Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Marketing e Comunicazione

Tesi di Laurea

Pubblicità ingannevole e comparativa.

Il ruolo e le azioni svolte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Relatrice
Ch. Prof.sa Alessandra Zanardo

Laureanda
Ilaria Giancani
Matricola 838586

Anno Accademico
2013 / 2014

INDICE

PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA.

IL RUOLO E LE AZIONI SVOLTE DALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

INTRODUZIONE **4**

CAPITOLO 1 LA NORMATIVA E LA SUA EVOLUZIONE **7**

1.1 La Costituzione italiana. 7

1.2 Il codice civile art. 2598. 9

1.3 La direttiva comunitaria 1984/450/CEE, il d. lgs. 74/1992 e il d. lgs. 67/2000 (Dir. 97/95/CE). 10

1.4 La pubblicità ingannevole e comparativa. 11

1.5 La Direttiva comunitaria 2005/29/CE. 14

1.6 La Direttiva comunitaria 2006/114/CE. 20

1.7 Il d. lgs. 146/2007 e il nuovo Codice del Consumo. 21

1.8 Il d. lgs. 145/2007 e il rapporto tra professionisti. 26

CAPITOLO 2 LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA. **31**

2.1 Definizioni 31

2.1.1. Pratica commerciale sleale o scorretta. 32

2.1.1.1 pratiche commerciali sleali ingannevoli. 34

2.1.1.2 pratiche commerciali sleali aggressive. 36

2.1.2 Comunicazione commerciale. 39

2.1.3 Pubblicità. 40

2.1.3.1 Pubblicità ingannevole. 44

2.1.3.2 Pubblicità comparativa. 46

2.1.4 Il professionista. 47
2.1.4.1 Diligenza professionale. 48
2.1.4.2 Microimpresa. 49
2.1.5 Consumatore. 50
2.2 Tutela dei consumatori. 51
2.3 Obblighi e tutela dei professionisti. 54

CAPITOLO 3 L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. 58
3.1 I poteri dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 58
3.1.1 Organizzazione e competenze. 60
3.1.2 Procedure e sanzioni. 64
3.2 Provvedimenti dal 2007 al 2013. 70
3.2.1 Illeciti per violazioni al d. lgs. 145/2007. 78
3.2.2 Illeciti per violazioni al Codice del consumo. 82
3.3 Illeciti più frequenti. 82
3.3.1 Telefonia, credito e assicurazioni. 83
3.3.2 Trasporti e autoveicoli. 85
3.3.3 Estetica, farmaceutico e alimentare. 86
3.3.4 Reiterazione dei comportamenti scorretti. 89

CAPITOLO 4 COMPORTAMENTI SCORRETTI, MARKETING E STRATEGIA DI IMPRESA 92
4.1. Accesso e visibilità sul mercato. 92
4.1.1 Nuove imprese. 93
4.1.2 Nuovi prodotti. 94
4.2. Espansione di quote di mercato. 104
4.3 Concorrenza imperfetta, oligopolio, soglie di accesso e guerra dei prezzi. 107

CONCLUSIONI 115

BIBLIOGRAFIA 117

INTRODUZIONE

La pubblicità possiede carattere informativo ed ha come scopo principale quello di attirare l'attenzione dei consumatori sul prodotto. Affinché la pubblicità sia economicamente conveniente deve essere efficace e quindi deve proporre un'immagine migliorata del prodotto per invitare il consumatore all'acquisto. Le esagerazioni sulle qualità del prodotto e le astuzie per attirare l'attenzione sulla sua novità e l'originalità, oppure sul vantaggio economico di una certa promozione a prezzi scontati, o ancora di vantaggiose forme di pagamento non devono risultare ingannevoli per il consumatore medio. Tuttavia, non esiste un limite ben definito fra una pubblicità che proponga un'immagine enfatizzata ed una pubblicità ingannevole, poiché questo dipende dalla soggettività della percezione dei consumatori.

L'Unione Europea è intervenuta con ripetute direttive per la tutela dei consumatori e dei professionisti e il legislatore italiano ha individuato nell'Autorità Garante delle concorrenza e del mercato l'organismo giuridico preposto alla tutela degli stessi, alle istruttorie ed ai provvedimenti di intervento ed irrogazione delle sanzioni.

Nel primo capitolo del presente lavoro si analizza l'evoluzione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento italiano. Prima del 1992, in Italia, le norme riguardanti la pubblicità erano volte generalmente a tutelare gli interessi degli imprenditori che si fossero trovati in situazioni di concorrenza sleale ed erano riconducibili alla costituzione ed al Codice Civile. Con il recepimento della Direttiva comunitaria 1984/450/CEE si ha finalmente un primo quadro definito della normativa sulla pubblicità e sulla pubblicità ingannevole e comparativa, modificato

successivamente con le Direttive comunitarie 2006/29/CE e 2006/114/CE che hanno portato, nel nostro ordinamento, alla distinzione del rapporto della pubblicità con i consumatori da quello con i professionisti.

Nel secondo capitolo, si procede con un approfondimento della normativa attualmente vigente, soffermandosi sulle definizioni presenti nella legislazione ed illustrando le differenze di tutela tra le varie categorie di soggetti. La Direttiva 2005/29/CE, al fine di chiarire i principali concetti giuridici, fornisce un elenco di definizioni che vengono ripresi ed introdotti nella legislazione, per chiarire i principali termini e concetti giuridici. Tali definizioni tracciano le linee guida per il recepimento e l'interpretazione delle norme europee negli ordinamenti degli Stati membri.

Si analizzano, in particolare, le modalità di recepimento nell'ordinamento italiano delle definizioni di pratica commerciale sleale e la sua suddivisione in pratiche ingannevoli ed aggressive, di comunicazione commerciale, di pubblicità, di pubblicità ingannevole e comparativa, di professionista con particolare attenzione alla diligenza professionale ed alle distinzioni legate all'ipotesi della micro-impresa, nonché, infine, la definizione di consumatore.

Nella prima parte del terzo capitolo ci si sofferma sul funzionamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, su quali siano le sue competenze e sulle sanzioni che la stessa può irrogare.

Nella seconda parte, invece, si procede ad un'analisi dell'operato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, considerando gli anni dal 2007 al 2013, sulla base di quanto riportato dai bollettini dell'Autorità stessa dalla quale sono emerse due diverse caratteristiche tendenze.

Da un lato, la diffusione dei comportamenti commerciali scorretti è risultata essere pratica comune non solo nelle piccole e medie imprese, ma anche in molte grandi imprese che dispongono di capitali e risorse umane che rendono difficile credere che siano incorse involontariamente in errore.

Dall'altro lato, si sono delineati i settori merceologici nei quali si sono verificati gli illeciti più frequenti e per i quali sono state irrogate le maggiori sanzioni.

Partendo da tale analisi, nel quarto capitolo, si cerca quindi di comprendere se vi siano condizioni convenienti per l'impresa a rischiare le sanzioni per esasperare l'efficacia delle pratiche pubblicitarie o alterare la concorrenza.

Sono stati individuati diversi casi e l'attenzione si è posta particolarmente sul settore dei cosmetici e delle telecomunicazioni al fine di comprendere se un comportamento scorretto nel messaggio pubblicitario potesse essere conveniente per attirare l'attenzione del consumatore sulla novità e l'originalità del prodotto, oppure sul vantaggio economico di una certa promozione, o di vantaggiose forme di pagamento.

Per tali motivi si è cercato di comprendere se le sanzioni potessero costituire un costo da sostenere già calcolato e accettato a priori dalle imprese, al fine di massimizzare il proprio vantaggio economico e di influire sul risultato commerciale dei propri prodotti, modificando altresì, la situazione del mercato e la propria immagine di *brand* agli occhi dei consumatori.

Sono state analizzate, a tale scopo, le strategie aziendali i cui modelli economici e comportamentali possono giustificare comportamenti scorretti e la loro la reiterazione nel tempo: accesso sul mercato, oligopolio, espansione di quote di mercato, guerra dei prezzi traendone interessanti conclusioni.

CAPITOLO 1

LA NORMATIVA E LA SUA EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1.1 La Costituzione italiana. 1.2 Il codice civile art. 2598. 1.3 La direttiva comunitaria 1984/450/CEE, il d. lgs. 74/1992 e il d. lgs. 67/2000 (Dir. 97/95/CE). 1.4 La pubblicità ingannevole e comparativa. 1.5 La Direttiva comunitaria 2005/29/CE. 1.6 La Direttiva comunitaria 2006/114/CE. 1.7 Il d. lgs. 146/2007 e il nuovo Codice del Consumo. 1.8 Il d. lgs. 145/2007 e il rapporto tra professionisti.

1.1 La costituzione italiana

L'inquadramento costituzionale della pubblicità è una questione importante e controversa al contempo. Infatti la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) non hanno lo stesso rango, in quanto, la prima gode di una protezione più intensa[1] in termini di applicazione concreta. Si può quindi supporre che la legittimità costituzionale dei limiti e degli obblighi di conformazione imposti alla pubblicità devono essere valutati essenzialmente secondo l'art. 21 Cost.; tuttavia è controverso se la pubblicità goda della tutela di entrambi gli articoli della costituzione.

Generalmente nel diritto privato si tende a considerare come referente costituzionale della pubblicità l'art. 41 Cost., mentre nel diritto costituzionale l'art. 21

[1] APA E., *La pubblicità commerciale,* Napoli, Jovene, 2011, p. 95.

Cost.[2], tuttavia è ragionevole pensare che vi sia una duplice copertura costituzionale: sia la Corte di Cassazione che la Corte costituzionale ritengono che la pubblicità commerciale costituisca "attività d'impresa (…) assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost., e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al 2° e 3° comma".[3]

E' logico pensare ad una duplice copertura anche perché la pubblicità commerciale viene spesso indicata anche come "comunicazione commerciale" che esprime, sia la natura comunicativa ed espressiva, che quella economica ed imprenditoriale.[4] Innegabilmente la pubblicità è un mezzo di espressione del pensiero che comprende, oltre ad informazioni su prodotti e sulla loro idoneità atte a soddisfare determinati bisogni, anche opinioni di cui spesso si fa veicolo. Allo stesso modo possiamo affermare il suo scopo di promozione delle vendite di prodotti o servizi e che, sia le informazioni, che le opinioni sono diffuse a fini di lucro per rispondere a precisi obiettivi economici oggetto dell'art. 41 Cost.

