidenziano i pregi del prodotto o servizio pubblicizzato rispetto a quello del concorrente più noto, l'operatore pubblicitario non trae un indebito vantaggio anche se il pubblico dovesse trasferire la reputazione di uno all'altro. Anzi, risponde alla logica della pubblicità comparativa l'obiettivo di far sì che i consumatori pensino che il prodotto pubblicizzato sia all'altezza, anzi, sia migliore, di quello del concorrente confrontato. Essenziale è però che si evidenzino i pregi e/o i difetti dei prodotti comparati.

Con riguardo al divieto di cui alla lett. g) ai sensi della quale la pubblicità comparativa non deve rappresentare un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati, la Corte di giustizia ha precisato il contenuto della fattispecie. Anzitutto, essa non riguarda solo le ipotesi di contraffazione, ma più in generale ogni forma d'imitazione o riproduzione⁵⁰. Inoltre, è da dire che detto divieto non riguarda le ipotesi in cui l'operatore pubblicitario affermi che il suo prodotto ha una caratteristica uguale a quella di un prodotto tutelato da un marchio⁵¹. Ciò che la norma intende vietare sono, invece, le ipotesi in cui l'operatore pubblicitario affermi, implicitamente o esplicitamente, il fatto che il suo prodotto o servizio, o una caratteristica essenziale dello stesso, costituisce un'imitazione o una riproduzione del prodotto o servizio protetto⁵².

⁴⁸ *Ivi*, punto 101.

⁴⁹ Sentenza *Toshiba Europe*, cit., punto 60.

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2009, causa C-487/07, *L'Oréal e a.*, in *Raccolta*, p. I-5185 ss., punto 73.

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 10 febbraio 2009, relative alla sentenza *L'Oréal e a.*, punto 85.

⁵² Sentenza *L'Oréal e a.*, cit., punti 75 e 76. Come osservato dall'Avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni relative alla sentenza in esame, cit., punto 84, «la fattispecie vietata sarà integrata (...), ad esempio, oltre che in caso di esplicita

La comparazione per i prodotti che hanno una denominazione di origine

La lett. e) dell'art. 4 stabilisce che, per esser lecita, la pubblicità che compari «prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione». Come emerge dal considerando 12, il fine è quello di tutelare i prodotti alimentari che recano una denominazione di origine e che sono tutelati in virtù del regolamento (CE) n. 510/2006⁵³. L'art 13, par. 1, del regolamento citato stabilisce in particolare che le denominazioni registrate devono essere tutelate «contro qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto di una denominazione registrata per prodotti che non sono oggetto di registrazione, nella misura in cui questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con questa denominazione o nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare la reputazione della denominazione protetta».

Il dato letterale della lett. e) sembrerebbe sufficientemente chiaro da non lasciare dubbi circa l'interpretazione che vede l'impossibilità di comparare prodotti che hanno una denominazione di origine con prodotti che non ce l'hanno⁵⁴. La Corte di giustizia è giunta invece a conclusioni diverse per effetto di una lettura congiunta con la successiva lett. f) ai sensi della quale l'operato-

ammissione dell'imitazione o della riproduzione del prodotto altrui protetto da un marchio, in caso di uso, a proposito del prodotto dell'operatore pubblicitario, di formule quali "tipo" o "stile" seguite da tale marchio». Sulla difficoltà di distinguere tra le due fattispecie v. C. Morcom, *L'Oréal v Bellure – Who Has Won?*, in "European Intellectual Property Review", 2009, p. 627 ss., spec. p. 632.

⁵³ Regolamento del Consiglio del 20 marzo 2006 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *GUUE L 93* del 31 marzo 2006, p. 12 ss.

