

Università degli Studi di Verona
Dipartimento di Diritto dell'Economia

I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette

ATTUAZIONE E IMPATTO SISTEMATICO
DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE

a cura di

ANNA GENOVESE

PAOLO AUTERI - ROSARIO ESPINOSA CALABUIG

GIAMPAOLO DALLE VEDOVE

VINCENZO DI CATALDO - PHILIPP FABBIO

ANNA GENOVESE - MARIO LIBERTINI

MARIA ROSARIA MAUGERI - VINCENZO MELI



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2008

LE PRATICHE SLEALI INGANNEVOLI

Vincenzo Meli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I soggetti protetti. – 3. La contrarietà alla diligenza professionale. – 4. Il riferimento al consumatore medio. – 5. Il “*dolus bonus*”. – 6. La nozione di pratica ingannevole. – 7. L’influenza sulle decisioni commerciali dei consumatori. – 8. Gli elementi rilevanti per il giudizio di ingannevolezza. – 9. La *black list* di pratiche ingannevoli *per se*. – 10. Prodotti pericolosi. Bambini e adolescenti. – Il D.lg. n. 146/07 sulla pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

1. PREMESSA

Per chi viene chiamato ad affrontare il tema dell’attuazione della Direttiva 2005/29/CEE con particolare riferimento alle pratiche sleali “ingannevoli” ineludibile è il confronto con la disciplina della pubblicità ingannevole (introdotta in origine nell’ordinamento italiano con il D.lg. n. 74/92, trasfusa poi nel D.lg. n. 206/05, Codice del consumo). Ciò, da un lato, perché le pratiche sleali (o meglio, scorrette, come ha preferito denominarle il legislatore italiano) ingannevoli, come si avrà modo di argomentare, altro non sono che la pubblicità ingannevole, almeno come essa è stata interpretata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato; dall’altro perché, dopo quindici anni di operosa vigenza, dei quali non si potrà non tener conto, con i D.lg. n. 145 e 146 del 2007 la vecchia disciplina non è stata sostituita da quella delle pratiche sleali ingannevoli, bensì da essa affiancata.

È proprio da questo secondo punto che prende avvio il mio discorso. Prima di affrontare il tema dell’attuazione della Direttiva 2005/29/CE, non si può infatti rinunciare ad evidenziare come l’origine della singolare compresenza di due discipline con contenuti in gran parte uguali, ma con differenti destinatari, sia da rinvenirsi

nella non linearità del percorso che ha condotto all'attuale sistemazione. Partito, infatti, dall'armonizzazione minima in materia di pubblicità ingannevole (con la Direttiva 84/450/CEE), il legislatore comunitario ha, per via, aggiunto l'armonizzazione massima in materia di pubblicità comparativa (Direttiva 97/55/CEE), sovrapponendo poi l'armonizzazione massima in tema di pratiche commerciali sleali (Direttiva 2005/29/CE), senza però sostituire con questa l'originaria disciplina della pubblicità ingannevole (e comparativa illecita), che, inalterata nelle previsioni sostanziali, è stata dirottata (con la stessa Direttiva 2005/29/CE e la successiva "codifica" nella Direttiva 2006/114/CE) verso un più limitato ambito soggettivo di operatività.

Le ragioni di tale approdo risiedono, come già rilevavo in un mio precedente scritto sul tema¹, nella circostanza che l'armonizzazione comunitaria in materia di pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa ha preceduto l'armonizzazione generale delle discipline in materia di tutela del consumatore.

È noto come nella versione originaria del Trattato CEE non esistesse un generale riferimento alla protezione dei consumatori. Essa entra tra gli obiettivi del Trattato solo a partire dal 1993, trovando attualmente posto nell'art. 153². La necessità di mettere in agenda

¹ Voce "Pubblicità ingannevole", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006.

² Con l'Atto Unico europeo, entrato in vigore il 1° luglio 1987, venne introdotto nel Trattato l'articolo 100 A, a norma del quale la Commissione europea è tenuta a proporre misure di tutela del consumatore basandosi su "un livello di protezione elevato" nell'elaborazione delle leggi sul Mercato Unico. Per vedere la protezione dei consumatori assurgere ad obiettivo dichiarato di politiche comunitarie si deve però attendere il Trattato di Maastricht sull'Unione europea, entrato in vigore il 1° novembre 1993, il quale vi dedica specificamente il Titolo XI. Con l'art. 129 A, all'Unione vengono attribuite competenze per il conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori attraverso l'adozione di misure *ex art.* 100 A. Il Trattato precisa che le azioni adottate a livello comunitario non impediscono alle autorità nazionali di mantenere oppure introdurre misure di protezione più rigorose. Con il Trattato di Amsterdam, sottoscritto il 2 ottobre 1997, l'obiettivo della protezione dei consumatori viene rafforzato, prevedendosi l'adozione di specifici provvedimenti e ribadendosi la necessità che gli interessi e le esigenze dei consumatori vengano efficacemente presi in considerazione dalla normativa dell'Unione. L'art. 129 A del Trattato di Maastricht viene riscritto nell'art. 153 del vigente testo, in cui si afferma che "al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare loro un elevato livello di protezione, la Comunità contribuisce a tutelarne la salute, la sicurezza e gli interessi economici nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione ed all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi". Il 2°

azioni in
Consiglio
approvava
veniva in
("ogni per
servizi per
consumato
preliminar
consumato
comunitari
di protezio
• il dirit
È da
direttamente
Direttiva 84
prima prop
interesse con
l'avvio di un
vivo solo ne
È dunque
differenza c
ascrivibili a
appare chiar
dalle impres
dei consuma
impresa e co
tutele a fron
prende in cor
(gli interessi
in generale),

comma dell'art.
politiche o attività
protezione dei con

³ Conseil de l'Eur
⁴ In G.U.C.E. C 97

all'attuale
in materia
il legislatore
massima in
97/55/CEE),
di pratiche
sostituire con
ingannevole (e
sanzionali, è stata
essiva "codifica"
ambito soggettivo

avevo in un mio
l'armonizzazione
e pubblicità
e delle discipline

Trattato CEE non
consumatori. Essa
1993, trovando
mettere in agenda

1976.
venne introdotto nel
europea è tenuta a
di protezione
edere la protezione dei
comunitarie si deve però
trattato in vigore il 1°
1993. Con l'art. 129 A,
un elevato livello
art. 100 A. Il Trattato
riscono alle autorità
ma rigorose. Con il
della protezione dei
provvedimenti e
consumatori vengano
L'art. 129 A del
testo, in cui si afferma
"garantire loro un elevato
sicurezza e gli
all'informazione,
interessi". Il 2°

azioni in tal senso aveva però già preso avvio da un rapporto del Consiglio d'Europa del 1972³; nel 1973, lo stesso Consiglio d'Europa approvava una Carta europea di protezione dei Consumatori, in cui veniva individuata per la prima volta una definizione di consumatore ("ogni persona fisica o morale alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato"). L'informazione, come oggetto di diritti del consumatore, compare invece, per la prima volta, nel "Programma preliminare della CEE per una politica di tutela ed informazione dei consumatori"⁴, della Commissione, che pone al centro dell'azione comunitaria di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di protezione dei consumatori cinque diritti fondamentali:

- il diritto alla tutela della salute e della sicurezza;
- il diritto alla tutela degli interessi economici;
- il diritto al risarcimento dei danni;
- il diritto all'informazione e all'educazione;
- il diritto alla rappresentanza.

È da detto "Programma preliminare" che si avvia dunque direttamente quel processo che conduce all'approvazione della Direttiva 84/450/CEE, in materia di pubblicità ingannevole, la cui prima proposta è del 1978. La manifestazione di uno specifico interesse comunitario per la comunicazione commerciale anticipa cioè l'avvio di una generale azione a tutela del consumatore, che entra nel vivo solo negli anni Novanta.

È dunque in chiave diacronica che si spiega una fondamentale differenza di impostazione individuabile nei materiali normativi ascrivibili a queste due diverse fasi. La disciplina dell'informazione appare chiaramente strutturata come disciplina di un'attività svolta dalle imprese sul mercato, laddove la successiva azione a protezione dei consumatori si concentrerà in larga prevalenza sul rapporto tra impresa e consumatore. Ne deriva, così, che, mentre nell'apprestare tutele a fronte dell'attività pubblicitaria il legislatore comunitario prende in considerazione la pluralità degli interessi coinvolti da esso (gli interessi dei consumatori, della imprese concorrenti, del pubblico in generale), le discipline scaturite dalla generale azione a protezione

comma dell'art. 153 afferma anzi che "Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori".

³ Conseil de l'Europe, *Protection des consommateurs*, Strasburgo, 1972.

⁴ In G.U.C.E. C 92/01 del 25 aprile 1975.

del consumatore pongono l'attenzione esclusivamente sulla relazione tra le parti di un nascente rapporto contrattuale.

Tale autonomia delle fonti era stata ben rispecchiata nel nostro Codice del consumo, il quale aveva inserito la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa nella Parte II, rubricata "Educazione, informazione e pubblicità", e le discipline del contatto negoziale nella Parte III del Codice del consumo, rubricata "Il rapporto di consumo". Non solo, ma forte della distinzione dei percorsi comunitari da cui quelle discipline erano scaturite, i redattori del Codice del consumo avevano avuto cura di individuare il consumatore da tutelare rispetto alla comunicazione commerciale⁵ in termini comprensibilmente più ampi di quelli dei soggetti da tutelare nel rapporto di consumo con il professionista⁶.