Secondo il comma 2 dell'art. 41 Cost. l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" alla quale si può collegare la disciplina in materia di concorrenza sleale. È necessario, infatti, tenere conto, oltre che agli interessi degli imprenditori, anche di quelli dei consumatori nella definizione dell'utilità sociale della pubblicità e pertanto non si può dubitare della legittimità del divieto di pubblicità ingannevole.

Nonostante non si possa negare che chi diffonde un messaggio pubblicitario eserciti sia la libertà di manifestazione del pensiero che quella di iniziativa economica, tuttavia non sempre i regimi giuridici degli artt. 21 e 41 Cost. risultano compatibili tra loro, ma anzi, vi sono anche limiti dell'art. 41 Cost. inconciliabili con l'art. 21 Cost. L'art. 41, sulla liberà di iniziativa economica, non si può conciliare con la garanzia riconosciuta alla libertà di manifestazione del pensiero, in quanto alcune deroghe alla libertà ammesse nell'art. 41, non sono ammesse nella sfera di protezione dell'art. 21.[5]

La Corte Costituzionale ha precisato a tale riguardo che si riferiscono all'art 21

---

[2] VIGNUDELLI A., *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Maggioli, Rimini, 1983, 300.

[3] Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, 17 ottobre 1985, n. 231, in *Giur. Cost.*, 1985, 1879. *Sentenza* CORTE DI CASSAZIONE, 23 novembre 1999, n. 12993.

[4] APA E., *op. cit.*, p. 178.

[5] *Ibidem.*

Cost. quelle forme di comunicazione con maggior carattere informativo, culturale e di opinione, mentre all'art 41 Cost. quelle con un fine più strettamente economico; questo tipo di analisi però, lascia libera l'interpretazione per le singole fattispecie. Una risposta potrebbe essere trovata nella natura stessa della pubblicità, ovvero un messaggio originato da imprenditori con oggetto l'incentivazione di un comportamento di acquisto per il pubblico a cui si rivolge; con questa interpretazione la pubblicità viene posta prevalentemente sotto la protezione della libertà di iniziativa economica.

1.2 Il Codice Civile: l'art. 2598 C.C.

Le prime azioni per contrastare la pubblicità ingannevole erano quelli presenti nel codice civile, nell'istituto della concorrenza sleale. Prima del 1992, infatti, non vi erano norme che vietavano espressamente la diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli e veniva applicato quanto detto dal terzo comma dell'articolo 2598 del codice civile[6].

Questa norma viene pensata inizialmente per regolamentare la comunicazione aziendale in termini generali, ovvero in tutte le forme che essa può assumere, considerando però, che nel 1942, tale comunicazione aveva avuto uno sviluppo più modesto, legato ai differenti mezzi di comunicazione disponibili. Nel n. 2 dell'art. 2598 si legge che compie atti di concorrenza sleale chiunque "diffonde notizie ed apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito", senza consentire, però di distinguere se tale discredito sia originato da notizie vere o false.[7]

Tuttavia, la dottrina riteneva l'articolo inidoneo a contrastare efficacemente la pubblicità ingannevole, in quanto non offriva uno spettro di tutela abbastanza ampio.[8]

Secondo l'opinione comune, nella fattispecie dell'articolo, rientrava anche la pubblicità comparativa volta a confrontare prodotti e servizi di concorrenti per

---

[6] Compie atti di concorrenza sleale chiunque: "si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda".

[7] FLORIDIA G., *La tipizzazione normativa* in AA. VV., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 357.

[8] Cfr. APA E. *op. cit.*, p. 248.

manifestare la superiorità o convenienza di quelli pubblicizzati sugli altri. L'opinione maggiormente seguita in dottrina ed in giurisprudenza è stata per molti anni quella di vietare la pubblicità comparativa indipendentemente dal fatto che contenesse informazioni veritiere o mendaci. Era vietata anche la forma di pubblicità comparativa indicata prevalentemente come pubblicità per agganciamento[9], nella quale il confronto era volto essenzialmente a dimostrare la presenza, nel prodotto pubblicizzato, di caratteristiche e pregi uguali a quelli del prodotto dell'azienda leader di mercato, in quanto valutata sulla base del divieto di appropriazione di pregi altrui di cui all'art. 2598, n 2, c.c.

1.3 La Direttiva comunitaria 1984/450/CEE e i d. lgs. 74/1992 e d. lgs. 67/2000 (dir 97/95/CE)

Nel 1984 il legislatore europeo ha emanato la direttiva 1984/450/CEE in cui vengono determinati i criteri per individuare il carattere di ingannevolezza della pubblicità. Questa direttiva è stata recepita in Italia solamente otto anni dopo, nel 1992, con il d. lgs. n. 74, introducendo il divieto di ordine generale della pubblicità ingannevole, allo "scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari."[10]

Le sue finalità sono quelle di tutelare il singolo acquirente, i rapporti fra imprenditori e l'interesse generale della collettività e del mercato. Negli articoli successivi vengono date le definizioni di pubblicità e pubblicità ingannevole necessarie per individuare le fattispecie disciplinate dalla direttiva. Per pubblicità si intende: "qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi", mentre è

---

9 AUTERI P., *La disciplina della pubblicità* in AA. VV, *op. cit.*, p. 406.

10 Cfr. Art.1 d.lgs. 74/92.

considerata ingannevole "qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente."

Con la direttiva 97/55/CEE, è stata poi introdotta anche una normativa in materia di pubblicità comparativa, che, come detto, in Italia, fino al suo recepimento con il d. lgs. 67/2000, non era considerata lecita.

La direttiva del 1997 integra e amplia la direttiva 84/450/CEE definendo le condizioni di liceità della pubblicità comparativa e ammettendo anche la comparazione diretta, purché essa identifichi "in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente"[11].

1.4 Pubblicità ingannevole e comparativa

Il d. lgs. 206/2005 denominato "Codice del consumo", presenta una sezione dedicata alla pubblicità ingannevole e comparativa: il Titolo III denominato "Pubblicità e altre comunicazioni commerciali", che distingue e differenzia tali attività dalle restanti tipologie di tutela. All'interno di questa sezione del Codice del Consumo, sono oggi riportati i contenuti della direttiva comunitaria 84/450/CEE e del d. lgs. 74/1992.

L'art. 19 del Codice del Consumo, nella versione vigente, recita così: "Le disposizioni della presente sezione hanno lo scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa"[12].

L'obiettivo del codice è quello di tutelare non soltanto il consumatore finale che può essere indotto a prendere decisioni che non avrebbe preso in assenza di pubblicità

---

[11] Cfr. Dir. 97/55/CEE.

[12] Cfr. art. 19, punto 1, d. lgs. 206/2005 (prima delle modifiche dei decreti legislativi 145/2007 e 146/2007). "Finalità".

ingannevole, ma anche quei soggetti che non sono definibili come consumatori nello svolgimento della loro attività commerciale, ma sono ugualmente suscettibili di essere vittime di attività scorrette. Emerge, quindi, la volontà di tutelare e proteggere tutti i soggetti impegnati nei vari livelli della filiera produttiva. Questa disciplina, pertanto, non coincide esclusivamente con il diritto dei consumatori, potendo essere applicata sia a contratti di consumo che di impresa.

Nell'art. 20 del decreto vengono riportate le definizioni di pubblicità ingannevole e comparativa, che ricalcano quelle presenti nel d. lgs. 74/1992. All'interno di questa classificazione possono essere inserite anche la comunicazione istituzionale, la sponsorizzazione, le televendite e le telepromozioni.

Elementi necessari alla definizione di un'attività scorretta sono l'idoneità della pubblicità a indurre in errore i destinatari di essa e a pregiudicare il comportamento economico del consumatore che riceve il messaggio. Le fattispecie di illecito previste dalla norma hanno un carattere puramente oggettivo, dal momento che prescindono completamente dalle categorie della colpa o del dolo[13], e rendono irrilevante l'intenzionalità del professionista a diffondere informazioni che possano qualificare una pubblicità come ingannevole. Inoltre, per rendere il messaggio sanzionabile, è necessaria l'effettiva possibilità che un acquirente possa cadere in errore.

Secondo l'art. 21: "per determinare se la pubblicità sia ingannevole se ne devono considerare tutti gli elementi, con riguardo in particolare ai suoi riferimenti:

a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, l'esecuzione, la composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, o i risultati che si possono ottenere con il loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi;

b) al prezzo o al modo in cui questo viene calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi vengono forniti;

c) alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni

[13] SICA S., D'ANTONIO V., *Pubblicità ingannevole e comparativa*, in AA. VV. *Commentario del Codice del consumo – inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano, Ipsoa, 2006, p. 104.

altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa ed i premi o riconoscimenti."[14]

Mentre, il successivo art. 22 prevede che la pubblicità comparativa sia lecita se rispetta determinati requisiti:

a) non deve essere ingannevole e quindi rispettare quanto detto nell'art.21;

b) il confronto deve avere come oggetto beni o servizi che abbiano come obiettivo la risoluzione dei medesimi bisogni dei consumatori;

c) devono essere confrontate in modo oggettivo una o più caratteristiche di tali beni o servizi. Tali caratteristiche devono essere essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative. Nel comma 2 dello stesso articolo viene precisato che il requisito della verificabilità è soddisfatto nel momento in cui i dati presi in considerazione per la per illustrare la caratteristica del bene o servizio pubblicizzato possono essere dimostrati. Questo punto comprende anche il prezzo dei beni o servizi;

d) la pubblicità comparativa non causa confusione fra chi emette il messaggio ed il concorrente e tra i loro segni distintivi;

e) non deve screditare o denigrare i segni distintivi, i beni o servizi, le attività o le circostante di un concorrente;

f) se i prodotti oggetto del confronto recano la denominazione di origine, possono essere confrontati solamente con altri prodotti con la medesima denominazione;

g) il prodotto non deve trarre vantaggio dal prodotto, segni distintivi, denominazioni di origine del concorrente con cui viene confrontato;

h) il bene o servizio non sono oggetto di imitazione o contraffazione di altri beni o servizi posti sotto la protezione di un marchio o denominazione commerciale depositati.