⁵⁴ Cfr. S.M. Carbone, *La pubblicità comparativa nel quadro delle recenti metamorfosi del codice civile*, in "Contratto e Impresa. Europa", 2001, p. 207 ss., spec. p. 220, e P. Mengozzi, *L'informazione commerciale nel diritto comunitario*, *ivi*, 1996, p. 576 ss., spec. p. 592. In senso critico avverso il divieto di effettuare pubblicità comparative tra prodotti con denominazione di origine e prodotti che ne sono privi, in quanto si tratterebbe di una misura protezionistica e discriminatoria, v. M. Fusi, *Pubblicità comparativa e denominazioni d'origine*, in "Il Diritto Industriale", 2007, p. 393 ss., spec. p. 394 s.; M. Fusi-P. Testa-P. Cottafavi, *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, 2000, p. 280; V. Meli, *La pubblicità comparativa fra vecchia e nuova disciplina*, in "Giurisprudenza Commentata", 1999, p. 267 ss., spec. p. 288; P. Spink-R. Petty, *Comparative Advertising in the European Union*, cit., p. 864 s.

re pubblicitario non deve trarre «indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa (...) alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti». Per la Corte, l'effetto utile dell'ultima norma risulterebbe compromesso se fosse vietato comparare prodotti che hanno una denominazione di origine con prodotti che ne sono privi⁵⁵. Di nuovo la Corte applica il principio secondo cui le condizioni di liceità devono interpretarsi nel senso più favorevole alla pubblicità comparativa.

Tuttavia, non si ritiene di poter condividere la posizione della Corte per due ordini di motivi. Anzitutto per il dato letterale di cui alla lett. e) che sembra sufficientemente chiaro da escludere siffatti confronti. Inoltre, l'effetto utile della successiva lett. f) non risulterebbe compromesso da questa lettura in quanto la norma può benissimo applicarsi ai confronti operati tra prodotti che possiedono una denominazione di origine. Essa starebbe pertanto ad indicare che nella comparazione tra questi prodotti quello meno noto non deve trarre indebitamente vantaggio dalla popolarità dell'altro. L'interpretazione della Corte finisce semmai per compromettere l'effetto utile della lett. e), in quanto consentire la comparazione tra prodotti con denominazione di origine e prodotti che non ce l'hanno equivale a far perdere ogni significato alla norma in parola.

La pubblicità non deve essere ingannevole

Oltre a rispettare le condizioni di liceità esaurientemente individuate – viste nei paragrafi precedenti – la pubblicità comparativa per essere lecita deve altresì, come ogni forma di pubblicità, non essere ingannevole. L'art. 4, lett. a), richiama la nozione d'ingannevolezza come enunciata nella stessa direttiva 2006/114 e nella direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali la quale può trovare applicazione nei casi oggetto del presente studio in quanto la pubblicità si configura senz'altro come una pratica commerciale⁵⁶. Come

⁵⁵ Sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punti 66-72. In senso critico avverso la sentenza v. M. Fusi, *Pubblicità comparativa e denominazioni d'origine*, cit., p. 395 ss.

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 2, lett. e), della direttiva 2005/29 per pratica commerciale s'intende «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un

già accennato, le due direttive hanno un campo d'applicazione diverso: la 2006/114 riguarda i rapporti *business-to-business* (B2B), mentre la 2005/29 i rapporti *business-to consumers* (B2C). Le due direttive presentano una nozione d'ingannevolezza analoga anche se non del tutto coincidente che si sovrappone ma non si contraddice. Considerando che la lett. *a*) dell'art. 4 richiama entrambe le direttive, se ne deve concludere, ai fini della determinazione dell'eventuale ingannevolezza di una pubblicità comparativa, che tutte e due sono rilevanti.

Dalla lettura combinata dell'art. 2, lett. *b*), della direttiva 2006/114 e dell'art. 6, par. 1, della direttiva 2005/29 risulta che una pubblicità è ingannevole⁵⁷ quando induce in errore o è in grado di indurre in errore le persone alle quali è rivolta e, dato questo carattere ingannevole, è idonea a falsare il comportamento economico delle persone alle quali è rivolta, spingendole a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbero preso, oppure, proprio per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente.

Pertanto, per concludere che una pubblicità è ingannevole occorre considerare due elementi: il contenuto potenzialmente ingannevole del messaggio pubblicitario, e l'impatto che esso ha avuto o potrebbe avere sul processo decisionale dei consumatori, ed eventualmente se esso possa essere lesivo della concorrenza⁵⁸.