A partire dal *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*⁷, tuttavia, l'azione comunitaria si orienta verso una generale tutela contro ogni tipo di pratica sleale, ivi inclusa l'informazione sleale, messa in atto dalle imprese *nei confronti dei consumatori*. In sintesi, anche la tutela a fronte dell'informazione commerciale viene inglobata nell'ambito della generale azione che vede tutelato il consumatore nel suo rapporto con le imprese. Si assiste, così, ad una singolare operazione di decontestualizzazione delle attività promozionali svolte dalle imprese. Nel pur lodevole intento di superare la frammentarietà oggettiva della fin qui vigente normativa comunitaria, anziché unificare l'esistente, dando luogo ad una disciplina generale delle operazioni sleali sul mercato, in cui, sul modello di quanto, appunto, era stato tentato in materia di pubblicità ingannevole, di esse viene colta la plurioffensività⁸, il legislatore sceglie la strada della frammentazione soggettiva: adotta infatti diverse discipline, in parte parallele, che pretende di organizzare

⁵ All'art. 18, comma 2, D.lg. n. 206/2005.

⁶ Sulla molteplicità di nozioni di consumatore scaturenti dal Codice, si veda L. DELOGU, *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2006, 87.

⁷ COM (2001) 531 def., del 2.10.2001. Sul Libro verde e sul percorso che conduce alla Direttiva 29/2005/CE, si veda adesso L. DI MAURO, *L'iter normativo: dal Libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche sleali*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, Milano, 2007, 1 ss.

⁸ Coglie questa differenza G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, 1 ss.

rigidament
(profession
Direttiva
operazione
esclusivo p
poi non
l'enforcem
concorrent
illecita, al
dalla 2005
anch'essa r
dei profess
sola comun

Era be
fenomeni c
l'oggetto s
discipline,
è, di fronte
l'altra: la q
con i limi
soggetto leg
fine di que
disciplina c
già ampiam
della pubbl
decisione a
attraverso i
agosto 2007
e comparati
sommaria g
suddette qu

⁹ R. DI RAIMO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, 1 ss.

rigidamente per coppie di relazioni tra soggetti del mercato (professionisti/consumatori; professionisti/professionisti)⁹. La Direttiva 2005/29/CE, che è il principale risultato di questa operazione, affronta così anche la comunicazione commerciale come esclusivo problema dei rapporti tra impresa e consumatore (anche se poi non rinuncia a richiedere agli Stati, per ciò che riguarda l'*enforcement*, di considerare i connessi interessi "indiretti" dei concorrenti). La disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita, al contempo, con la modifica della Direttiva 84/450, attuata dalla 2005/29, ma poi codificata dalla Direttiva 2006/114, che è anch'essa risultato dell'operazione, viene dedicata all'esclusiva tutela dei professionisti nei confronti di altri professionisti nell'ambito della sola comunicazione commerciale.

Era ben possibile che da tale artificiosa separazione soggettiva di fenomeni che oggettivamente appaiono per più versi coincidenti per l'oggetto scaturisse un serio problema di coordinamento tra diverse discipline, difficile da risolvere anche perché non si capisce bene qual è, di fronte ai medesimi fatti illeciti, il criterio per applicare l'una o l'altra: la qualità delle potenziali vittime (consumatori o professionisti, con i limiti di identificazione che signaleremo)? La qualità del soggetto legittimato a richiedere tutela? Sul tema torneremo, però, alla fine di quest'intervento, dopo aver detto dell'impatto della nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali ingannevoli nel contesto già ampiamente arricchito da quindici anni di vigenza della disciplina della pubblicità ingannevole. Qui anticipiamo solamente che, con decisione accorta, il legislatore italiano, in sede di recepimento, attraverso i due decreti legislativi portanti entrambi la data del 2 agosto 2007, e i numeri, rispettivamente, 145 (pubblicità ingannevole e comparativa illecita) e 146 (pratiche commerciali scorrette), ha fatto sommaria giustizia di ogni artificiosa distinzione, eludendo così le suddette questioni. È bastato riunire le due discipline (tre, se si

⁹ R. DI RAIMO, *L'art. 14 della direttiva 2005/29/CE e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali"*, cit., 290, rileva essere "scelta sostanzialmente impegnativa quella di sganciare la tutela del consumatore verso la pubblicità ingannevole da una disciplina generale rivelatasi alla prova dei fatti assai più efficiente delle altre speciali fino ad oggi dedicate a differenti aspetti della tutela, in via esclusiva, del medesimo consumatore". L'A. si mostra in generale giustamente critico verso la pretesa comunitaria di isolare la tutela del consumatore dal contesto complessivo degli interessi coinvolti dall'attività promozionale delle imprese sul mercato.

considera quella della pubblicità comparativa illecita), pur diversamente collocate – una nel Codice del consumo e l'altra divenuta autonoma –, nell'onnicomprendente competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dotando questa di un generale potere di attivazione d'ufficio, che elimina in radice ogni questione di legittimazione a chiedere tutela.

2. I SOGGETTI PROTETTI

Dato che, come detto, la Direttiva 2005/29/CE riguarda solo la relazione tra professionista e consumatori, la prima peculiarità che la nuova disciplina evidenzia, rispetto alla precedente dedicata alla pubblicità ingannevole, è la pretesa di individuare in termini vincolanti i soggetti coinvolti e, in particolare, i consumatori, destinatari della protezione.

Come si è detto, l'originaria disciplina della pubblicità ingannevole, posta dalla Direttiva 84/450, non conteneva una definizione di consumatore, né una definizione era stata fornita dal D.lg. n. 74/92, col quale la direttiva era stata recepita. Al momento del passaggio al Codice del consumo, accanto alla nozione generale di consumatore, contenuta nell'art. 3 (*"la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"*), che appariva tagliata su misura per una disciplina del momento contrattuale, nell'art. 5, che apre il Titolo II del Codice, dedicato alla "Informazione dei consumatori", ne veniva adottata una specifica, per cui *"Fatto salvo quanto disposto dall'art. 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali"*. Non solo, ma una analoga nozione di consumatore (o utente), pleonastica¹⁰ anche se innocua, veniva aggiunta, proprio in sede specifica di disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita: secondo l'art. 18, comma 2, *"Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona*

¹⁰ Si veda L. DELOGU, *Leggendo il Codice del consumo*, cit. Sulle nozioni, comunitaria e nazionale, di consumatore, si veda anche G. PIZZOLANTE, *La nozione di 'consumatore' nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2003, 319.

¹¹ Così G. DALLE

fisica o giu
ne subisce
utilizzato
ambiguità,
l'espression
alla definiti
consumator
ritenersi qu
della pubbl
l'attività sv
interessata a
la restrittiv
contrattuale
comunicazio
di una rela
potendosi pe
dell'operazi
perché *poten*
destinatari o
A tale i
prassi dell'A
pregiudicabil
vincolanti i
legittimati a
regime a nec
segnalare cas
fisica o giu
consumatore
qualche mod
Priva di c
è dunque la s
pratiche ingar
con riferime
l'avvenuto co
consumatore

fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze". Certo, il "fatto salvo", come si è visto utilizzato sia nell'art. 5 sia nel 18, lasciava spazio a qualche ambiguità, non comprendendosi di primo acchito che senso avesse l'espressione, posto che, in realtà, essa introduceva una piena deroga alla definizione generale. Nessuno può però seriamente dubitare che il consumatore nella disciplina della pubblicità ingannevole dovesse ritenersi qualunque persona fisica o giuridica che fosse destinataria della pubblicità o ne potesse risultare pregiudicata, quale che fosse l'attività svolta e i fini per cui, eventualmente, avrebbe potuto essere interessata al prodotto pubblicizzato. In breve, in nulla poteva rilevare la restrittiva definizione dettata con riferimento alla materia contrattuale. E ciò appare persino ovvio: la protezione rispetto alla comunicazione commerciale riguarda, infatti, non la fase della nascita di una relazione negoziale, le cui parti risultano già individuate, potendosi perciò determinare il motivo che le induce al compimento dell'operazione, bensì quella dell'informazione, ritenuta illecita perché *potenzialmente* idonea a trarre in inganno la *generalità* dei suoi destinatari o, appunto, delle persone che essa raggiunge.

A tale interpretazione si è, del resto, invariabilmente attenuta la prassi dell'Autorità che, in considerazione degli interessi generali pregiudicabili dalla diffusione della pubblicità, ha ritenuto assai poco vincolanti i *nomina* dei soggetti indicati nella disciplina come legittimati a chiedere tutela, con la conseguenza di ammettere – in un regime a necessario impulso esterno all'azione – come legittimato a segnalare casi di pubblicità ingannevole *quisque de populo*, persona fisica o giuridica che fosse, purché si autoqualificasse come consumatore o associazione di consumatori (per ovvie ragioni, in qualche modo più stringente era la qualifica di "concorrente").

Priva di qualunque senso logico, per la natura dei fatti considerati, è dunque la scelta, operata nella Direttiva 2005/29/CE, di definire le pratiche ingannevoli - probabilmente un diverso discorso si può fare con riferimento a quelle "aggressive", che sembrano esigere l'avvenuto contatto tra le parti¹¹ - individuando la stessa nozione di consumatore di cui alle discipline dirette ad intervenire in sede di

¹¹ Così G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche aggressive*, in questo volume.

formazione del vincolo negoziale¹². Vincolo negoziale la cui sussistenza, ai fini della disciplina, è sicuramente irrilevante, esattamente come lo era ai fini della disciplina della pubblicità ingannevole¹³. Gli illeciti contemplati nella nuova disciplina sono anch'essi, comunque, illeciti di pericolo: non è cioè necessario che la pratica abbia prodotto il proprio effetto lesivo (cioè l'induzione del consumatore "ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso", come recitano gli art. 6, comma 1 e 7, comma 1, della direttiva, ora negli art. 21 e 22 del Codice del consumo), ma solo che essa sia idonea a produrlo. Ma tutta la disciplina si indirizza a pratiche che normalmente vengono indirizzate ad una platea indistinta di destinatari.