Inoltre, al comma tre viene posta l'attenzione sulle offerte speciali, per le quali si aggiungono ulteriori requisiti:

a) il termine iniziale dell'offerta, nel caso in cui non fosse ancora iniziata, ed il termine finale devono essere indicati chiaramente ed in modo non equivoco;

b) devono essere indicate le condizioni particolari dell'offerta, ad esempio il prezzo speciale;

c) se l'offerta subisce delle limitazioni, per esempio di disponibilità dei beni o

---

[14] Cfr. Art. 21 d. lgs. 206/2005 (prima delle modifiche dei decreti legislativi 145/2007 e 146/2007) "Elementi di valutazione".

servizi.[15]

Quando questi articoli, dal 21 al 25 del primo Codice del Consumo hanno abbandonato questa collocazione con il recepimento della Dir. 2005/29/CE sono poi stati inseriti integralmente nel d. lgs. 145/2007 che ha ad oggetto i rapporti tra professionisti.[16]

Questa disciplina ha iniziato a cambiare nei primi anni 2000 con l'emanazione del "Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea", COM (2001) 531 def., del 2.10.200). Il principio che regola le diverse modifiche, stabilite dall'Unione Europea è quello di una completa protezione del consumatore dalle pratiche sleali che comprendono anche la pubblicità ingannevole e comparativa, in un'ottica di armonizzazione della disciplina in materia di tutela del consumatore. Il "Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea" introduce, la locuzione di "comunicazione commerciale" che riguarda "tutte le forme di pubblicità, marketing diretto, sponsorizzazione, promozione delle vendite e relazioni pubbliche"[17].

Da un punto di vista giuridico, queste attività sono tutte accomunate dalla volontà di incentivare la circolazione di beni e servizi nel mercato europeo.

1.5 La Direttiva comunitaria 2005/29/CE

I lavori fino ad ora presentati possono essere definiti come preparatori per la realizzazione definitiva della direttiva 2005/29/CE. Per analizzare la direttiva può risultare utile suddividerla in due parti: la prima parte, fino all'art. 13, contiene la nuova regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette, mentre la seconda prevede le modifiche alle precedenti normative, come per esempio, quella in materia di pubblicità ingannevole regolamentata dalla precedente direttiva del 1984 e quella sulla pubblicità comparativa del 1997.

La *ratio*, rintracciabile nell'art. 1, si pone in continuità con quanto svolto fino a

---

[15] Cfr. Art. 22 d. lgs. 206/2005 (prima delle modifiche dei decreti legislativi 145/2007 e 146/2007). "Condizioni di liceità della pubblicità comparativa".

[16] v. par. 1.8.

[17] AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 30.

quel momento dal legislatore europeo il quale chiarisce che l'intento della direttiva è quello di: "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori."[18]

Lo scopo perseguito è, quindi, quello di superare gli ostacoli originati dalla disomogeneità di norme presenti nei diversi Stati membri; obiettivo sempre più necessario per l'interesse delle imprese nell'effettuare transazioni transfrontaliere e poter adottare campagne di marketing e comunicazione a livello europeo.[19]

L'oggetto di studio della direttiva 2005/29/CE riguarda le pratiche commerciali il cui "intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti. Non riguarda le pratiche commerciali realizzate principalmente per altri scopi, comprese ad esempio le comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali delle aziende."[20]

La direttiva tutela direttamente gli interessi dei consumatori ed indirettamente quelli dei professionisti. Nonostante sia contemplata l'esistenza di casi di pratiche commerciali scorrette, che non influenzino negativamente il comportamento del consumatore, ma che ledano esclusivamente gli imprenditori, il legislatore europeo dichiara, considerando nell'art. 8 della direttiva, che: "La Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un'azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti della concorrenza sleale."[21]

Nell'allegato I della Dir. 2005/29/CE è presentato un elenco di clausole considerate in ogni caso sleali. Queste trentuno fattispecie sono state inserite dal legislatore italiano all'interno degli artt. 23 e 26 del Codice del consumo e non in

---

[18] Cfr. Art. 1 Dir. 2005/29/CE.

[19] DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, UTET, 2008, p.15-18.

[20] Cfr. Art 7 Dir. 2005/29/CE.

[21] Cfr. Art. 8 Dir. 2005/29/CE.

allegato in quanto il valore e l'incisività dell'elencazione ne avrebbe risentito a scapito dello spirito della direttiva stessa.[22]

Le clausole vanno divise in pratiche considerate in ogni caso ingannevoli e pratiche considerate in ogni caso aggressive (così come ripartite anche nel Codice del consumo). Le prime possono essere ripartite in due macro-categorie[23] basate sull'inganno dell'apparenza e sull'inganno di natura propagandistica.

Le prime possono essere suddivise in base all'inganno sul codice di condotta, sulla natura del prodotto, sulla garanzia ed i servizi post-vendita, sulla figura del venditore.

Per inganno sul codice di condotta rientrano le clausole dei numeri 1-4 per le quali è in ogni caso ingannevole:

1) il comportamento che vede il professionista dichiararsi firmatario di un codice di condotta, quando non lo sia;

2) l'esibizione di un marchio senza averne avuto autorizzazione;

3) dichiarare che un determinato codice di condotta ha ottenuto l'approvazione di un organismo pubblico, quando non l'abbia effettivamente ottenuta;

4) asserire che le pratiche, il prodotto o il professionista stesso siano stati accettati, autorizzati e approvati da un organismo privato o pubblico, quando ciò non risulta vero e non abbia quindi rispettato le condizioni di approvazione, accettazione e autorizzazione ricevuta.

L'inganno sulla natura del prodotto riguarda le clausole 9, 12, 16, 17:

"9)Affermare o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita, ove non lo sia;"[24]

"12) Formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto." [25]

"16) Affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi d'azzardo.

17) Affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie,

---

22 DONA M., *op. cit.*, p. 39.

23 *Ibidem.*

24 Dir. 2005/29/CE Allegato I.

25 *Ibidem.*

disfunzioni o malformazioni."[26]

L'inganno sulla garanzia e sui servizi post-vendita riguarda le clausole 8, 10, 23:

8) assumersi l'impegno con i consumatori, con i quali il professionista è entrato in contatto utilizzando una lingua diversa da quella dello Stato membro dove è situato il professionista, di fornire l'assistenza post-vendita per poi offrire in modo concreto tale servizio soltanto in una lingua diversa senza averlo comunicato al consumatore precedentemente al suo impegno a concludere l'operazione. In questo caso la slealtà del professionista è data dalla difficoltà per il consumatore di fruire della garanzia;

10) dichiarare ai consumatori che la propria offerta è una esclusiva quando, invece, rientra nei diritti loro conferiti dalla legge;

23) far capire che i servizi post-vendita siano disponibili in uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui il prodotto è stato acquistato, quando ciò non corrisponde al vero.

Infine, l'inganno sulla figura del venditore comprende le condotte commerciali descritte ai numeri 13 e 22:

13) quando un prodotto è fabbricato da un produttore in modo simile a quello di un altro produttore in modo da indurre il consumatore a ritenere, a differenza della realtà, che il bene sia fabbricato dal medesimo soggetto. La slealtà va ad incidere sulle motivazioni all'acquisto, fornendo informazioni ingannevoli sulla provenienza del proprio prodotto, in modo particolare laddove la somiglianza sia con prodotti più noti e riconosciuti sul mercato.

22) presentarsi come consumatore, quando il professionista sta agendo nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, rendendo l'aderente privo della tutela di consumo.

Le condotte fondate su un inganno di natura propagandistica, invece, possono essere suddivise in base ad inganno sul prezzo, sulle condizioni di mercato, sulle dichiarazioni relative alla pubblicità, sui tempi del rapporto commerciale.

Si parla di inganno sul prezzo per le condotte commerciali ai numeri 5, 6, 20:

5) invitare all'acquisto di un prodotto ad un prezzo senza motivare ragionevolmente il perché altri professionisti non potrebbero fornire beni o servizi equivalenti a quel medesimo prezzo in un determinato periodo. Il comportamente risulta

[26] *Ibidem.*

sleale in quanto il professionista sta cercando di attirare l'attenzione del consumatore sul prezzo e non sul prodotto oggetto dell'offerta.

6) “Invitare all’acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:

a) rifiutare di mostrare l’articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure

b) rifiutare di accettare ordini per l’articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure

c) fare la dimostrazione dell’articolo con un campione difettoso, con l’intenzione di promuovere un altro prodotto (*bait and switch* ovvero pubblicità con prodotti civetta)”[27].

20) non dichiarare eventuali oneri aggiuntivi, quali ritiro e recapito del prodotto e risposta alla pratica commerciale, descrivendo il bene come gratuito.

Le clausole 14, 18, 19, 21 rientrano nella categoria dell'inganno sulle condizioni di mercato:

14) “avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale”[28] dove viene richiesto ad un consumatore di fornire un contributo in cambio dell'opportunità di ricevere un corrispettivo originato dall'ingresso di altri consumatori nel sistema e non dalla vendita o consumo di prodotti;

18) fornire informazioni non esatte circa le condizioni di mercato o sulla disponibilità di un prodotto, per il solo scopo di indurre il consumatore all'acquisto del bene a condizioni peggiori rispetto a quelle di mercato. Queste pratiche tendono ad influenzare il rapporto tra domanda ed offerta, imponendo al consumatore un prezzo più alto;

19) dichiarare di organizzare promozioni a premi o concorsi senza poi attribuire i premi o il compenso stabiliti;

21) “Includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che dia al consumatore l’impressione di aver già ordinato il prodotto in commercio mentre non lo ha fatto.” [29]

Il numero 11, è rappresentativo della fattispecie sull'inganno sulle dichiarazioni relative alla pubblicità. Esso vieta il comportamento che vede l'impiego di contenuti

---

[27] *Ibidem.*

[28] *Ibidem.*

[29] *Ibidem.*

redazionali nei mezzi di comunicazione, al fine di promuovere un bene o servizio, nel caso in cui i costi della promozione siano sostenuti dal professionista, senza che questo emerga da contenuti individuabili dal consumatore. Inoltre, viene punita la pubblicità redazionale che non permetta di riconoscere un messaggio pubblicitario, nel contesto in cui è inserito. Per rendere lecito questo tipo di pubblicità è necessario che sia individuato dalla dicitura "messaggio pubblicitario" o "messaggio pubblicitario" o espressa con caratteri tipografici diversi dagli articoli.[30]

Infine, l'inganno sui tempi del rapporto commerciale è descritto nelle clausole ai numeri 7 e 15:

7) indurre i consumatori ad una decisione di acquisto immediata, tramite dichiarazioni false riguardanti la disponibilità temporale del prodotto sul mercato (per esempio, indicando una disponibilità a condizioni particolari per un periodo di tempo limitato), o impedendo loro di prendere una decisione consapevole a causa del tempo limitato per prendere la decisione;

15) "affermare che il professionista sta per cessare l'attività o traslocare, ove non stia per farlo"[31]. Sono pratiche commerciali usate dal professionista per accelerare l'acquisizione di nuovi consumatori, attirandoli tramite vendite straordinarie per liquidazione o attività similari.