Con riguardo al contenuto del messaggio pubblicitario, l'art. 3 della direttiva 2006/114 precisa che occorre considerare tutti gli elementi dello stesso, che sono in particolare riconducibili a tre categorie: le caratteristiche del bene o servizio pubblicizzato; il prezzo e le condizioni di vendita; le caratteristiche dell'operatore pubblicitario⁵⁹. Sempre con riguardo al contenuto, occorre considerare anche la direttiva 2005/29 nella quale si precisa altresì che l'ingannevolezza del messaggio può derivare sia da una azione

professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

⁵⁷ L'art. 6, par. 1, della direttiva 2005/29 non menziona la pubblicità, ma è dedicato, più in generale, alle azioni ingannevoli, tra le quali, come già detto, è compresa la pubblicità.

⁵⁸ Cfr. S. Masini, *Corso di diritto alimentare*, Milano, 2010², p. 283 s.

⁵⁹ Sul punto v. E. Adobati, *Regime giuridico della pubblicità*, in N. Parisi-D. Rinoldi (a cura di), *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2007², p. 125 ss., spec. p. 131 ss.

(art. 6), intesa come pratica che contiene informazioni false, sia da una omissione di informazioni rilevanti (art. 7). Quest'ultima si configura altresì, ai sensi dell'art. 7, par. 2, quando il professionista occulti o presenti «in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti».

Per quanto concerne il secondo elemento della nozione d'ingannevolezza, mentre la direttiva 2005/29, dato il suo ambito di applicazione limitato ai rapporti B2C, richiede che venga valutato l'effetto dell'ingannevolezza sulle decisioni di natura commerciale dei consumatori, la direttiva 2006/114, che si applica nei rapporti B2B, richiede che si valuti, oltre all'effetto sulle persone (anche giuridiche) alle quali il messaggio è rivolto, anche la possibile lesione di un concorrente.

Nel valutare l'eventuale effetto del messaggio pubblicitario occorre considerare le persone alle quali esso è rivolto. Se il messaggio è indirizzato ad un pubblico specializzato, occorrerà tenere presente come parametro di riferimento il soggetto dotato di particolari conoscenze tecniche che lo rendono in grado di discernere maggiormente circa l'ingannevolezza. All'opposto, se il messaggio è indirizzato, o comunque può raggiungere, dei minori di età, occorrerà considerare l'inesperienza degli stessi e le maggiori difficoltà che essi possono avere nel decifrare l'eventuale ingannevolezza del messaggio. Negli altri casi occorre fare riferimento alla nozione di consumatore medio come elaborata dalla Corte di giustizia, e poi confluita nel considerando 18 della direttiva 2005/29, per cui occorre prendere in considerazione le aspettative e le reazioni tipiche «di un consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»⁶⁰.

L'art. 4, lett. a), nell'individuare il concetto d'ingannevolezza fa espresso riferimento, oltre alle norme considerate, anche all'art. 8, par. 1, della stessa direttiva 2006/114. Tale norma consta di due commi di cui il 1° autorizza gli Stati membri ad adottare, in materia di pubblicità ingannevole, normative più severe e restrittive e ciò con lo scopo di garantire una maggiore tutela a favore

⁶⁰ Cfr. sentenze del 6 luglio 1995, causa C-470/93, *Mars*, in *Raccolta*, p. I-1923 ss., punto 24; del 16 luglio 1998, causa C-210/96, *Gut Springenheide and Tusky*, in *Raccolta*, p. I-4657 ss., punti 31 e 37; del 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Estée Lauder*, in *Raccolta*, p. I-117 ss., punto 30; del 10 settembre 2009, causa C-446/07, *Severi*, in *Raccolta*, p. I-8041 ss., punto 61.