Come che sia, in sede di redazione del D.lg. n. 146/07, data la natura massima dell'armonizzazione disposta dalla Direttiva 2005/29, il legislatore italiano non ha potuto sottrarsi alla scelta di definire il consumatore rispetto all'agire o meno per fini privati, sostituendo la definizione di consumatore dell'art. 18, comma 2 del Codice del consumo, con quella imposta dalla Direttiva. Ne deriva che, almeno in via di principio, l'Autorità, nel decidere se attivarsi di fronte a comunicazioni qualificabili come pratiche sleali ingannevoli dovrebbe adesso chiedersi se potenziali destinatari ne siano persone fisiche che agiscono per fini privati, ovvero soggetti professionali, negando nel secondo caso la tutela. La tutela dovrebbe essere negata anche qualora

¹² Tale scelta era stata già compiuta dal legislatore tedesco, con la novella del 2004 all'UWG. Il § 2, Abs. 2, definisce consumatore e imprenditore per rinvio ai §§ 13 e 15 del BGB.

¹³ Il Considerando 13 della Direttiva 2005/29 afferma che "Per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione". L'art. 3 traduce tale indicazione in norma, disponendo che "La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto". Ciò appare chiara conferma della irrilevanza della sussistenza di un rapporto contrattuale, contrariamente a quanto sostenuto da G. DE CRISTOFARO, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali"*, cit. Correttamente ASSONIME, *Pratiche commerciali scorrette*, Circolare n. 80/07, del 17 dicembre 2007, 11, distingue le pratiche che si collocano prima dell'operazione commerciale, quali "i messaggi pubblicitari volti ad indurre all'acquisto del prodotto", da quelle che si collocano dopo il compimento dell'operazione commerciale, quale "il cercare scorrettamente, dopo la conclusione del contratto, di dissuadere il consumatore dall'esercizio di un suo diritto".

si ritenes
persone gi
Ognu
perché a)
commercia
generalme
consumato
consumat
non è il r
anche mi
comunicazi
conseguim
un'attività
sollecitazio
natura pr
caratteristic
esso viene
prodotti è
giudizio su
che si river
mercato.

A tale
sottrarsi. C
riformulato
ex officio.
applicazioni
ricevimento
poteva (tran
provvedere.
avvio dei
provenienti
avviare proc
siano, aster
esclusivame
all'ambito
incontrovert

¹⁴ Così, corretta

si ritenesse che potenziali vittime delle pratiche in esame siano persone giuridiche.

Ognuno vede come esigere tali valutazioni sia assurdo, proprio perché a) la comunicazione commerciale, in cui si sostanzia la pratica commerciale giudicabile secondo il criterio dell'ingannevolezza, è generalmente rivolta al pubblico, senza distinzione tra professionisti e consumatori (¹⁴); b) è irrilevante che attualmente ci sia qualcuno che consuma, ha consumato o consumerà il prodotto in questione, dato che non è il rapporto di consumo a rilevare, bensì azioni che possono anche mirare a stimolare il consumo; c) i destinatari delle comunicazioni scorrette rispetto ad esse non "agiscono" per il conseguimento di qualche finalità, come fa invece chi intraprende un'attività negoziale, ma sono meri recettori di informazioni e sollecitazioni. Solo in casi limite, del resto, è possibile ricavare la natura professionale o privata del possibile consumo dalle caratteristiche del prodotto promosso o dalle modalità con le quali esso viene offerto sul mercato: per la stragrande maggioranza dei prodotti è impossibile formulare *a priori* ed in via generale un giudizio sulla professionalità o meno del potenziale uso, circostanza che si riverbera anche sulle modalità con cui il bene viene offerto sul mercato.

A tale *probatio diabolica* l'Autorità potrà però probabilmente sottrarsi. Come si accennava, l'art. 27 del Codice del consumo, riformulato dal D.lg. n. 146/07, le ha riconosciuto il potere di attivarsi *ex officio*. A differenza di quanto avvenuto fino ad oggi in sede di applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole, per cui al ricevimento di una segnalazione regolare e completa l'Autorità non poteva (tranne che nei casi di manifesta infondatezza) astenersi dal provvedere, adesso l'Autorità diviene arbitra dell'avvio o del non avvio dei procedimenti. Pertanto, pur a fronte di segnalazioni provenienti dall'esterno, l'Autorità potrà autonomamente decidere se avviare procedimenti per pratiche sleali, ingannevoli o aggressive che siano, astenendosi solo in quei (rarissimi) casi in cui l'uso esclusivamente professionale di un prodotto o la destinazione all'ambito esclusivamente professionale della pratica siano incontrovertibili ed escludano perciò ragionevolmente ogni potenziale

¹⁴ Così, correttamente, G. DE CRISTOFARO, op.cit.

coinvolgimento dei consumatori¹⁵. Per il resto, procederà tranquillamente alla repressione di tutte le pratiche scorrette, senza impossibili indagini circa i loro potenziali destinatari. Oltre questo tentativo di correggere col buon senso il nonsenso del legislatore comunitario mi sembra impossibile spingersi¹⁶.

L'azione *ex officio* consente all'Autorità anche di sfuggire alla trappola che la Direttiva 2005/29, con bella ambiguità, aveva teso riguardo alla legittimazione ad agire per la tutela da essa disposta. Come si ricorderà, la presa d'atto, nella disciplina scaturita dalla Direttiva 84/450, della plurioffensività dell'informazione pubblicitaria ingannevole aveva consentito di considerarla sia quale attentato al consumatore, sia quale conseguente lesione concorrenziale (nonché quale attentato alla "fede pubblica"¹⁷). Ciò era stato tradotto dal legislatore italiano in termini di riconoscimento della legittimazione a segnalare la pubblicità ingannevole a "i concorrenti, i consumatori, le loro associazioni ed organizzazioni, il Ministro delle attività produttive, nonché ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse in relazione ai propri compiti istituzionali" (art. 26, del Codice del consumo). La direttiva sulle pratiche sleali, invece, dopo aver appuntato la propria attenzione esclusivamente sul rapporto tra professionista e consumatore, nei Considerando 6 e 8 menziona le conseguenze "indirette" per i concorrenti, contrapponendole alla lesione diretta esclusivamente al concorrente, che esula dal suo campo di applicazione, ma, soprattutto, le riafferma nell'art. 11, che riguarda l'applicazione della normativa. Qui, nell'esigere dagli Stati mezzi

¹⁵ Si può pensare, in primo luogo, a quei casi in cui la legge stessa vieta la pubblicità di determinati prodotti, che il consumatore non può comunque acquistare liberamente. Si pensi, ad esempio, ai medicinali soggetti a prescrizione obbligatoria del medico, per i quali sono vietate sia l'autoprescrizione che la pubblicità, mentre è consentita l'informazione scientifica degli operatori professionali. Si può pensare anche a prodotti tecnologici che, di fatto, nessuno acquista per uso privato (ed es., macchinari industriali, grandi mezzi per la movimentazione di merci, ecc., ecc.).

¹⁶ Allo stesso risultato mi sembra giunga G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*, secondo il quale "(a)ffinché una prassi commerciale (segnatamente, una comunicazione commerciale o una pubblicità) possa considerarsi soggetta agli artt. 2-13 della direttiva 2005/29/CE, necessario e sufficiente è pertanto che il bene o servizio cui essa si riferisce - per le sue intrinseche caratteristiche e/o per le modalità con le quali viene offerto sul mercato - sia suscettibile di essere destinato ad usi di natura privata (o comunque non professionale/imprenditoriale) e conseguentemente di essere acquistato da parte di una persona fisica per essere adibito a scopi siffatti".

¹⁷ Si veda il mio *La repressione della pubblicità ingannevole*, Giappichelli, Torino, 1994.

adeguati di e
l'attribuzione
amministrative
legislazione na
pratiche comm
apprestata dali
compiuti dai
definizione de
comunque ten
Ignorato resta.

Con l'ado
evidentemente
riguarda la tute
ad applicare la
Eviteremo così
avuto riservare
individuato ne
consentendo po
professionisti s
invece, anche
vittime altri prof

3. LA CONTRARIETÀ

Prima di s
"pratica inganne
quali, per essere
scorrette che c
all'esistente disc

Il nuovo ar
scorretta una p
professionale, e
comportamento
medio che essa r
un gruppo qua
determinato grup

Due elemer
abituato alle cate
contrarietà della

procederà
scorrette, senza
Oltre questo
del legislatore

di sfuggire alla
ata, aveva teso
essa disposta.
scaturita dalla
pubblicitaria
attentato al
enziale (nonché
tradotto dal
legittimazione a
consumatori, le
delle attività
che ne abbia
art. 26, del
invece, dopo
sul rapporto tra
8 menziona le
pponendole alla
dal suo campo
11, che riguarda
agli Stati mezzi

sa meta la pubblicità
astare liberamente.
gatoria del medico,
mentre è consentita
pensare anche a
ed es., macchinari

cit., secondo il
comunicazione
art. 2-13 della
o servizio cui
modalità con le
ad usi di natura
eguentemente di
scopi siffatti".
Diappichelli, Torino,

adeguati di *enforcement*, essa afferma che tali mezzi includono l'attribuzione di diritti di azione, presso autorità giudiziarie o amministrative, alle "persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti". Dunque, la tutela apprestata dalla Direttiva 2005/29 riguarda esclusivamente illeciti compiuti dai professionisti ai danni dei consumatori, ma, nella definizione della legittimazione ad agire, gli Stati membri devono comunque tenere conto delle ricadute concorrenziali di tali illeciti. Ignorato resta, invece, ogni aspetto di tutela generale del "pubblico".