L'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive sono, invece, riportate all'interno dell'art. 26 del Codice del Consumo e sono suddivise in minatorie, petulanti e defatiganti.

Le pratiche aggressive minatorie possono essere rinvenute in quei casi in cui venga creata l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali del contratto (numero 24) oppure che, nel caso in cui il consumatore non acquisti, metta a rischio il lavoro o la sussistenza del professionista (numero 30).

Le pratiche aggressive petulanti hanno come caratteristica predominante l'insistenza del professionista nel condizionare le scelte commerciali del consumatore. Si pensi, ad esempio, a quei comportamenti in cui il professionista effettua visite presso l'abitazione del consumatore, oppure effettua ripetute sollecitazioni commerciali telefoniche, inserisca nel messaggio esortazioni per i bambini, esigere pagamento

---

[30] DONA M., *op. cit.*, p. 45.

[31] Dir. 2005/29/CE Allegato I.

immediato (numeri 25-27).

Le pratiche aggressive defatiganti sono, infine, quelle poste in atto allo scopo di stancare il consumatore, per evitare che effettui una richiesta anche legittima (numeri 30 e 31).[32]

1.6 La Direttiva Comunitaria 2006/114/CE

Lo scopo della direttiva Comunitaria 2006/114/CE è quello di "tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa".[33] La Dir. 2006/114/CE può essere considerata come una disciplina generale in materia di pubblicità commerciale, da applicarsi a qualunque messaggio pubblicitario indipendentemente dal prodotto o servizio pubblicizzato, dai soggetti cui viene offerto e dalle motivazioni per cui i consumatori potrebbero essere interessati all'acquisto.

Con questa direttiva il legislatore europeo ha inteso modificare la Dir. 84/450/CEE con una regolamentazione finalizzata alla tutela dei professionisti[34]; tuttavia l'argomento è controverso dato che vi sono dubbi sui reali destinatari: se, cioè, i professionisti interessati dalla norma siano solo quelli raggiunti da messaggi che possano indurli ad un comportamento di acquisto o siano anche quei professionisti che offrono sul mercato beni o servizi dello stesso genere di quelli pubblicizzati.[35]

In altre parole, da questo momento, la tutela dei consumatori da messaggi pubblicitari che ledano i lori interessi economici è esclusivamente affidata alla Dir. 2005/29/CE. Tuttavia, la distinzione tra le due direttive ed i soggetti cui si riferiscono per la loro applicabilità è superflua e debole, così come lo è la distinzione tra tutela diretta dell'interesse dei concorrenti e quella indiretta degli interessi dei consumatori.[36]

---

[32] DONA M., *op. cit.*, p. 46-49.

[33] Cfr. Art 1 Dir. 2006/114/CE.

[34] Nella lettera d) dell'articolo 2 della Dir. 2006/114/CE è stata riportata la definizione di "professionista", che verrà approfondita nel paragrafo 2.1.4.

[35] DE CRISTOFARO G. in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori – La Direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano,* Torino, Giappichelli, 2007, p. 36 e ss.

[36] *Ibidem.*

Infatti, qualunque sia il destinatario del messaggio pubblicitario, la diffusione di pubblicità ingannevole si trova in contrasto con l'interesse alla regolarità e alla lealtà della concorrenza.

L'art. 11 della Dir. 2005/29/CE n. 1 prevede che "gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori" [37] ed inoltre impone che tali mezzi prevedano disposizioni giuridiche idonee a garantire che persone ed organizzazioni abbiano "un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti"[38].

1.7 Il d. lgs. 146/2007 e il nuovo Codice del Consumo

Dopo aver tracciato alcune linee guida per la comprensione del panorama legislativo comunitario, nel presente paragrafo ed in quello successivo, si mira a dare una visione generale di come le direttive comunitarie europee in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole siano state recepite nell'ordinamento italiano.

Le nuove disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. In questo modo è possibile individuare due binari di tutela: il primo è il divieto di pratiche commerciali scorrette che ledano i consumatori, regolamentato dal d. lgs. 146/2007 che ha modificato il codice del consumo, il secondo è il divieto di pubblicità ingannevole e comparativa illecita nei rapporti tra imprese, regolamentato dal d. lgs. 145/2007.

Quest'ultimo decreto recepisce la direttiva 84/450 CE, così come modificata dalla Dir. 97/55/CE ed in particolare dall'art. 14 della stessa direttiva 2005/29/CE, infatti, è intitolato "Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole". Questa dicitura potrebbe indurre a

---

[37] Cfr. Art. 11 n. 1 Dir. 2005/29/CE.

[38] *Ibidem.*

pensare che contenga soltanto articoli necessari ad adeguare l'ordinamento italiano alla normativa, quando in realtà, contiene anche quanto era contenuto nel d. lgs. 74/92 (ora definitivamente abrogato) e nel d. lgs. 206/2005. In questo modo, la disciplina della pubblicità non è più genericamente compresa nel Codice del consumo, ma in una legge speciale sui rapporti tra professionisti (v. par. 1.8).

Come già si è accennato, nel d. lgs. 146/2007 si possono rinvenire le disposizioni di recepimento degli art. 1-13 e 15-17 della Dir. 2005/29/CE relativa al rapporto con i consumatori. Il Titolo III della parte II del Codice del Consumo, così come modificato da detto d. lgs., nel primo capo, contiene le disposizioni generali (v. artt. 18 e 19) che definiscono e determinano il rapporto con le altre discipline; nel secondo capo (dall'art. 20 al 26) si rinvengono norme di attuazione degli artt. 5-9 della direttiva; nel terzo ed ultimo capo (articoli da 27 a 27 *quater*) si trovano le norme che recepiscono gli articoli da 10 a 13 della Dir 2005/29/CE.

Il Codice del consumo, dopo le modifiche del d. lgs. 146/2007, definisce i termini chiave e più ricorrenti nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette nell'art. 18. La condotta vietata può riguardare sia dichiarazioni, sia comportamenti materiali, sia omissioni; è apprezzabile sotto il profilo sostanziale dato che richiede una relazione fra condotta e promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.[39]

La portata della norma viene inoltre estesa a "qualsiasi bene, servizio, diritto e obbligazione"[40]; inoltre, la lett. *d)* dell'articolo 18 include tutte le forme di promozione, commercializzazione dei prodotti sia vecchie che nuove, perciò sia i messaggi pubblicitari veri e propri che altre attività di comunicazione di impresa.[41]

Nel nuovo art. 20 del Codice del Consumo, poi, si rinviene il divieto generale di

---

[39] G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29 Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn.145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 97 e ss.

[40] Definizione di prodotto secondo l'art. 18, lett. *c*) del d. lgs. 206/2005.

[41] Il primo tipo di messaggi pubblicitari, ovvero quelli che usano i media classici come televisione, radio, stampa, cinema ed internet, è spesso indicata come comunicazione *above the line*. Gli altri tipi di comunicazione aziendale, che non sfruttano tali mezzi di comunicazione, sono chiamati *below the line* e riguardano principalmente sponsorizzazioni, pubbliche relazioni, passaparola, social media. Questa distinzione nasce, principalmente, dalla differente entità di costi necessari per sostenere queste attività di marketing (inferiore per le attività *below the line*).

pratiche generali scorrette. La pratica commerciale è "da considerarsi scorretta se contraria alla diligenza professionale ed è falsa, o idonea a falsare in maniera apprezzabile, il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o del membro di un gruppo di consumatori".[42] In questo modo, il legislatore italiano ha inteso allinearsi completamente alla direttiva, ricalcando integralmente il divieto in essa espresso. Nel 4° comma dell'art. 20 Codice del Consumo si trova una suddivisione delle pratiche scorrette ingannevoli (azioni ed omissioni) da quelle aggressive. Le pratiche ingannevoli sono generalmente attività svolte dai professionisti per promuovere e vendere prodotti e servizi ed esse sono rese ingannevoli se contengono informazioni false o se inducono o potrebbero indurre, in qualsiasi modo, il consumatore ad assumere une decisione consapevole o riguardo alla volontà di concludere un contratto commerciale con il professionista. Le informazioni contenute devono esprimere in modo chiaro i seguenti elementi:

a) che il prodotto esista e quale sia la sua natura;

b) le sue caratteristiche principali, per esempio: la disponibilità sul mercato, i suoi vantaggi e rischi, "l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami"[43], il metodo di fabbricazione e la data di fabbricazione o della prestazione, la modalità e la tempistica di consegna, che sia idoneo allo scopo e quali ne siano gli usi, in quale quantità è presentato, la sua descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati ottenibili dal suo uso, "o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto"[44];

c) quali siano gli impegni del professionista e le motivazioni che lo postano alla pratica commerciale, lo svolgersi del processo di vendita, dichiarazioni dirette o indirette o simboli relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione del professionista o del prodotto;

d) il modo in cui è calcolato il prezzo e gli eventuali vantaggi relativi ad esso;

e) le necessità di: manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto o di sue parti;

f) riguardo al professionista devono essere espressi la natura, le qualifiche e i

---

[42] Art. 20 comma 2 d. lgs. 146/2007.

[43] Cfr. Art. 21 comma 1 d. lgs. 146/2007.