dei professionisti e dei concorrenti. Mentre il 2° comma, come già accennato, esclude che gli stessi possano introdurre norme più restrittive in materia di pubblicità comparativa. Si pone quindi il problema se il riferimento operato dalla lett. a) dell'art. 4 all'art. 8, par. 1, debba intendersi nel senso che in presenza di una comparazione il 2° comma esclude l'applicazione del 1°, con la conseguenza che nel caso di pubblicità comparativa gli Stati non possano adottare una nozione più severa di ingannevolezza oppure se, al contrario, il concetto di ingannevolezza, applicabile anche nell'ipotesi di una comparazione, possa essere anche quello eventualmente più severo di cui alla legislazione nazionale. Si rinvergono elementi a favore sia dell'una che dell'altra interpretazione. A sostegno della seconda – per cui anche in presenza di una comparazione si possono applicare eventuali norme nazionali più rigorose in materia di ingannevolezza – fa anzitutto propendere la considerazione che, se così non fosse, non avrebbe senso il rinvio operato all'art. 8, par. 1: se il legislatore comunitario avesse voluto escludere siffatta interpretazione non avrebbe introdotto nella lett. a) dell'art. 4 alcun riferimento all'art. 8 e si sarebbe limitato alla nozione di ingannevolezza di cui alle norme precedentemente considerate. Inoltre, tale interpretazione risponderebbe all'esigenza di evitare che ai professionisti e concorrenti sia garantita, nei casi di comparazione e solo in questi, una minore tutela dall'eventuale ingannevolezza del messaggio pubblicitario⁶¹. Si consideri altresì che l'interpretazione che consente di applicare anche alla pubblicità comparativa norme nazionali in tema di pubblicità ingannevole più restrittive riuscirebbe meglio a conciliare i due obiettivi della direttiva: la tutela degli operatori economici rispetto alla pubblicità ingannevole, da un lato, e la fissazione di condizioni tassative per la pubblicità comparativa, dall'altro lato⁶². A questa lettura si contrappongono però altre valide considerazioni. La prima è quella per cui essa porterebbe con sé il rischio di difformità applicative tra i diversi Stati membri, effetto che la direttiva in esame mira invece a scongiurare e che, anzi, è alla base dell'armonizzazione della disciplina della pubblicità comparativa. In secondo luogo, detta interpretazione non risulterebbe conforme al principio fondamentale, più volte

⁶¹ V. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, del 12 settembre 2002, relative alla sentenza *Pippig Augenoptik*, punto 42.

⁶² *Ivi*, punto 46.

ribadito dalla Corte di giustizia, secondo cui le condizioni poste alla pubblicità comparativa devono interpretarsi nel senso a essa più favorevole. Proprio sulla base di quest'ultima considerazione la stessa Corte ha deciso di aderire all'interpretazione che fa prevalere le esigenze dell'uniformità applicativa, affermando esplicitamente che «le disposizioni nazionali più restrittive in materia di tutela contro la pubblicità ingannevole non possono essere applicate alla pubblicità comparativa»⁶³.

Per quanto concerne l'interpretazione della lett. a) dell'art. 4 nelle ipotesi di pubblicità di prodotti alimentari, rilevano le già citate sentenze *Lidl Belgium* e *Lidl*.

Con riguardo all'eventuale ingannevolezza della comparazione tra diversi assortimenti di prodotti viene in rilievo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia nella sentenza *Lidl Belgium* che, come già accennato, concerneva il caso della comparazione del livello generale dei prezzi tra due grandi magazzini effettuata sulla base di un campione di prodotti. La Corte ha affermato che questo tipo di pubblicità è da considerarsi ingannevole nel momento in cui si dovesse accertare – e questo è naturalmente compito del giudice nazionale – che la decisione d'acquisto di un numero significativo di consumatori è presa nell'erronea convinzione che nel determinare l'andamento dei prezzi sono stati presi in considerazione tutti i prodotti dei diversi concorrenti⁶⁴. Per lo stesso motivo, l'ingannevolezza sussiste parimenti quando la decisione commerciale del consumatore è presa nell'erronea convinzione che il risparmio prospettato nella pubblicità sussiste indipendentemente dal tipo e dalla quantità di articoli acquistati, oppure nella convinzione che tutti i prodotti dell'operatore pubblicitario siano meno cari di quelli del concorrente⁶⁵.