Con l'adozione dell'azione d'ufficio, il legislatore italiano ha evidentemente tagliato la testa al toro (quanto meno per ciò che riguarda la tutela amministrativa presso l'Autorità) e potrà continuare ad applicare la disciplina fondamentalmente nell'interesse generale. Eviteremo così – almeno in questa sede – di chiederci che senso abbia avuto riservare la disciplina all'esclusiva tutela del consumatore, individuato nei termini restrittivi che sopra abbiamo visto, consentendo poi il recupero degli interessi concorrenziali degli altri professionisti solo di fronte alla lesione di tale consumatore e non, invece, anche in presenza di pratiche scorrette che vedano come vittime altri professionisti o persone giuridiche.

3. LA CONTRARIETÀ ALLA DILIGENZA PROFESSIONALE

Prima di soffermarmi sugli aspetti rilevanti della nozione di "pratica ingannevole", mi preme considerare talune previsioni delle quali, per essere comuni alla disciplina di tutte le pratiche sleali, o scorrette che dir si voglia, va valutata l'innovatività rispetto all'esistente disciplina della pubblicità ingannevole.

Il nuovo art. 20, comma 2, del Codice di consumo, definisce scorretta una pratica commerciale "se è contraria alla diligenza professionale, e falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

Due elementi balzano dunque all'attenzione dell'interprete abituato alle categorie della pubblicità ingannevole: il riferimento alla contrarietà della pratica alla diligenza professionale e l'indicazione

secondo la soglia della tutela deve essere collocata al livello del consumatore medio.

La contrarietà alla "diligenza professionale" è definita (art. 2, lettera h della direttiva) "*rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori*". L'integrazione, a parte la sua macchinosità, desta forti perplessità, che non mi sembra siano superate dal generoso tentativo del legislatore italiano di forzare in senso pro-consumeristico la definizione (inserendovi così, in realtà, delle contraddizioni insanabili) ⁽¹⁸⁾. Essa ci presenta una sorta di ibrido, tra diligenza professionale in senso civilistico e correttezza professionale¹⁹, che, sotto entrambi i profili, appare anacronistica e fuori contesto. In una disciplina che vuole tutelare al massimo grado i consumatori, si fa, infatti, così riferimento ad un parametro di valutazione tipicamente corporativo, che riecheggia gli "*usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale*", di cui all'Art. 10 bis della Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, nel testo dell'Aja del 1925. Il professionista non incorre, pertanto, nella violazione se, comunque, ha tenuto un comportamento conforme ad un principio di "onestà" delle pratiche, nonché ad un principio generale di buona fede, entrambi parametrati sul suo settore di attività. In tal modo, la disciplina finisce con l'operare secondo un punto di vista estraneo al

¹⁸ L'art. 18, comma 1, lettera h) del Codice del consumo ha infatti tradotto la definizione nei seguenti termini: "*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*".

¹⁹ La spiegazione fornita a corredo della proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali, del 18.6.2003, COM (2003) 356 Definitivo, al par. 53 è la seguente: "*Il concetto di diligenza professionale citato nella prima condizione è definito all'articolo 2 è analogo alle nozioni di corretta condotta professionale presente nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri: è la misura dell'attenzione e della competenza esercitate da un buon operatore professionale, conformemente alle norme di condotta professionale generalmente riconosciute nel suo specifico settore di attività. Questa nozione è necessaria a garantire che le normali pratiche commerciali conformi alla consuetudine e agli usi, come la pubblicità fondata sul riconoscimento della marca o il product placement, non rientrino nel campo di applicazione della direttiva anche se possono influenzare il comportamento economico dei consumatori*".

dichiarato
consumato
considerato
concorrenza
controversie
professionista
interpretato
giudizio di
viene intrinsecamente
ancora in
sleale²¹. E
vigente di
subordinata
dei due re
e del poter
la giurisprudenza
dell'Autorità
stampo pr
violazione
dell'ordine
pubblicazio
della sanz
escluso la
prospettiva
ascrivibile
del messag

Siamo
cui si scar

²⁰ Si veda M...
della concor
1999, vol. I
Manuale di

²¹ Peraltro,
della direttiva
commerciale
tale pratica
assenza di
professionista

²² Si vedan
dicembre 20
& c.

dichiarato obiettivo di apprestare un “*livello elevato di protezione dei consumatori*”, con ciò riportandosi il trattamento delle pratiche considerate indietro anche rispetto al nostro attuale diritto della concorrenza sleale, in cui può considerarsi oggi quanto meno controversa una concezione deontologica della correttezza professionale²⁰, individuabile, sia pure con molta buona volontà interpretativa, nell’espressione usata dalla direttiva. Oltre ad un giudizio di correttezza professionale, attraverso la riportata definizione viene introdotto anche quello sulla buona fede del professionista, ancora in dissonanza con la stessa disciplina della concorrenza sleale²¹. Entrambi i ricordati profili appaiono estranei alla fin qui vigente disciplina della pubblicità ingannevole. La direttiva 84/450 subordinava infatti il giudizio di ingannevolezza alla sola ricorrenza dei due requisiti della idoneità all’induzione in errore dei consumatori e del potenziale pregiudizio al loro comportamento economico. Anche la giurisprudenza amministrativa formatasi sui provvedimenti dell’Autorità aveva respinto il ricorso sia a parametri di valutazione di stampo professionale²², sia a criteri soggettivi di imputazione della violazione, quanto meno, ai fini dell’accertamento, della pronuncia dell’ordine di cessazione e della eventuale disposizione dell’ordine di pubblicazione di una dichiarazione rettificativa (non, ovviamente, della sanzione amministrativa pecuniaria). L’Autorità ha, al massimo, escluso la violazione quando la mancata corrispondenza tra quanto prospettato in pubblicità e la prestazione in concreto fornita non sia ascrivibile ad un’obiettiva ingannevolezza dei contenuti pubblicitari del messaggio, bensì ad un mero disguido, rimasto isolato.

Siamo dunque di fronte ad un tale ribaltamento di prospettiva, per cui si scarica sui consumatori il rischio derivante da pratiche lesive,

²⁰ Si veda M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Studi in onore di A. Pavone La Rosa*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. I, t. 2, 575. In senso differente, però, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2005, 25 s.

²¹ Peraltro, in contraddizione con la disposizione in questione, l’art. 11, comma 2 della direttiva prevede che spetti agli Stati membri decidere, “*qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla, anche in assenza di prove in merito ... all’intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista*”.

²² Si vedano T.a.r. Lazio, Sez. I, 17 settembre 1999, n. 2077/99, Olio Carli; 15 dicembre 2000, n. 12143/00, Consorzio La Rosa – Investigazione S.a.s. di Ceciliati S. & c.

seppur conformi a ciò che pare "onesto" in un certo settore? Sarà onere dell'Autorità dimostrare la non conformità del comportamento del professionista alla buona fede?

Il punto meriterebbe una ben più profonda analisi, che però ci porterebbe fuori dal tema assegnato. Qui mi limito a dubitare che tutto ciò possa valere ai fini della definizione di pratica ingannevole (non mi pronuncio su quella, assai più bisognosa di precisazioni, di pratica aggressiva). La direttiva e la normativa di recepimento, infatti, dopo aver definito la pratica sleale/scorretta, con il riferimento al parametro della diligenza professionale, poi affermano essere "in particolare" sleali/scorrette le pratiche ingannevoli (e aggressive), delle quali viene fornita un'autonoma definizione. Ne deriva che le pratiche ingannevoli (e aggressive) sono di per sé considerate scorrette, e, pertanto, già inglobano in sé il giudizio di contrarietà alla diligenza professionale. La scelta di limitare la responsabilità del professionista con il richiamo alla contrarietà alla diligenza professionale dovrebbe dunque avere un impatto alquanto limitato: accanto alla clausola generale di scorrettezza risultano, infatti, tipizzati due generi di pratiche scorrette che tale contrarietà danno per scontata. Non solo, ma più avanti vengono riportate in una *black list* le più gravi ipotesi di pratiche ingannevoli (e aggressive), la cui sanzionabilità, per espressa indicazione della direttiva, dovrebbe prescindere dalla verifica della conformità ai parametri della clausola generale.

Tutto ciò non vuol dire, però, che nell'attività di individuazione e repressione delle pratiche ingannevoli la contrarietà alla diligenza professionale non possa mai giocare un ruolo. Tale contrarietà andrebbe, infatti, valutata a) in quelle ipotesi in cui la stessa sussumibilità del comportamento indagato nella categoria "pratica ingannevole" (o aggressiva) sia dubbia; b) in quelle ipotesi, di cui si dirà più avanti, in cui l'individuazione di una violazione contemplata nella *black list* richieda comunque, a dispetto dell'intenzione espressa dal legislatore comunitario, lo svolgimento di un'attività valutativa dell'atteggiamento soggettivo del professionista²³.