[44] *Ibidem.*

diritti suoi o del suo agente, "quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti"[45];

g) infine i diritti del consumatore, tra cui il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del Codice del Consumo."[46]

In sostanza, secondo questa norma, si deve considerare pratica illecita la trasmissione di notizie false a prescindere dal dolo, perché l'obiettivo è quello di proteggere il consumatore da qualunque tipo di pratica commerciale scorretta.

Nel secondo comma del medesimo articolo, inoltre, vengono descritte altre condotte potenzialmente ingannevoli, come attività di marketing che possano portare a confusione con marchi ed altri segni distintivi, prodotti di un concorrente, comprendendo anche pubblicità comparativa illecita.

Il terzo e il quarto comma vietano tutte quelle attività di pubblicità che riguardano prodotti che possono mettere in pericolo la salute e la sicurezza dei destinatari tutelandoli, quindi da eventuali effetti dannosi non adeguatamente indicati nelle informazioni d'uso.[47] L'articolo 21 potrebbe essere considerato come l'attuazione dei "considerando" n. 12 e n. 13 della Dir. 2005/29/CE in cui si richiede di sostituire le "clausole generali" con "nozioni giuridiche chiaramente definite".

In questo modo, il sistema legislativo è riuscito a tutelare sia consumatori che professionisti; il consumatore gode di una più ampia tutela e gli imprenditori hanno una visione più definita sulle pratiche commerciali attuabili senza incorrere in sanzioni. La norma, inoltre, si basa interamente sull'eventualità che il consumatore medio possa effettuare l'acquisto: non è necessario che lo effettui, ma che sia dimostrabile che possa accadere.

Un'altra faccia della condotta ingannevole è data dalle omissioni ingannevoli[48] che i professionisti possono tenere in relazione ad informazioni rilevanti, inducendo così il consumatore a prendere decisioni distorte. L'omissione può riguardare sia informazioni occulte, presentate in modo ambiguo od incomprensibile, intempestive o

---

[45] *Ibidem.*

[46] *Ibidem.*

[47] DONA M., *op. cit.*, p. 23 ss.

[48] Disciplinate dall'art. 22 d. lgs. 146/2007.

non indicanti l'intento commerciale. Nel terzo comma dell'art. 22 viene indicato che nel caso in cui il mezzo di comunicazione impiegato imponga “restrizioni in termini di spazio o di tempo” verrà tenuto di conto come anche ogni altra misura che i professionisti possono adottare per informare i consumatori con altri mezzi.

Passando ora alle pratiche aggressive, l'articolo 24 del Codice del Consumo definisce “aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.[49] Per la valutazione della presenza di molestie e coercizione, l' art. 25 considera i seguenti elementi: tempi, luogo, natura, persistenza, ricorso alla minaccia fisica o verbale, sfruttamento di eventi tragici, ostacoli non contrattuali, onerosi o sproporzionati.

Per il recepimento dell'elenco di clausole considerate in ogni caso sleali presentate secondo l'allegato I della Dir. 2005/29/CE, il legislatore nazionale che ha previsto l'inserimento di queste fattispecie negli artt. 23 e 26 del Codice del consumo.

L'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive sono, invece, riportate all'interno dell'art. 6 d. lgs. 146/2007 e sono suddivise in minatorie, petulanti e defatiganti. [50]

[49] Cfr. art. 24 d. lgs. 146/2007.

[50] Per un'analisi approfondita delle clausole si rimanda al par. 1.5.

1.8 Il d. lgs. 145/2007 e il rapporto tra professionisti

Come precedentemente detto (v. par. 1.7), il d. lgs. 145/2007 contiene le norme con cui è stato recepito ed ampliato nell'ordinamento nazionale l'art. 14 della Dir. 2005/29/CE. In questo decreto, inoltre, vengono riportati interamente i contenuti de d. lgs. 74/1992, abrogandolo definitivamente.

E' possibile dividere il d. lgs. 145/2007 in due parti: una sostanziale ed una procedurale che prevede la regolamentazione dei procedimenti speciali sull'accertamento della natura ingannevole ed illecita di un messaggio pubblicitario.

La parte sostanziale, la quale contiene precetti comportamentali e divieti imposti ai professionisti che diffondono messaggi pubblicitari al fine di promuovere beni e servizi sul mercato, è suddivisibile in tre ulteriori parti:

1) previsioni generali in materia di pubblicità, stabilite dal legislatore italiano, senza rappresentare il recepimento di alcuna normativa comunitaria;

2) precetti riferiti specificatamente alla pubblicità ingannevole e recepiscono art. 2, lettera b) e 3 della Dir. 2006/114/CE;

3) le disposizioni che individuano i requisiti di liceità della Dir. 2006/114/CE. L'ambito di applicazione dei gruppi di disposizioni resta il medesimo in quanto essi sono sottoposti alla definizione di pubblicità dell'art. 2 lettera a).

Affinché un messaggio pubblicitario sia disciplinato dal d. lgs. 145/2007 deve essere destinato alla diffusione, che deve essere strumentale alla promozione di beni o servizi ed avvenire nell'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale, nei confronti di un gruppo di soggetti che potrebbero essere interessati all'acquisto del bene o servizio oggetto della promozione.

Sono irrilevanti il contenuto, la forma e le modalità ed i mezzi di comunicazione utilizzati per la diffusione del messaggio, così come la natura e le caratteristiche del bene o servizio oggetto del messaggio pubblicitario e della tipologia e connotazione dei soggetti destinatari.

Lo scopo di questo decreto legislativo è, come bene emerge dallo stesso testo normativo, quello di proteggere i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue

conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa[51]. Dalla disciplina della pubblicità ivi contenuta, che prima proteggeva tutti i soggetti coinvolti, pertanto è stata estromessa la tutela degli interessi di quei soggetti che non sono concorrenti, ovvero i consumatori.

Circa gli interessi del legislatore si è supposto che i professionisti non siano i diretti concorrenti, ma coloro che sono raggiunti dal messaggio nell'ambito di una promozione di un prodotto o servizio da usare nell'ambito di un'attività imprenditoriale e professionale[52]. Tuttavia, gli artt. 2 lettera b) e 3 del d. lgs. 145/2007 sono posti a tutela dei concorrenti, come le disposizioni generali sulla pubblicità, con la differenza che le ultime sono a tutela di destinatari non professionali, mentre il presente è a tutela di destinatari professionali, quali imprenditori e liberi professionisti nel rapporto con i loro concorrenti.

Il d. lgs. 145/2007 ridefinisce l'ambito di applicazione della regolamentazione in materia di pubblicità ingannevole e comparativa ed identifica alcuni casi tipici di pubblicità ingannevole. Precisamente è considerata ingannevole:

1) "la pubblicità che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei soggetti che essa raggiunge, omette di darne notizia in modo da indurre tali soggetti a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza."[53];

2) "la pubblicità che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, abusa della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o che, impiegando bambini ed adolescenti in messaggi pubblicitari, fermo quanto disposto dall'articolo 10 della legge 3 maggio 2004, n. 112, abusa dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani."[54]

3)"la pubblicità, che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza."[55]

Il d. lgs 145/2007 intende vietare quei messaggi pubblicitari ingannevoli che sono idonei di influenzare il comportamento dei consumatori in modo tale che, anche se

---

[51] Art. 1 d. lgs. 145/2007.

[52] DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 500 e ss.

[53] Art. 6 d. lgs. 145/2007.

[54] Art. 7 Comma 1 d. lgs. 145/2007.

[55] Art 7 Comma 2 d. lgs 145/2007.

questi ultimi non ottengono direttamente un danno, detti messaggi possano ledere i concorrenti. Per questo motivo è lecito ritenere che la disciplina che tutela professionisti e concorrenti sia più severa di quella delle pratiche commerciali scorrette contenuta nel d. lgs 146/2007.[56]

Per quanto riguarda la disciplina della pubblicità comparativa, prima raccolta nel d. lgs. 74/1992, il d. lgs. 145/2007 mira principalmente ad identificarne le condizioni di liceità contenute nell'art. 4. La definizione di pubblicità comparativa lascia ampi margini all'interpretazione della sfera di applicazione della disciplina, pertanto, la *ratio* del presente decreto è quella di restringerne il campo di applicazione entro limiti ben precisi.

In primo luogo, viene ribadito il divieto di ingannevolezza, precisando che la pubblicità comparativa non deve essere ingannevole secondo quanto descritto negli artt. 21-23 del Codice del consumo e negli articoli precedenti del presente codice.

La pubblicità comparativa deve applicarsi a beni o servizi omogenei, ovvero, che abbiano le stesse finalità ed obiettivi e che permettano il soddisfacimento dei medesimi bisogni, in quanto solo così rappresenta uno strumento utile al consumatore per effettuare un confronto fra le offerte di diversi concorrenti.[57]

Affinché ciò avvenga, il decreto ammette il limite che vengano confrontate in modo oggettivo una o più caratteristiche e non, come avveniva in passato, che vengano confrontati in modo completo tutti i vantaggi e gli svantaggi del prodotto o servizio, rendendo la comparazione pressoché impossibile da realizzare.[58]

Tali caratteristiche devono essere:

−essenziali e pertinenti: ovvero che possano essere rilevanti per apprezzare il prodotto,

−rappresentative: ovvero siano significative del pregio complessivo del prodotto,

−verificabili: ovvero controllabili e non immaginarie e suggestive.[59]

Il modo oggettivo richiede, tuttavia, di essere interpretato alla luce della natura stessa della pubblicità, oltre che allo scopo della normativa. Infatti, non si può staccare

---

[56] AUTERI A. *op. cit*, p. 395.

[57] Art. 4 comma 1 lettera b) d. lgs. 145/2007.

[58] AUTERI A. *op. cit*, p. 409.