Nella successiva sentenza *Lidl*, alla base della quale vi era un confronto degli scontrini della spesa effettuata in diversi supermercati, la Corte si colloca nella scia della precedente sentenza *Lidl Belgium* sostenendo l'ingannevolezza di quella pubblicità comparativa che faccia erroneamente ritenere a un numero significativo di consumatori che «la selezione di prodotti compiuta dall'operatore

⁶³ Sentenza *Pippig Augenoptik*, cit., punto 44. Per un commento sul punto v. R. Angelini, *Oggetto e limiti del confronto*, cit., p. 646 s.

⁶⁴ Punto 83.

⁶⁵ *Ibidem*.

pubblicitario sia rappresentativa del livello generale dei prezzi di quest'ultimo rispetto a quelli praticati dal suo concorrente» e che, dunque, si realizzeranno analoghi risparmi indipendentemente dai beni acquistati⁶⁶.

Per quanto concerne più propriamente i prodotti alimentari che, come detto precedentemente, avendo la stessa denominazione possono essere comparabili, in quanto omogenei, anche se differenti ad esempio per quanto riguarda il gusto, il metodo di fabbricazione, l'origine o gli ingredienti utilizzati, la Corte nella sentenza *Lidl* ritiene che in questi casi si rischi il configurarsi di una pubblicità ingannevole. Infatti, se si accerta che i prodotti selezionati presentano delle differenze del tipo di quelle indicate e che queste diverse caratteristiche sono in realtà idonee a condizionare la scelta dell'acquirente, ciò si risolve in un'omissione ingannevole⁶⁷.

Dalle due sentenze citate emerge come nell'ambito della pubblicità comparativa il giudice nazionale, ai fini dell'individuazione dell'eventuale ingannevolezza del messaggio pubblicitario, deve verificare quanti consumatori sono stati indotti in errore, in particolare, deve trattarsi di un numero significativo. Questa affermazione comporta due conseguenze importanti. Anzitutto, ciò appare come un superamento del criterio normalmente impiegato nel valutare l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario, ossia il c.d. test del consumatore medio – volto a valutare le reazioni tipiche del consumatore normalmente informato e avveduto – che opera in maniera oggettiva e non comporta la necessità di verificare il numero delle persone effettivamente ingannate⁶⁸. Ma ciò che stupisce maggiormente è che imponendo la verifica del numero

⁶⁶ Punto 50.

⁶⁷ Punti 51-54.

⁶⁸ G. Anagnostaras, *The application of the harmonised standards*, cit., p. 257, quando afferma che «national Courts have the alternative to examine the actual measure of confusion that a statement has created to the public and to determine its effect on the final purchase decision. If they decide to do so, they must regard as deceptive any assertion that has misled a significant percentage of its addressees» sembra ritenere che il giudice nazionale sia posto nella possibilità di scegliere se applicare il test del consumatore medio oppure procedere alla verifica del numero dei consumatori ingannati. A giudizio di chi scrive sembra invece che la Corte nelle sentenze *Lidl Belgium* e *Lidl* sia stata sufficientemente chiara nello stabilire che il giudice nazionale debba verificare la portata del numero di consumatori ingannati.

di consumatori effettivamente ingannati la Corte non sembra rispettare la definizione d'ingannevolezza vista *supra*, ai sensi della quale la pubblicità è ingannevole non solo quando effettivamente induce in errore, ma anche quando possa indurre in errore il consumatore. Detta definizione autorizza, infatti, a poter riscontrare l'ingannevolezza a prescindere dalla verifica concreta del numero di persone che effettivamente hanno preso una decisione di natura commerciale diversa da quella che altrimenti avrebbero preso.

Osservazioni conclusive

La Corte di giustizia ha ammesso a più riprese la possibilità di effettuare pubblicità comparative tra alimenti. Non deve rappresentare un ostacolo il fatto che tipicamente i prodotti alimentari, pur avendo una stessa denominazione di vendita, non possono considerarsi identici perché hanno, ad esempio, un gusto, un'origine, degli ingredienti diversi o sono prodotti secondo metodi differenti che li rendono particolari.