²³ Sulla natura meramente presuntiva della contrarietà alla diligenza professionale delle ipotesi tipiche di pratiche scorrette, si veda M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in questo volume. Si deve anche considerare che, almeno in un caso, la "contrarietà alla diligenza professionale" ricompare quale elemento di valutazione di un pratica ingannevole: l'art. 22, comma 4, lettera d) cod.cons., afferma infatti che, "Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, qualora non

4. IL RIFER

La de
parametr
esperienze
evidente, c
la libertà
comunicaz
uso spregi
equilibrio
distribuirsi
dell'ingann

La sc
reasonable
comunitari
giustizia a
prendere a
ragionevol

Per in
esclude ch
nozione d
Considerar
informazio
tra un app
sarebbe in
suddividen
consumato
la soglia d
considerar
ragionevol
del dato n
gruppo di
concetti di

risultino gi
esecuzione e
imposti dalla

²⁴ Si vedano
1923; 16 lu
Oberkreisdire
220/98, Esté

4. IL RIFERIMENTO AL "CONSUMATORE MEDIO"

La determinazione della figura di consumatore sulla quale parametrare la tutela è stata a lungo oggetto di dibattito in tutte le esperienze di disciplina della pubblicità ingannevole. Si tratta, com'è evidente, di scelta fondamentale per definire il punto di equilibrio tra la libertà delle imprese di impostare le più efficaci strategie di comunicazione e il diritto dei consumatori a non restare vittime di un uso spregiudicato dei mezzi di persuasione. Determinare tale punto di equilibrio significa, dunque, stabilire in che misura debbano distribuirsi tra i soggetti coinvolti i costi connessi al rischio dell'ingannevolezza.

La scelta ormai in generale prevalente è quella di tutelare il *reasonable consumer*. Tale opzione si è fatta strada anche nell'ambito comunitario: nel silenzio della direttiva 84/450, è stata la Corte di giustizia a pronunciarsi più volte²⁴, sostenendo che il consumatore da prendere a riferimento è quello "*medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*".

Per individuare il "consumatore medio", la Direttiva 2005/29 esclude che si debba avere riguardo ad un profilo quantitativo ("*La nozione di consumatore medio non è statistica*", afferma il Considerando 18), inducendo a considerare, invece, il livello medio di informazione, di attenzione e di avvedutezza. Si intuisce la differenza tra un approccio e l'altro: una nozione basata su un dato statistico sarebbe influenzata dalla consistenza dei sottogruppi in cui si possono suddividere i consumatori. In un contesto in cui la maggioranza dei consumatori è prevalentemente disinformata, disattenta o sprovvista, la soglia della tutela dovrebbe essere abbassata. Al contrario, il dover considerare il consumatore normalmente informato, nonché ragionevolmente attento e avveduto, porta ad escludere ogni influenza del dato numerico, isolando un modello di consumatore medio nel gruppo di riferimento. Chi applica la norma dovrà dunque utilizzare i concetti di "normalità" e di "ragionevolezza" in modo da escludere dal

risultino già evidenti dal contesto...d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale".

²⁴ Si vedano le sentenze 6 luglio 1995, in causa C-470/93, Mars, in *Raccolta*, 1995, 1923; 16 luglio 1998, in causa C-210/96, Gut Springenheide GmbH e aa. c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, *ivi*, 1998, I, 4567; 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder c. Lancaster, *ivi*, 2000, I, 117.

giudizio i consumatori specialmente disinformati, disattenti o sprovveduti, quale che sia il loro numero, così come, sull'altro versante, quelli specialmente informati, attenti e avveduti, anche qui quale che sia il loro numero²⁵.

È difficile prevedere come l'esplicito riferimento al consumatore medio influenzerà l'azione dell'Autorità. Nella prassi formatasi nell'applicazione della disciplina sulla pubblicità ingannevole, a fronte di numerose affermazioni di principio sulla necessità di assumere a riferimento il consumatore medio, di fatto la tutela è stata in prevalenza parametrata su un consumatore di livello piuttosto basso.

Un'ultima notazione. È frequente che le pratiche commerciali vengano indirizzate specificamente ad un determinato *target*, delimitabile sulla base di varie caratteristiche, che comprendono l'età, il sesso, la professione, il livello culturale, le condizioni personali, economiche, sociali, fisiche, psicologiche, le credenze ecc., ecc. Talvolta, sulla base di queste caratteristiche, è possibile individuare fasce di consumatori particolarmente vulnerabili, di cui adesso la disciplina delle pratiche sleali invita a tener conto, individuando il consumatore medio con riferimento ad esse²⁶. Si badi, ciò non porta a smentire la necessità di isolare il consumatore medio prescindendo dal dato statistico meramente relativo al grado di avvedutezza e di informazione, che nulla dovrebbe avere a che vedere con il grado di condizionabilità dei soggetti che lo compongono, anche se non ci si può nascondere come si tratti di una differenza estremamente sottile, assai difficile da gestire nella prassi.

5. IL "DOLUS BONUS"

Nella nuova disciplina fa la sua comparsa un'altra vecchia conoscenza della tutela corporativa della concorrenza sleale: il *dolus bonus*. La parte finale dell'art. 20, comma 2, del Codice del consumo, infatti recita: "*È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera*". In realtà, pur in assenza di qualunque riferimento a tale figura nella disciplina della pubblicità ingannevole, in dottrina si era avvertito che la stessa

²⁵ Sul punto, si veda ancora la mia voce "*Pubblicità ingannevole*", cit.

²⁶ Si veda ASSONIME, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 20.

centralità
possibilit
grossolan
false pos
simile p
giurispru
disciplina
mendacio
potendo
all'ingan
di consum

6. LA NO

La r
categorie
considera
pratica c
vero o, s
presentaz
consuma
ad assum
altriment
Codice d
concreta
caso, non
informazi
contesto
commerc
consumat
che non
considera
incompre

²⁷ Si veda
VANZETTI.

²⁸ Si veda
Star Little I

²⁹ Si veda
1995, n. 14

centralità del giudizio di idoneità all'inganno faceva configurare la possibilità di individuare, sia pure con estrema cautela, ipotesi in cui la grossolanità e, dunque, l'innocuità di affermazioni pur oggettivamente false possono fare escludere l'illecito²⁷. L'Autorità non aveva negato simile possibilità²⁸, mentre posizione differente era emersa nella giurisprudenza amministrativa²⁹. Può ribadirsi, con riferimento alla disciplina delle pratiche sleali ingannevoli, che la non punibilità del mendacio grossolano non necessitava di una esplicita previsione, potendo essa ritenersi compresa nello stesso giudizio di idoneità all'inganno, coniugato con il parametro scelto per individuare il livello di consumatore da tutelare.

6. LA NOZIONE DI PRATICA INGANNEVOLE

La nuova disciplina scompone le pratiche ingannevoli in due categorie: le azioni ingannevoli e le omissioni ingannevoli. È considerata azione ingannevole (art. 21 del Codice del consumo) *“una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio (...) e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*. È considerata omissione ingannevole (art. 22 del Codice del consumo) *“una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*. Omissione ingannevole è considerato anche l'occultamento o la presentazione in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo delle informazioni rilevanti

²⁷ Si vedano il mio *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., 47; A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale*, cit., 104.

²⁸ Si vedano, ad es., PI345/95, Battery Manager; PI2161/99, Agenzia matrimoniale Star Little IN.SE.VA.

²⁹ Si veda T.a.r. Lazio, Sez. I, 27 luglio 1998, n. 2281/98, Vacanza Bicober; 26 luglio 1995, n. 1472/95, Euronova.

già indicate nella norma o la mancata indicazione dell'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidenti dal contesto, quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Nel caso in cui la pratica consista in un invito all'acquisto sono considerate rilevanti talune informazioni puntualmente elencate dalla norma. Sono considerati in generale rilevanti anche gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario rispetto alle comunicazioni commerciali.

Se proviamo a sintetizzare tale dettagliata individuazione delle caratteristiche che possono rendere ingannevole una pratica, troviamo, in realtà, per buona parte tradotti in norme, con la consueta prolissità delle direttive comunitarie di armonizzazione totale, gli esiti interpretativi ai quali la prassi dell'Autorità era già autonomamente giunta in applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole.

Così, già per definire la pratica commerciale riferita all'informazione non potranno che applicarsi i criteri che l'Autorità ha determinato per individuare, in termini estremamente ampi, il "messaggio pubblicitario". Vi ricadono le informazioni diffuse attraverso la confezione dei prodotti, comprese quelle che pur di carattere non strettamente promozionale, comunque contribuiscono ad orientare le scelte dei consumatori (ad esempio, l'elenco degli ingredienti, la scadenza, le avvertenze d'uso, ecc., ecc.); i segni distintivi; le complessive campagne pubblicitarie, così come le informazioni indirizzate individualmente, a qualunque fine e con qualunque mezzo, a singoli consumatori³⁰.

Quanto all'attività nell'ambito della quale possano essere diffuse informazioni rilevanti ai fini della disciplina, essa risulta individuata attraverso la nozione di professionista, così come di pratica commerciale. Come già in applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole, restano dunque fuori la pubblicità sociale, la

³⁰ Va però anche detto che nella *black list* delle pratiche ingannevoli ve n'è almeno una che non consiste in una comunicazione: si tratta di quella ora trasposta nella lettera p) dell'art. 23 del D.lg. n. 146/07, "avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti".

propagan
dell'impr

Rigu
in questi
ingannev
in errore
economic
intuitivo
dice che
generalm
al quale c

Una
forma di
cui divie
sulla pub
84/450)

appare a
Fattispec
individu
sia nella
omission
caso in c
pratica s
quando.

consumat
che non
devono p

"Impiega

prodotto.
profession

immagini
"...dare

della sua
o presen

quest'ulti
ben note

qualità pr

³¹ Per una p

propaganda religiosa o politica, la comunicazione istituzionale dell'impresa.