[59] Cfr. par. 1.4.

completamente dall'efficacia persuasiva ed in un certo modo suggestiva della pubblicità. Pertanto, non si può avere una rappresentazione completamente neutrale del confronto, ma, anzi, rispettando le caratteristiche sopra elencate, sono ammessi apprezzamenti a favore del proprio prodotto ed a sfavore di quello concorrente.[60]

Alla luce di quanto appena detto, bisogna analizzare anche la condizione alla lettera e) del d. lgs. 145/2007: "non causa discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o posizione di un concorrente"[61]. La norma, infatti, non vieta il mettere in evidenza svantaggi del prodotto del concorrente dato che la disciplina permette una comparazione critica, ma intende vietare la pubblicità comparativa che si limiti solamente ad evidenziare gli aspetti negativi dell'offerta del concorrente, senza illustrare cosa rende la propria superiore ad essa. Inoltre, è vietata quella pubblicità che, nel mostrare l'inferiorità del prodotto o servizio del concorrente, ecceda oltre quanto sia effettivamente giustificabile da fatti e la finalità del confronto stesso.[62]

La pubblicità comparativa, non deve creare confusione tra i concorrenti, compresi i loro segni distintivi, i loro beni e servizi ed il confronto non deve essere condotto in modo da trarre un vantaggio indebito dalla notorietà legata ai segni distintivi o alla denominazione di origine dei prodotti dei concorrenti. La disciplina permette che venga acquisito un vantaggio dalla pubblicità comparativa, anche perché questo avviene normalmente quando si attua un confronto con il concorrente *leader* di mercato, ma secondo la logica già precedentemente analizzata, intende vietare certi comportamenti quando avvengono in maniera ingiustificata rispetto alla necessità di far conoscere il proprio prodotto e le caratteristiche che lo caratterizzano e lo differenziano da quelli più noti.[63]

Le condizioni di liceità restanti rappresentano: l'obbligo per i prodotti che recano denominazioni di origine di essere confrontati esclusivamente con altri prodotti aventi la stessa denominazione[64] ed il divieto di confrontare un bene o servizio che sia

---

60 AUTERI A. *op. cit*, p. 410.

61 Art 4 Comma 1 lettera e) d. lgs. 145/2007.

62 AUTERI A. *op. cit.*

63 *Ibidem.*

64 Art 4 Comma 1 lettera f) d. lgs. 145/2007.

un'imitazione o una contraffazione di un altro bene o servizio protetto da marchio o denominazione commerciale depositati.[65]

Questa definizione è più ampia rispetto alla nozione comune, in quanto comprende anche quella pubblicità che confronti imprese o aspetti delle attività di prodotti o servizi. La definizione appare tuttavia, sotto altri aspetti, ristretta, dato che sembrerebbe considerare solo la pubblicità comparativa diretta, ovvero che identifichi esplicitamente concorrenti o prodotti di concorrenti, non invece quella realizzata mediante riferimento alle caratteristiche obiettive del prodotto o servizio offerto.

La disciplina della pubblicità comparativa si applica, inoltre, alla pubblicità per agganciamento, ovvero a quella che rende in tutto o in parte simili il prodotto pubblicizzato a quello del concorrente leader di mercato, che deve rispettare anch'essa le condizioni dell'art. 4.

Resta controversa la valutazione della pubblicità comparativa suggestiva: quando il messaggio pubblicitario invita a preferire un prodotto per motivi di fantasia e non su motivazioni fondate su pregi o caratteristiche qualitative.[66]

---

[65] Art 4 Comma 1 lettera h) d. lgs. 145/2007.

[66] AUTERI A. *op. cit*, p. 409-411.

CAPITOLO 2

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA.

SOMMARIO: 2.1 Definizioni 2.1.1. Pratica commerciale sleale o scorretta. 2.1.1.1 pratiche commerciali sleali ingannevoli. 2.1.1.2 pratiche commerciali sleali aggressive. 2.1.2 Comunicazione commerciale. 2.1.3 Pubblicità. 2.1.3.1 Pubblicità ingannevole. 2.1.3.2 Pubblicità comparativa. 2.1.4 Il professionista. 2.1.4.1 Diligenza professionale. 2.1.4.2 Microimpresa. 2.1.5 Consumatore. 2.2 Tutela dei consumatori. 2.3 Obblighi e tutela dei professionisti.

2.1 Definizioni

La Dir. 2005/29/CE, al fine di chiarire i principali concetti giuridici, fornisce un elenco di definizioni dei termini che vengono ripresi ed introdotti nella legislazione, per chiarire i principali concetti giuridici. Tali definizioni tracciano le linee guida per il recepimento e l'interpretazione delle intere norme negli ordinamenti degli Stati membri.

Nel corso di questo paragrafo si analizzano le definizioni di pratica commerciale sleale e la loro suddivisione in ingannevoli ed aggressive, comunicazione commerciale, pubblicità, pubblicità ingannevole e comparativa, professionista con attenzione alla diligenza professionale ed alle distinzioni con la fattispecie della microimpresa, infine la

definizione di consumatore.

Tali definizioni sono, inoltre, proposte in relazione alle modalità in cui sono state recepite nell'ordinamento italiano.

2.1.1 Pratica commerciale sleale o scorretta

La prima definizione cui è necessario porre attenzione, tra quelle riportate nella Dir. 2005/29/CE è quella di pratiche commerciali scorrette: trattasi di una macro categoria che racchiude le altre diverse fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive e la pubblicità illecita.

Non è ancora chiaro il motivo alla base della diversa dicitura di pratica commerciale sleale e pratica commerciale scorretta, usati rispettivamente dal legislatore comunitario e dal legislatore italiano. Tuttavia, si tende a supporre che il legislatore nazionale abbia voluto distinguere, senza grande successo, a livello lessicale la diversa *ratio* tra gli obiettivi di tutela e gli ambiti di applicazione della Direttiva e la disciplina contenuta nell'art. 2598 c.c. sulla concorrenza sleale.[67]

All'interno del Codice del consumo, infatti, i termini di lealtà e correttezza vengono sempre utilizzati in connessione con la buona fede, senza poter attribuire ai due un significato diverso dall'altro. Inoltre, non sono previsti differenti effetti per un eventuale comportamento scorretto o per uno sleale, neanche nelle singole disposizioni.

È importante notare la differenza con la Direttiva comunitaria, che fornisce una definizione di ampia interpretazione della pratica commerciale sleale, in quanto comprendente qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, posta in essere da un professionista ed indirizzata ai consumatori. Inoltre, le caratteristiche della condotta del professionista sono irrilevanti, ma quel che conta è la finalità: ovvero che essa sia diretta alla promozione, alla vendita o alla fornitura del prodotto ai consumatori.

È opportuno far notare, a tale proposito, che queste disposizioni, contenute nella Direttiva comunitaria, non riguardano la concorrenza sleale che interessa solamente imprese, dove si continuerà ad applicare la disciplina dell'art. 2598 c.c.

Agli artt. 6-9, la direttiva chiarisce i criteri di definizione e le caratteristiche di una

[67] DONA M., *op. cit.*, p. 33.

pratica commerciale sleale distinguendola in ingannevole ed aggressiva.

L'art. 6 definisce le azioni ingannevoli come quelle pratiche commerciali che contengono informazioni false e in qualsiasi modo siano idonee ad ingannare il consumatore medio inducendolo ad assumere decisioni commerciali che non avrebbe preso altrimenti.

L'art. 7 considera le omissioni ingannevoli come quelle pratiche commerciali che omettano informazioni rilevanti necessarie al consumatore medio per prendere una decisione commerciale consapevole.

L'art. 8, invece, fornisce una definizione generale di pratiche commerciali aggressive: trattasi di quelle pratiche commerciali che mediante molestie, coercizione o indebito condizionamento possano limitare in modo considerevole il comportamento del consumatore e la sua libertà di scelta, in relazione ad un prodotto e che lo possano indurre ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

L'art. 9, infine, approfondisce la definizione considerando gli elementi per determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento.

Gli elementi esaminati, a tale fine, sono tempistica, luogo e natura o persistenza dei comportamenti. Inoltre, per la valutazione, è necessario rilevare la presenza di minacce sia fisiche che verbali; lo sfruttamento da parte del professionista di eventi di gravità tale da influenzare la decisione del consumatore; ostacoli non contrattuali, onerosi o sproporzionati imposti al consumatore nel caso in cui esso intenda esercitare i propri diritti contrattuali; minacce di promuovere azioni legali ove non ne sia ammessa giuridicamente la possibilità.

Da queste norme è evidente il tentativo di protezione della libertà contrattuale del consumatore che può essere alterata dalla trasparenza o dalla mancanza delle informazioni.

2.1.1.1 Pratiche commerciali sleali ingannevoli

Come già detto nel precedente paragrafo, ci si riferisce a pratiche commerciali ingannevoli quando l'intento commerciale non sia indicato o le informazioni più rilevanti siano presentate in modo poco chiaro da parte del professionista.

Le pratiche commerciali ingannevoli possono essere suddivise in due categorie: le azioni ingannevoli e le omissioni ingannevoli.

Partendo dalla definizione data nell'art. 6, si possono individuare gli elementi costitutivi della prima fattispecie: la falsità dell'informazione e la sua idoneità a trarre in errore il consumatore medio. È proprio il consumatore medio l'elemento fondamentale dell'articolo, perché è indice di una particolare attenzione a tutelare la categoria dei consumatori e non l'individuo.

È opportuno segnalare che la prima analisi da condurre, per individuare la slealtà di una pratica, è quella in materia di nesso causale tra la divulgazione della comunicazione falsa e l'adozione della decisione da parte del consumatore.

Inoltre, secondo l'art. 21 del Codice del consumo, le informazioni mendaci devono riguardare alcuni elementi del prodotto tra cui: la sua natura o esistenza, le sue caratteristiche principali, il prezzo, la necessità di manutenzione o ricambio, mentre, relativamente al professionista: la portata dei suoi impegni, la natura, le qualifiche ed i suoi diritti. Rilevano altresì le informazioni mendaci concernenti i diritti del consumatore.

Nel terzo comma dell'art. 21 cod. cons. si richiama, inoltre, come pratica commerciale ingannevole, anche quella che non fornisca le informazioni necessarie per un uso corretto di prodotti pericolosi per la salute.

Seguendo la stessa logica, il legislatore ha esteso, nel quarto comma, la tutela di bambini ed adolescenti quali destinatari della pratica commerciale che potrebbe danneggiarli anche indirettamente.