La Corte autorizza altresì quelle pubblicità particolarmente diffuse soprattutto in altri Paesi europei nelle quali si compara l'andamento dei prezzi, anche di prodotti alimentari, praticati da diversi supermercati.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia si evidenzia dunque un orientamento favorevole alla pubblicità comparativa le cui condizioni di liceità vengono intese in senso piuttosto ampio. Si segnala, ad esempio, l'interpretazione che la Corte dà del divieto di cui alla lett. e) dell'art. 4 della direttiva 2006/114 di effettuare comparazioni tra prodotti che hanno una denominazione di origine con prodotti che ne sono privi. Disattendendo il dato letterale e con un ragionamento non condivisibile la Corte finisce per negare l'esistenza del divieto così chiaramente stabilito. Similmente audace risulta la posizione della Corte relativa al criterio di omogeneità, seppure non esplicita ma comunque ricavabile dal ragionamento per cui una birra, seppure prodotta secondo un metodo particolare, e lo *champagne* potrebbero considerarsi come intercambiabili.

Tuttavia, le pubblicità in esame finiscono spesso per cadere sotto la scure del divieto di pubblicità ingannevole. Infatti, con riguardo agli alimenti, quegli stessi elementi di difformità che non

devono rappresentare un ostacolo alla comparazione possono però dare origine a una pratica ingannevole nel momento in cui si dovesse accertare che l'omissione delle differenti caratteristiche è idonea a condizionare la scelta del consumatore. Allo stesso modo, la comparazione tra diversi assortimenti di prodotti, alla quale la Corte plaude come strumento per una migliore informazione del consumatore, deve giudicarsi come ingannevole e pertanto vietata se dovesse lasciare intendere – e questo è spesso il caso – che un supermercato è in generale meno caro dell'altro indipendentemente dagli articoli acquistati.

Pertanto, la pubblicità comparativa tra alimenti, ammessa e favorita in più occasioni dalla stessa Corte, si rivela di difficile attuazione nella pratica. Anzitutto perché potrebbe considerarsi come non ingannevole solo se effettuata tra alimenti che non presentano differenze significative agli occhi dei consumatori, finendo così per ammettersi solo quei confronti che si basano sui prezzi di prodotti molto simili, se non identici. Inoltre, potrebbe sfuggire al rischio di essere ingannevole solo se effettuata con una serie di cautele come, ad esempio, l'esplicita indicazione che l'andamento dei prezzi comparato è effettuato su un campione non rappresentativo di tutto il catalogo, o il risparmio indicato sussiste solo per i prodotti specificamente indicati, ecc., che finirebbero però per farle perdere quegli elementi di seduzione e di immediatezza che la rendono, o dovrebbero renderla, attrattiva.

EDUCatt - Ente per il Diritto allo Studio Universitario dell'Università Cattolica
Largo Gemelli 1, 20123 Milano - tel. 02.7234.22.35 - fax 02.80.53.215
e-mail: editoriale.dsu@educatt.it (produzione); librario.dsu@educatt.it (distribuzione)
web: www.educatt.it/libri
ISBN: 978-88-8311-975-0 / ISSN: 2239-7302

I *Quaderni* nascono per ospitare atti e testi derivanti dalle iniziative promosse dal Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, nonché saggi e articoli dei suoi Docenti e Ricercatori, dei loro collaboratori a tutti i livelli e di autori estemi.

Gli afferenti al Dipartimento appartengono a diverse aree scientifico-disciplinari, diritto, scienza politica e storia, orientate allo studio dei fenomeni politici, nelle loro espressioni istituzionali ed organizzative, a livello internazionale ed interno agli Stati.

I Docenti e i Ricercatori del Dipartimento sono tutti profondamente radicati nelle loro rispettive discipline, ma ritengono che il loro rigore metodologico, la loro specifica competenza, la loro capacità di comprendere i fenomeni oggetto dei loro studi siano arricchiti dal confronto interdisciplinare consentito dalla struttura scientifica alla quale appartengono. I *Quaderni* vogliono anche contribuire a riaffermare il valore scientifico irrinunciabile del Dipartimento di Scienze Politiche.

ORBEM PRUDENTER INVESTIGARE ET VERACITER AGNOSCERE



euro 15,00