Riguardo alla nozione di ingannevolezza, è agevole rilevare come in questi anni l'Autorità abbia parimenti sanzionato sia affermazioni ingannevoli, sia ambiguità o omissioni informative idonee ad indurre in errore i consumatori, sì da poterne orientare il comportamento economico. E ancora, l'Autorità ha provato, magari in modo un po' intuitivo e poco scientifico (ma, d'altro canto, la mia diretta esperienza dice che altrettanto intuitive e poco scientifiche sono state generalmente le difese delle imprese inquisite), a determinare il *target* al quale commisurare l'idoneità ingannatoria dei diversi messaggi.

Una notazione deve essere formulata rispetto a quella particolare forma di pubblicità ingannevole che è la pubblicità non trasparente, il cui divieto era stato autonomamente previsto dalla disciplina italiana sulla pubblicità ingannevole (non essendo presente nella Direttiva 84/450) e del quale l'Autorità ha fatto ampia applicazione. Essa appare adesso considerata in diverse norme del D.lg. n. 146/07. Fattispecie riconducibili al difetto di trasparenza sono infatti individuabili sia all'interno del giudizio generale di ingannevolezza, sia nella *black list* (sulla quale, si veda più avanti). In particolare, tra le omissioni ingannevoli, di cui all'art. 22, comma 2, è considerato il caso in cui il professionista "*non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*". Pratiche ingannevoli *per se* si devono poi quelle riportate alle lettere m) e aa) dell'art. 23, cioè "*Impiegare contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore*", e "*...dare l'impressione che il professionista non agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore*". In quest'ultimo caso, la disciplina si occupa di quelle ipotesi, anch'esse ben note alla prassi dell'Autorità, in cui ciò che non è trasparente è la qualità professionale del comunicatore³¹.

³¹ Per una più ampia analisi, si rinvia alla mia voce "*Pubblicità ingannevole*", cit.

7. L'INFLUENZA SULLE DECISIONI COMMERCIALI DEI CONSUMATORI

Nel Codice del consumo, in piena conformità alla direttiva 84/450, la definizione di pubblicità ingannevole contemplava, oltre al requisito dell'idoneità all'induzione in errore, il requisito del potenziale pregiudizio del comportamento economico dei consumatori. La "ingannevolezza" presupponeva, dunque, oltre ad un giudizio sul potenziale effetto della comunicazione falsa, lacunosa, ambigua nella sfera cognitiva del consumatore (l'induzione ad un'errata rappresentazione della realtà), un giudizio sull'altrettanto potenziale effetto nella sfera decisionale (l'idoneità dell'errore ad indurre l'assunzione di decisioni di carattere economico).

Ci si chiese inizialmente se il potenziale "pregiudizio" andasse interpretato come possibilità di induzione del consumatore ad assumere scelte patrimonialmente dannose, ovvero come neutra possibilità di influenza sulle scelte di acquisto. In sintesi: se l'inganno, per rilevare, dovesse prestarsi a provocare un acquisto a condizioni meno vantaggiose o di prodotti di qualità inferiore alle attese suscitate dal messaggio; ovvero se fosse sufficiente l'idoneità dell'inganno ad alterare comunque la formazione della volontà del consumatore, facendogli assumere decisioni diverse da quelle che, presumibilmente, sarebbero state assunte senza l'influenza del messaggio³².

In realtà, fin dalle sue prime pronunce e prese di posizione generale, l'Autorità è addivenuta ad un'interpretazione del requisito in senso neutro, pienamente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, escludente ogni coincidenza tra "pregiudizio" e "danno patrimoniale"³³.

³² Si vedano M. FUSI, P. TESTA, P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole* (Commento al D.Lg. 25 gennaio 1992 n. 74), Giuffrè, Milano, 1993, 147 ss.; V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., 42 s.; C. DE RASIS, in G. GHIDINI, A. GAMBINO, C. DE RASIS, P. ERRICO, F. FARUFFINI DI SEZZADIO, A. LAZZARETTI, *La pubblicità ingannevole. Commento sistematico alla disciplina vigente*, Il Sole24Ore, Milano, 2003, 20 s.

³³ Si vedano già Relazione annuale sull'attività svolta nel 1992; Relazione annuale sull'attività svolta nel 1994. Nella giurisprudenza amministrativa, si vedano T.a.r. Lazio, Sez. I, 9 dicembre 2004, n. 15301/04, De Agostini Mailing; 13 ottobre 2003, 8316/03, Vestro III; 13 ottobre 2003, n. 8304/03, Vestro II; 2 agosto 2002, n. 6927/02, Fina Italiana - Sconti carburante; 7 settembre 2001, n. 7288/01, Selezione Concorso 51; 3 aprile 2000, n. 2667/00, Offerta Gestioni & Gestioni; 8 settembre 1999, n. 1971/99, Offerta Aeroflot; 27 luglio 1998, n. 2281/98, Vacanza Bicovert; 19

La
sull'inte
pratica
consuma
non av
l'interpr
economi
appare p
economi
non anc
natura co
del Cod
relativa
quali con
prodotto
relazione
compiere
pessimo
potuto n
induzion
l'an dell
essere ef
18, lett.
dicesse c
ad indur
commerc
differenti

8. GLI EL

La c
nel nostr
invitava
elementi
esemplifi

maggio 19
Toscano.

³⁴ Artt. 18,

La nuova disciplina elimina in radice ogni dubbio sull'interpretazione dell'espressione: l'indicazione secondo cui la pratica "in ogni caso" deve indurre o essere idonea ad indurre il consumatore "ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso"³⁴ è chiaramente coincidente con l'interpretazione neutra del "pregiudizio al comportamento economico". In apparenza, tuttavia, sotto altro profilo il requisito appare più restrittivo di quello del pregiudizio al comportamento economico, configurando l'inganno in termini di dolo determinante e non anche incidente; soccorre però la definizione di "decisione di natura commerciale" (art. 2, lettera k della direttiva; Art. 18, lettera m, del Codice del consumo): "una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla". La definizione (in pessimo italiano, che il legislatore in sede di recepimento avrebbe ben potuto migliorare) consente dunque di sostenere che la potenziale induzione ad una decisione di natura commerciale non riguarda solo l'an della scelta, ma anche tutte le condizioni alle quali essa può essere effettuata. L'espressione di cui agli artt. 2, 6 e 7 della direttiva e 18, lett. e, 21 e 22 del Codice del consumo va dunque letta come se dicesse che la pratica, per essere sleale, deve indurre o essere idonea ad indurre il consumatore "ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso o a condizioni differenti da quelle alle quali l'avrebbe presa".

8. GLI ELEMENTI RILEVANTI PER IL GIUDIZIO DI INGANNEVOLEZZA

La direttiva 84/450, anche su questo punto fedelmente trasposta nel nostro ordinamento, dopo avere definito la pubblicità ingannevole, invitava a considerare l'ingannevolezza con riferimento ad una serie di elementi, indicati in via esemplificativa. La natura, appunto, esemplificativa dell'elenco ha fatto sì che esso, nella prassi, risultasse

maggio 1998, n. 1725/98, J.P. TOD'S; 30 maggio 1997, Sez. I, n. 848/97, Messaggi Toscana.

³⁴ Artt. 18, lettera e), 21 e 22, del Codice del consumo.

sostanzialmente inutile; nei provvedimenti emessi dall'Autorità, il richiamo operato all'art. 3 del D.lg. n. 74/92 (poi all'art. 21 del Codice del consumo) è sempre stato null'altro che una vuota formula.

In effetti, proprio per la genericità della norma, la dottrina si interrogò sulla sua funzione³⁵.

L'art. 6 della Direttiva 2005/29 (trasposto nell'art. 21 del Codice del consumo) sostituisce all'esemplificazione un'indicazione che si pretende tassativa, distinguendo gli elementi da considerare, per quanto riguarda le "azioni ingannevoli" e gli elementi da inserire obbligatoriamente, stavolta ai fini del giudizio di ingannevolezza di una omissione informativa, quando si sia in presenza di un "invito all'acquisto".

La questione della funzione dell'elencazione nell'economia del giudizio di ingannevolezza comunque si ripropone. Qui, in verità, la lettera della disposizione indebolisce l'opinione per cui essa vada posta esclusivamente al servizio della valutazione sull'influenza sulle decisioni commerciali, mentre appare alquanto rafforzata l'idea del legame con la valutazione della fase cognitiva dell'inganno. L'art. 6 della direttiva (art. 21 del Codice del consumo) individua, infatti, come ingannevole "una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio (...) riguardo a uno o più dei seguenti elementi" e disgiunge nettamente, il giudizio sulla potenziale influenza sulla fase decisionale ("e in ogni caso lo induca o sia idoneo

³⁵ Taluni ritennero che l'espressione fosse oscura (così F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. commerciale*, Torino, 1995, 719), altri che fosse semplicemente inutile (G. D'IPPOLITO, *Diritto della pubblicità*, Stampa Natura Solidarietà, Vignate, 1992, 41 s.), altri ancora che essa fornisca un suggerimento all'interprete circa "le allegazioni pubblicitarie che l'esperienza indica come maggiormente rilevanti ai fini dell'induzione in errore" (M. FUSI, P. TESTA, P. COTTAFAVI, *La pubblicità ingannevole*, cit., 123; così anche C. DE RASIS, G. GHIDINI, A. GAMBINO, C. DE RASIS, P. ERRICO, F. FARUFFINI DI SEZZADIO, A. LAZZARETTI, *La pubblicità ingannevole*, cit., 28 s.). Chi scrive ritenne che l'elencazione avesse un ruolo ai fini della verifica dell'idoneità a pregiudicare il comportamento economico dei consumatori, indicando, in via presuntiva, aspetti sui quali l'errore indotto dalla comunicazione ingannevole potesse ritenersi "essenziale", nel significato civilistico di "determinante del consenso" (V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., 60 ss.). Per un'ampia analisi degli elementi presi in considerazione nella prassi dell'Autorità, si veda P. TESTA, in L. C. UBERTAZZI (P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2004, 1939 ss.

ad indu
avrebbe
appare.
modalit
comple
(rappre
l'elenc
conside
dalla fi
"caratte
ecc."!