La fattispecie delle omissioni ingannevoli, invece, ha come elementi costitutivi l'omissione di informazioni rilevanti e la capacità dell'omissione di indurre il consumatore a prendere decisioni che non avrebbe preso altrimenti: anche lo sfruttamento della particolare situazione può essere considerata un'omissione

ingannevole. [68]

Nell'art. 7 si indica che una pratica commerciale è da considerarsi un'omissione ingannevole quando un professionista non presenta in modo chiaro o occulta le informazioni rilevanti, oppure non indica gli intenti della pratica commerciale in modo da rendere tale pratica idonea ad indurre il consumatore in errore.

L'occultamento riguarda prevalentemente il comportamento che ha come finalità il nascondere informazioni o divulgarle in modo tale da non essere notata dal consumatore medio, a causa della condotta omissiva del professionista.

Un esempio piuttosto comune è l'inserimento, nel contratto o messaggio pubblicitario, di clausole scritte con caratteri grafici di dimensioni ridotte in modo tale da non essere notate con attenzione dal consumatore, oppure l'uso di un gergo non facilmente comprensibile da tutti, ma solo da chi è già competente in materia.

Nel caso in cui il messaggio contenga un invito all'acquisto le informazioni considerate importanti ai fini dell'integrazione di eventuali fattispecie omissive sono: le caratteristiche rilevanti e il prezzo del prodotto, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, le modalità di pagamento, consegna, esecuzione dei servizi e, per i prodotti che lo contemplano, il diritto di recesso.

Attraverso le norme appena descritte, appare evidente l'intento del legislatore di elencare una serie di informazioni fondamentali che non possono mancare per garantire la tutela dei consumatori e ridimensionare le asimmetrie informative presenti nel rapporto tra professionisti e parti più deboli.[69]

---

[68] CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune* in *Contratti e impresa Europa*, 2007, p. 73.

[69] DONA M., *op. cit.*, p. 35.

2.1.1.2 Pratiche commerciali sleali aggressive

La Direttiva prevede, all'art. 8, la fattispecie delle pratiche commerciali aggressive, ovvero quelle che "mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca, o sia idonea ad indurlo, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso."[70]

Il presupposto centrale di questa previsione è la libertà del consumatore nell'effettuare la scelta e la garanzia di poter quindi scegliere in modo libero ed incondizionato. Infatti, le pratiche commerciali aggressive hanno una valenza estorsiva su detta libertà di scelta e non decettiva, come nelle pratiche ingannevoli:[71] in questo genere di pratiche sleali, il professionista sfrutta le debolezze del consumatore per costringerlo, mediante pressioni fisiche o psicologiche, a prendere decisioni che non avrebbe preso in altre circostanze.

Precedentemente queste pratiche non erano mai state disciplinate dettagliatamente; tuttavia, esse possono essere oggi suddivise in tre diverse categorie: moleste, coercitive e condizionanti.

Per valutare l'aggressività di una pratica commerciale è necessario, in primo luogo, fare riferimento alla fattispecie concreta, ovvero al tener conto di "caratteristiche e circostanze del caso"[72] e successivamente, considerare gli elementi che condizionano la libertà di autodeterminazione del consumatore[73].

È opportuno analizzare il c.d. ostacolo non contrattuale, il quale si riferisce a comportamenti giuridici o materiali connessi all'attuazione di diritti e doveri originati nel contratto, anche in assenza di molestie, coercizione o indebito condizionamento. Per esempio, può essere di ostacolo la richiesta, da parte del professionista, di fornire una documentazione quantitativamente eccessiva o di difficile reperimento, che possa

---

[70] Cfr. art. 8 Dir. 2005/29/CE. Pratiche commerciali aggressive.

[71] DONA M., *op. cit.*, p. 35.

[72] Cfr. art. 8 Dir. 2005/29/CE. Pratiche commerciali aggressive.

[73] V. par. 2.1.1.

indurre il consumatore a rinunciare alla sua libertà di comportamento o ad assumere decisioni favorevoli per il professionista.

In seguito all'analisi degli elementi costitutivi delle pratiche commerciali aggressive, si passano in analisi tre tipologie di attività commerciali illecite: pratiche moleste, pratiche coercitive e pratiche condizionanti.

Le pratiche moleste sono rintracciabili tra quelle condotte che sono idonee o potenzialmente idonee a limitare considerevolmente la libertà del consumatore medio. È importante porre attenzione al termine "considerevolmente", in quanto in questa fattispecie non devono ricadere le normali insistenze del professionista con l'obiettivo dell'ottenimento di una decisione favorevole del consumatore nella conclusione dell'accordo commerciale.

Per avere un quadro più completo di quali pratiche rientrino in questa categoria è possibile riferirsi all'allegato I della direttiva, recepito poi nell'art. 26 Codice del consumo, dove (v. par. 1.5) sono elencate le pratiche considerate in ogni caso aggressive. Dall'analisi di quest'ultimo articolo si evince che le pratiche commerciali moleste sono atti che invadono la sfera privata del consumatore.[74] Un esempio di tali pratiche moleste sono sollecitazioni commerciali telefoniche, tramite posta elettronica o altro mezzo di comunicazione, che siano sgradite o ripetute e non giustificate dalla legge.

Le pratiche commerciali coercitive riguardano, principalmente[75] minacce verbali o costrizioni fisiche (comportamenti materiali), anche se non è ancora del tutto chiara la tipologia della pressione subita dall'acquirente[76]. Le pratiche coercitive rientrano nell'ambito del vizio del consenso, essendo considerata la violenza come vizio della volontà[77]; pertanto un consumatore può richiedere che il contratto venga dichiarato invalidato secondo la normativa nazionale o comunitaria, nel caso in cui subisca un comportamento antigiuridico di un professionista, indipendentemente dallo scopo perseguito.

---

[74] D'ANTONIO V., SCIANCALEPORE G., *Le pratiche commerciali* in AA. VV., "*La tutela del consumatore*", Torino, Giappichelli, 2009, p 182.

[75] La definizione presente nell'ordinamento italiano lascia spazio ad interpretazioni diverse, ma la giurisprudenza è concorde nel farvi rientrare i particolari casi sopra indicati.

[76] DONA M., *op. cit.*, p. 46.

[77] DI NELLA L., *Le pratiche commerciali aggressive,* in DE CRISTOFARO G., op. cit., p. 319.

Tali pratiche, rispetto ad istituti tradizionali, esplicano la loro efficacia su un piano più ampio dato che non si riferiscono a fattispecie già codificate, ma possono concorrere con tali istituti, quando siano presenti i requisiti necessari per il perseguimento di comportamenti vizianti.[78]

Le pratiche commerciali condizionanti rappresentano la fattispecie più interessante, perché richiamano tecniche persuasive molto utilizzate in passato, in grado di manipolare in modo molto verosimile la volontà dei destinatari (ad esempio la *subliminal projection*, l'*advertising* ossessivo e basato sulla *motivational research.*[79]

Nella direttiva 2005/29/CE, l'indebito condizionamento viene definito come "lo sfruttamento di una posizione di potere per esercitare una pressione, senza il ricorso alla forza fisica, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione informata."[80]

Tale definizione ha originato una serie di riflessioni, a partire dalla posizione di "potere" che è valida solo nei rapporti tra professionista e consumatore, senza incorrere nel rischio di confonderla con l'abuso di posizione dominante che si riferisce, invece, esclusivamente al rapporto tra imprese. Questo potere potrebbe riferirsi, inoltre, alla soggezione psicologica che può rendere il consumatore impossibilitato a rispondere e a discutere in modo critico gli inviti ad acquistare effettuati dal professionista.

---

[78] D'ANTONIO V., SCIANCALEPORE G., *op. cit.*, p.78.

[79] UBERTAZZI L. C., *Concorrenza sleale e pubblicità*, Milano, Cedam, 2008, p. 340.

[80] Cfr. art. 2 lett. l), Dir. 2005/29/CE.

2.1.2 La comunicazione commerciale

L'espressione “comunicazione commerciale” è stata ripresa dal linguaggio aziendale e, poiché inizialmente si riferiva soltanto all'area vendite e marketing, si ritiene che la Direttiva 2005/29/CE ne abbia voluto ampliare il significato a tutte quelle comunicazioni con lo scopo di promozione di prodotti, servizi o dell'immagine di un'impresa o organizzazione verso i consumatori finali o i distributori. Tale definizione, dunque non è riferibile a fattispecie ben definite, ma è possibile e necessario tenere presenti i destinatari, ovvero consumatori e distributori, e gli obiettivi di tale norma, ovvero influire sul mercato finale e sul comportamento di consumo.

Già il Libro Verde,[81] dava maggiore attenzione alla pubblicità, in quanto quest'ultima è il mezzo privilegiato per raggiungere i consumatori, in più si proponeva di eliminare le differenze tra le diverse legislazioni degli stati membri, in modo da poter favorire la libera circolazione della comunicazione commerciale e raggiungere così obiettivi ad essa collegati (come la libera circolazione dei servizi e delle merci). Tali ostacoli potrebbero essere superati dall'introduzione di norme uniformi a livello comunitario che permettano un'elevata protezione per i consumatori e chiariscano alcuni concetti giuridici per poter efficacemente funzionare sul mercato interno e per soddisfare il requisito della certezza del diritto.[82]

Il raggiungimento di questo obiettivo di equilibrio tra tutela dei consumatori e concorrenza richiede un coinvolgimento della comunicazione tra professionisti e consumatori. A tale proposito è opportuno ricordare che l'ambito di applicazione della presente Direttiva è proprio quella del rapporto tra professionisti e consumatori e pertanto la disciplina in materia di pubblicità, precedentemente introdotta nei diversi ordinamenti, resta valida anche se all'uopo modificata. Inoltre, la normativa si inserisce

---

[81] Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione Europea del 2 ottobre 2001. Detto rapporto cerca di definire il ruolo della comunicazione commerciale soffermandosi sulla pubblicità. Il fine di questo testo è quello di realizzare un orientamento comune nel mercato unico dell'unione anche per quanto riguarda la comunicazione commerciale, superando le differenze tra i diversi ordinamenti degli stati membri armonizzandoli tra loro.

[82] V. considerando n. 5 Dir, 2005/29/CE.

nel contesto evolutivo dei rapporti e dei mezzi di comunicazione,[83] che rendono il consumatore sempre più parte attiva della relazione con i professionisti, anche se non per questo più consapevoli e meno esposti a scorrettezze.