9. LA BL

Acc
disciplin
elenco
"senza r
articoli
richiam
dichiar
vedano
del con
accolta
aggressi

L'o
molte c
pubblic
nell'ele
potrebbe
per se p
dei con
afferma
sussiste
situazion
l'eterog
sempre
da 5 a 9

ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso). La fase cognitiva dell'illecito d'inganno appare, dunque, essere rimasta a forma libera per ciò che riguarda le modalità (*"in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva"*), ma non più per ciò che riguarda il suo oggetto (rappresentato, appunto, dagli elementi elencati). A cosa serva l'elencazione, a questo punto, diventa davvero poco chiaro, considerato anche che l'esemplificazione, cacciata dalla porta, rientra dalla finestra: la lettera *b*), infatti, inserisce tra gli elementi le *"caratteristiche principali del prodotto"*, proseguendo *"quali ecc., ecc."*!

9. LA BLACK LIST DI PRATICHE INGANNEVOLI PER SE

Accanto alla clausola generale di ingannevolezza, la nuova disciplina, innovando rispetto a quella della 84/450, propone un elenco tassativo di pratiche di per sé sleali, cioè da considerarsi tali *"senza una valutazione caso per caso in deroga alle disposizioni degli articoli da 5 a 9"* (Considerando 17). Tale elenco è nell'Allegato I, richiamato dal Considerando 17 e dall'art. 5, 5° comma; esso è dichiarato modificabile solo con una revisione della direttiva (si vedano ancora il Considerando 17 e l'art. 5, 5° comma). Nel Codice del consumo modificato dal D.lg. n. 146/07, la *black list* è stata accolta nell'articolato (art. 23 e, per ciò che riguarda le pratiche aggressive, art. 26).

L'osservazione della cospicua prassi dell'Autorità suggerisce che molte delle pratiche elencate corrispondono a forme frequenti di pubblicità ingannevole (anche se la selezione delle pratiche inserite nell'elenco, in fondo, appare piuttosto arbitraria). Sotto questo profilo, potrebbe dunque ritenersi che l'aver tipizzato queste come violazioni *per se* possa contribuire effettivamente ad elevare il livello di tutela dei consumatori, visto che il loro riscontro prescinderebbe, come afferma la direttiva, da ogni apprezzamento caso per caso circa la sussistenza degli elementi riportati dagli artt. da 5 a 9. Senonché, la situazione è meno lineare di quanto la si voglia far apparire, data l'eterogeneità delle previsioni nell'Allegato e la difficoltà di escludere sempre e comunque un giudizio secondo i parametri dettati dagli artt. da 5 a 9.

Nel disegno dei redattori della direttiva, l'esclusione dei requisiti dettati dagli artt. 5 a 9 consentirebbe, essenzialmente, di far prescindere il giudizio d'ingannevolezza delle pratiche elencate dalla valutazione a) della contrarietà alla diligenza del professionista e b) della idoneità ad ingannare. Ma l'assunto si rivela in parte illusorio. Se, infatti, ben può il legislatore vietare di per sé specifici contenuti pubblicitari (si pensi al divieto di utilizzare la scritta *lights* sui pacchetti di sigarette, scaturente dalla direttiva 2001/37/CE), difficile è sottrarsi ad una valutazione caso per caso, laddove la stessa identificazione della pratica vietata logicamente la esiga. È noto che l'inganno può derivare da un vero e proprio mendacio, ma può anche essere attuato attraverso *implied claims*, cioè fornendo informazioni studiatamente parziali o di ambigua interpretazione. Orbene, si potrà anche ritenere che in tutti i casi in cui l'Allegato I propone fattispecie di falso, in esse vadano ricomprese, e dunque vietate *per se*, solo le affermazioni *oggettivamente* false (lasciando, dunque, al generale giudizio di ingannevolezza gli *implied claims*: ma possono superarsi le evidenti difficoltà applicative di una simile distinzione?), ma lo stesso elenco propone ipotesi in cui è invece per definizione impossibile sottrarsi al giudizio di contrarietà alla diligenza professionale e di idoneità all'inganno e in cui, pertanto, si ripropone il problema dei criteri, oggettivi e soggettivi, di valutazione. Le ipotesi più evidenti sono quelle descritte ai nn. 9, 13, 22, 23 dell'Allegato I della direttiva (lettere i, o, aa e bb, dell'art. 23 del Codice del consumo), in cui vengono utilizzate espressioni come "generare l'impressione", "simile", "fuorviare deliberatamente", "dare l'impressione" o "dare la falsa impressione", le quali non possono non richiedere una valutazione del comportamento del professionista e la determinazione di un consumatore-tipo.

In conclusione, può ritenersi che il giudizio di slealtà *per se*, connesso alle pratiche indicate alla *black list*, escluda la necessità di operare: a) una valutazione sulla "diligenza professionale" del soggetto che pone in essere la pratica ingannevole, ma solo laddove la pratica non richieda, almeno in parte, un giudizio su di essa (come lo richiede il "fuorviare deliberatamente", in cui è addirittura evocato il dolo); b) una valutazione sull'idoneità della pratica ad indurre il consumatore ad assumere decisioni di natura commerciale; c) l'idoneità ad ingannare il consumatore medio, ma solo nei casi in cui ciò sia logicamente compatibile con la pratica in questione.

10. PRODO

La d
aveva (su
"arricchito
parte, con
24 del Co
pericolosi
fattispecie
connessi
influenza
recepimen
di "azione
consumo)
probabilm
Considera
in sede d
ingannevo

Quan
conteneva
a) un di
minor
b) un c
natur
adole
c) un di
abusi

La n
pubblicità
fattispecie
Codice de
Considera
nell'indica
livello di
consumato

³⁶ "La pres
comunitarie
Sulla scelta
cit., 15.

10. PRODOTTI PERICOLOSI. BAMBINI E ADOLESCENTI

La disciplina introdotta in recepimento della Direttiva 84/450 aveva (suscitando anche il fondato dubbio di un eccesso di delega) "arricchito" la nozione di ingannevolezza di fattispecie che, per buona parte, con l'ingannevolezza avevano realmente poco a che fare. L'art. 24 del Codice del consumo contemplava la "Pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori", singolare fattispecie in cui l'inganno, *sub specie* di omissione, riguarda i pericoli connessi con l'uso del prodotto e, a rigore, può non avere alcuna influenza sulla decisione di acquisto del medesimo. In sede di recepimento, tale fattispecie ricompare tra le pratiche sleali, *sub specie* di "azione" ingannevole (nuovo art. 21, comma 3, del Codice del consumo). Il legislatore italiano si è sentito libero di inserirla probabilmente grazie ad un'interpretazione piuttosto stiracchiata del Considerando 9 della Direttiva 2005/29³⁶. Il precetto permane anche in sede di recepimento della disciplina modificata della pubblicità ingannevole.

Quanto a bambini e adolescenti, l'art. 25 del Codice del consumo conteneva tre precetti:

- a) un divieto della pubblicità che metta in pericolo la sicurezza dei minori.
- b) un divieto aggravato di ingannevolezza, parametrato sulla naturale credulità e mancanza di esperienza di bambini e adolescenti;
- c) un divieto della pubblicità che, utilizzando bambini e adolescenti, abusi dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani.

La norma permane per intero nella nuova disciplina della pubblicità ingannevole. Per ciò che riguarda le pratiche sleali, la prima fattispecie è stata ripresa in sede di recepimento (art. 21, comma 4, del Codice del consumo), anche qui sfruttando lo spazio consentito dal Considerando 9 della direttiva. La seconda si fa agevolmente rientrare nell'indicazione della nuova disciplina, per cui si deve adattare il livello di tutela alle caratteristiche dei membri dei gruppi di consumatori cui la pubblicità si indirizza. Una previsione in qualche

³⁶ "La presente direttiva ... non pregiudica ... l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative ... agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti". Sulla scelta sistematica si mostra critica ASSONIME, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 15.

modo analoga alla terza la si può ritrovare invece nella *black list* di pratiche sleali "aggressive" (n. 28: "*Includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati. e non tra quelle ingannevoli*", tradotto all'art. 26, lettera e, del Codice del consumo)³⁷.

11. IL DECRETO N. 146/07, SULLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA ILLECITA

Ed eccoci infine alla valutazione del recepimento, con il D.lg. n. 145/07, della nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa. Nuova per modo di dire, visto che il legislatore comunitario, con la Direttiva 2005/29, prima, e la 2006/114, poi, si è limitato a modificare la direttiva 84/450, in modo da riservarla alla tutela dei soli "professionisti". La poco sofisticata tecnica utilizzata per giungere a tale risultato è stata quella di eliminare dal testo ogni riferimento ai consumatori e al pubblico in generale, sostituendolo con quello a professionisti e concorrenti, risultando quest'ultimo in un pleonasma solo a seconda della risposta che si darà alla seguente questione: una direttiva che tutela i professionisti contro la pubblicità ingannevole (sorvoliamo per il momento sulla comparativa illecita) intende tutelarli a) in quanto potenziali vittime della pubblicità ingannevole; b) in quanto soggetti che possono subire una lesione concorrenziale per effetto della diffusione di pubblicità ingannevole tra il pubblico; c) entrambe le cose? Nella terza interpretazione, che appare la più convincente³⁸, anche alla luce della distinta considerazione, sopra evidenziata, di professionisti e concorrenti, le fattispecie considerate restano le medesime della precedente redazione, ma il soggetto abilitato a far valere la tutela non è più il consumatore (protetto con la disciplina delle pratiche sleali, ma non più con quella della pubblicità ingannevole), bensì il professionista (che però, come visto, secondo la Direttiva 2005/29, deve essere

³⁷ In senso conforme, si veda ASSONIME, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 29.

³⁸ La prima risulta autorizzata dal Considerando 6 della Direttiva 2005/29: "*La non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa*". La seconda sembra più rispondente al tono complessivo della Direttiva 2006/114.

legittim
consum
operere
nell'am
costituti
però qu
suscettib
compres
l'illecito
concorre
legittima

In s
fattispec
legislato
concorre
della p
profession
contro
indirizza

Con
saltato a
attribuito
di agire
compara
formale
diversam
pratiche
perché la
quale è
esame, d
scaturent
2006/114
ogni sco
essere d
Reductio
dell'inter
pubblicit

³⁹ Come gi

legittimato ad agire anche contro le pratiche sleali tra imprese e consumatori...). La nuova disciplina della pubblicità ingannevole opererebbe cioè come la disciplina della pubblicità menzognera nell'ambito della concorrenza sleale, in versione tradizionale: i fatti costitutivi l'illecito riguardano pur sempre i consumatori (espressione però qui dal significato generico, che comprende tutti i soggetti suscettibili di essere destinatari di comunicazioni ingannevoli, ivi compresi gli altri professionisti), dirette vittime dell'inganno, ma l'illecito sussiste solo se ne deriva un potenziale danno per il concorrente, il quale, coerentemente, dovrebbe apparire il solo legittimato ad invocare la relativa tutela.

In sintesi, mentre la nuova disciplina delle pratiche sleali descrive fattispecie di esclusivo attentato al consumatore, richiedendo, al più, al legislatore nazionale di consentire contro di esse anche la tutela dei concorrenti dell'impresa che pone in essere l'illecito, la disciplina della pubblicità ingannevole è diretta ad apprestare ai soli professionisti tutela contro la comunicazione ingannevole, nonché contro le sue conseguenze concorrenziali, a chiunque essa sia indirizzata.

Come si è detto, in sede di recepimento, il legislatore italiano ha saltato a piè pari le suddette questioni interpretative. Ha infatti attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di agire *ex officio* anche contro la pubblicità ingannevole e comparativa illecita. Il risultato è la riunificazione, sostanziale, se non formale (visto che le discipline permangono in teoria distinte e diversamente collocate) di tutti gli interessi in gioco a fronte di pratiche scorrette, pubblicità ingannevole e comparativa illecita, perché la legittimazione, in un sistema di così artificiose distinzioni, quale è quello risultato dal complesso delle direttive comunitarie in esame, descrive in realtà la sostanza della tutela³⁹. Il risultato generale, scaturente dalla somma delle attuazioni delle Direttive 2005/29 e 2006/114, è dunque la *reductio ad unum* dell'attività di repressione di ogni scorretta sollecitazione o molestia, informativa e non, posta in essere dalle imprese nei confronti del loro potenziale mercato. *Reductio ad unum* che si traduce nel fondamentale recupero dell'interesse pubblico alla repressione di pratiche scorrette e pubblicità ingannevole (e comparativa illecita) *tout court*.

³⁹ Come già rilevato da R. DI RAIMO, op.cit.

Tale esito, salvo quanto si dirà in chiusura, non può essere censurato. Pur sotto diverse etichette formali, il legislatore italiano ha di fatto recuperato la potenziale plurioffensività di detti attentati al mercato. L'azione d'ufficio, tra l'altro, consentirà finalmente all'Autorità di concentrarsi sui casi più gravi ed economicamente rilevanti, liberandosi da quel fastidioso contenzioso bagatellare che ne ha appesantito l'azione in questi quindici anni di applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole.

Perplesso mi lascia, tuttavia, l'estensione del potere dell'Autorità di agire d'ufficio (non meno che l'attribuzione alla medesima di penetranti poteri inquisitori e sanzionatori, anch'essi evidentemente esercitabili d'ufficio) anche alla disciplina della pubblicità comparativa illecita. Come si ricorderà, a lungo si discusse, nella prospettiva dell'attuazione della Direttiva 97/55, se fosse il caso di attribuire l'applicazione integrale della disciplina all'Autorità, con gli stessi laschi criteri di legittimazione già vigenti per la pubblicità ingannevole, nonostante la diversità degli interessi coinvolti dalla comparazione⁴⁰. Ebbene, non solo i redattori del D.lg. n. 67/2000 già allora non tennero conto di quel dibattito (e il sottoscritto, che fece parte del gruppo di lavoro costituito presso il Ministero dell'industria per l'attuazione della direttiva, ancora ricorda la frustrazione per non essere a convincere gli altri componenti del gruppo della rilevanza della questione), ma i redattori del nuovo D.lg. n. 145/07 si sono spinti ben oltre, sganciando l'azione da qualunque richiesta esterna che, quanto meno, nella prassi ha poi consentito all'Autorità di affrontare senza traumi la protezione anche degli interessi fundamentalmente privati collegati alla pubblicità comparativa. Adesso, invece, non sono

⁴⁰ Si vedano, in proposito F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, cit., 492 s.; M. VALCADA, *La pubblicità comparativa: dalla varietà dei sistemi nazionali a una disciplina comunitaria*, in *Dir.comun. e degli scambi internaz.*, 1997, 769; P. AUTERI, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2001, 371 e *La pubblicità comparativa secondo la direttiva 97/55/CE. Un primo commento*, in *Contratto e impresa*, 1998, 2, 601; V. MELI, *La pubblicità comparativa tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 267, 278 ss.; G(iuseppe) ROSSI, *La pubblicità dannosa. Concorrenza sleale, "diritto a non essere ingannati", diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 2000; M. FUSI, P. TESTA, P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, cit.; P. AUTERI, *La pubblicità comparativa*, cit., 601; in senso diverso, si veda G. GHIDINI, *Libertà di comparazione: profili costituzionali ed interessi protetti*, in *Pubblicità comparativa alla luce della nuova normativa comunitaria*, Milano, 1997.

più sog-
decider
Autorità
insinda
l'Autor
come lo
Ci
l'Autor
almeno
necessa
illecita
inganne
per arch

BIBLIC

ASSONIM
dice
AUTERI
SPA
Già
AUTERI
prim
CAFAGG
Priv
DALLE V
DE CRIS
e co
DELOGU
cons

⁴¹ L'art. 4
della pubb
legislativo
recante
pubblicità
⁴² Il D.lg.
adottato fi
pubblicità
comma 5,

più soggetti esterni, sia pure in qualità di meri segnalanti, a dover decidere se e come azionare la tutela dei propri interessi, ma è la stessa Autorità che li interpreta e se ne prende cura a proprio sostanzialmente insindacabile giudizio. Il D.lg. n. 145/07 ha cioè trasformato l'Autorità in un pubblico tutore degli interessi dei professionisti, così come lo è, ma qui doverosamente, di quelli dei consumatori!

Ci si può, a questo punto, solo augurare che, nella prassi, l'Autorità valorizzi come fondamentale motore della propria azione, almeno su questo versante, l'istanza esterna, continuando a ritenerla necessaria per l'avvio dei procedimenti per pubblicità comparativa illecita (quanto meno nei casi in cui tale illiceità non derivi da ingannevolezza)⁴¹ ed utilizzando, semmai, il proprio potere d'ufficio per archiviare quelle istanze che risultino palesemente infondate⁴².

BIBLIOGRAFIA

- ASSONIME, *Pratiche commerciali scorrette*, Circolare n. 80/07, del 17 dicembre 2007.
- AUTERI P., in AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V., OLIVIERI G., RICOLFI M., SPADA P., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2001, 371.
- AUTERI P., *La pubblicità comparativa secondo la direttiva 97/55/CE. Un primo commento*, in *Contratto e impresa*, 1998, 601.
- CAFAGGI F., *Pubblicità commerciale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. commerciale*, Torino, 1995.
- DALLE VEDOVE G., *Le pratiche aggressive*, in questo volume.
- DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007.
- DELOGU L., *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 98.

⁴¹ L'art. 4, lettera a) del D.lg. n. 145/07, prevede infatti, come prima causa di illiceità della pubblicità comparativa, che non sia "ingannevole ai sensi del presente decreto legislativo o degli articoli 21, 22, 23 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del consumo", con ciò agganciando l'ingannevolezza della pubblicità comparativa alla tutela dei consumatori.

⁴² Il D.lg. n. 145/07, in quest'ottica, conferirebbe legittimità a quel dubbio strumento, adottato fino ad oggi in via regolamentare, dell'archiviazione delle segnalazioni per pubblicità ingannevole o comparativa illecita per manifesta infondatezza (art. 4, comma 5, del D.P.R. n. 284/03).