2.1.3 Pubblicità

La pubblicità viene definita all'art. 2 del d. lgs. 145/2007, il quale, mantiene, peraltro, invariata la definizione presente nel d. lgs. 74/1992 abrogato con l'entrata in vigore del Codice del consumo, dove viene riportata la medesima definizione. La pubblicità è, dunque, un qualsiasi messaggio diffuso, tramite qualunque mezzo di comunicazione di massa, nell'esercizio dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale per promuovere il trasferimento di beni, la prestazione di servizi o la costituzione di diritti ed obblighi su essi.

A partire da tale definizione è possibile distinguere un ambito oggettivo, ovvero il fine promozionale più che informativo della pubblicità, ed un ambito soggettivo di applicazione che riguarda il "professionista"[84].

Le caratteristiche della pubblicità, indicate nel d. lgs. 145/2007, consistono nel fatto che la stessa debba essere palese (non occulta, né subliminale, ossia, ben riconoscibile come tale), veritiera (non ingannevole) e corretta (non deve essere volgare, oscena, non deve far leva sul sentimento religioso o sulla credulità popolare).

Nel marketing si fa spesso riferimento ai meccanismi psicologici della pubblicità, come la ripetizione del messaggio e la saturazione dell'efficacia della ripetizione, da non confondersi con gli effetti sul consumatore, di cui parleremo più avanti.

---

[83] Ci si riferisce in modo particolare ai canali del web marketing e del marketing 2.0, che vedono affiancare alle comunicazioni in internet strumenti di interazione con il destinatario che passano attraverso i *social network*. In questo caso il consumatore non è soltanto uno spettatore della comunicazione, ma è anche un attore, in quanto l'obiettivo è quello di creare un dialogo tra consumatore ed impresa. Tuttavia, tali nuovi canali non sono facilmente controllabili e possono essere facilmente diffuse informazioni false che possono creare un danno per il consumatore e per il professionista.

[84] Cfr. art. 3 cod. cons.: "una persona fisica o giuridica che agisce all'interno di un'attività professionale o imprenditoriale e quelle persone che agiscono in suo nome e per suo conto."

Una prima considerazione da effettuare è quella sulla ripetizione del messaggio pubblicitario, originata dall'esigenza di attrarre l'attenzione del pubblico. La ripetizione vuole superare le barriere percettive del consumatore e creare maggiore consapevolezza (*brand awareness*) della marca e del prodotto. Inizialmente la ripetizione crea un atteggiamento positivo del consumatore verso la marca, ma successivamente si raggiunge una saturazione dell'efficacia della ripetizione che può rivelarsi eccessiva. Nel precedente par. 1.5 si è parlato delle pratiche aggressive petulanti e sebbene alcuni tipi di comunicazione possano rivelarsi insistenti verso i loro destinatari, questo comportamento è giustificato solo parzialmente anche a livello di strategia aziendale. Infatti, come detto precedentemente, dopo il superamento del numero ottimale di ripetizioni, si ottiene un indebolimento dell'efficacia del messaggio che può portare anche ad effetti controproducenti, come lo spostamento dell'attenzione del consumatore verso imprese o prodotti concorrenti.

I principali effetti della pubblicità sul consumatore sono: suggestione, persuasione ed influenza. La pubblicità suggestiona chi le risponde passivamente. La risposta della pubblicità è l'acquisto e la soddisfazione che il consumatore ritiene di ottenere dall'utilizzo del bene o servizio acquistati. La massima suggestione si ottiene con la pubblicità subliminale, ovvero quella effettuata senza la consapevolezza del destinatario, per esempio tramite immagini o suoni non percepibili consciamente e che possono tuttavia influenzare il comportamento del consumatore.

La pubblicità non crea bisogni, ma può modificarli e rafforzarli, nonostante il suo destinatario ponga in essere dei meccanismi difensivi per contrastarne i tentativi di persuasione.[85] Tra l'invio del messaggio e la risposta di ciascun consumatore si interpongono motivazioni ed altri elementi di carattere cognitivo, nonché le conoscenze, credenze ed opinioni che possono essere modificate dalle informazioni contenute nel messaggio pubblicitario; ricorrono altresì elementi affettivi, quali le emozioni ed elementi conativi, ovvero la predisposizione all'acquisto, dato che la pubblicità stimola i desideri. Inducendo queste modificazioni sulla sfera percettiva del consumatore appare evidente che la pubblicità ne influenzi il comportamento di acquisto.

---

[85] Ossia meccanismi di difesa, di esposizione, di percezione, di memorizzazione selettiva. Cfr. COLLESEI U., *Gli strumenti di comunicazione,* in AA. VV., *La comunicazione d'azienda: strutture e strumenti per la gestione,* Torino, ISEDI, 2004, p. 101.

È opportuno a questo punto, distinguere la pubblicità dalle altre comunicazioni a carattere promozionale effettuate all'interno di un'attività economica di impresa.

Una prima distinzione può essere fatta tra le comunicazioni personali e quelle impersonali. Quest'ultima categoria è quella che nel marketing richiama maggiore attenzione perché è più facile identificarne l'uso ed il controllo dell'impresa e perché ha una maggiore presa sul consumatore, nonostante esso possa più facilmente sottrarsi ai canali di comunicazione personali, piuttosto che a quelli impersonali. Infatti, contro le comunicazioni personali, il consumatore può attuare meccanismi di difesa percettiva, distorsione e memorizzazione selettiva[86]. La difesa percettiva consiste nell'atteggiamento del consumatore di evitare di trovarsi in una situazione di conflitto con informazioni che non condivide inserite nelle comunicazioni che non concordano con le sue opinioni. Con la distorsione, invece, l'individuo tende a deformare e reinterpretare la comunicazione fino a che non coincida con le proprie convinzioni. Infine, la memorizzazione selettiva è il progressivo dimenticarsi del messaggio anche se è stato interpretato correttamente. Poiché il consumatore tende a ricordare solo ciò che condivide, si ricorderà con maggiore probabilità quei messaggi che concordano con le proprie opinioni.

Per quanto riguarda il mix di comunicazione, accanto alla pubblicità si pongono, come detto, diversi tipi di strumenti. I principali sono:

- La promozione vendite: riguardano iniziative limitate nel tempo con lo scopo di stimolare l'acquisto da parte del consumatore o del venditore dei prodotti, tramite benefici aggiunti al prodotto. Ad esempio: offerte speciali, concorsi, campioni gratuiti, premi.
- La vendita personale: un rappresentante dell'azienda presenta il prodotto in modo orale ad uno o più potenziali clienti.
- Le pubbliche relazioni: lo scopo di queste forme di comunicazione è esaltare l'immagine aziendale sia con privati che con istituzioni, tramite azioni di comunicazione pianificate tali da creare fiducia tra impresa e pubblico.
- La *publicity*: l'intervento dell'impresa non è esplicito, vengono diffuse idee su prodotti e impresa tramite conferenze o i *media*.
- Le sponsorizzazioni: l'oggetto di tale comunicazione non è lo specifico prodotto,

[86] COLLESEI U., *op. cit.*, p. 97.

ma i segni distintivi dell'impresa. Generalmente consiste nell'abbinamento del marchio aziendale ad un personaggio famoso, una squadra sportiva o un evento e prevede una disciplina giuridica specifica.[87]

- Gli eventi: sono forme di comunicazione utilizzati dalle aziende per scopi istituzionali o commerciali svolti in modo inusuale rispetto alle normali forme di comunicazione usate dall'impresa.
- Il *direct response*: è una forma di comunicazione che mira ad ottenere una risposta precisa, misurabile e classificabile in *database* per poter gestire e mantenere il rapporto con i clienti.
- Il *product placement*: a quest'ultima forma di comunicazione occorre dare un maggiore spazio, in quanto è il tipo di comunicazione che più facilmente tende a diventare una forma di concorrenza sleale. Il *product placement* è una pubblicità che appare in spazi destinati ad altri scopi, ad esempio all'interno di film.[88] E' talvolta definita come pubblicità indiretta per la sua natura di inserirsi in spazi che comunicano l'utilità del prodotto pubblicizzato nel contesto narrativo e la sua idoneità a sostenere la narrazione. Per questo motivo, generalmente, sono oggetto del *product placement* beni quali abbigliamento, automobili, accessori, gioielli, cibi e bevande. Come già accennato, il punto cruciale del *product placement* è la coerenza con il contesto narrativo e il posizionamento della marca, ma sono necessari anche la naturalezza e la spontaneità della visualizzazione del prodotto per una migliore efficacia di questa forma di comunicazione.

Spesso, erroneamente, il *product placement* viene confuso con la pubblicità occulta e la pubblicità subliminale (che ricordiamo essere vietate dalla legge). È verosimile ritenere che possa esserci talvolta uno sconfinamento di tale comunicazione nella pubblicità occulta, motivo per cui la legge italiana ha posto in essere l'obbligo per il *product placement* televisivo (per i programmi prodotti e/o commissionati dall'emittente) di realizzare avvisi all'inizio e alla fine del programma e dopo le interruzioni pubblicitarie che indichino l'inserimento di prodotti allo scopo promozionale. Per quanto riguarda il

---

[87] V. D.M. 9.12.1993, n. 581: "*Regolamento in materia di sponsorizzazioni di programmi radiotelevisivi e offerte al pubblico*".

[88] COLLESEI U., *op. cit.*, 98.

cinema, è sufficiente un'indicazione nei titoli di coda. La normativa in materia è ricavabile dal D. M. del 30 luglio 2004, intitolato "modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica *product placement"*. Prima di questo decreto, in Italia, si avevano situazioni di promozioni al limite della frode con forzature ed intrusioni che caratterizzavano soprattutto la cinematografia di basso livello[89]. La parte fondamentale di tale decreto è la riconducibilità della fattispecie pubblicitaria a quanto indicato nei d. lgs. 145 e 146 del 2007, ovvero che la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta e, inoltre, "deve integrarsi nello sviluppo dell'azione senza costituire interruzione del contesto narrativo". Quindi, come detto, l'inserimento del prodotto tramite *product placement* deve essere coerente e naturale.

2.1.3.1 La pubblicità ingannevole

Come detto nel par. 1.4, la pubblicità ingannevole, secondo quanto previsto nel d. lgs. 145/2007, è quella idonea ad indurre in errore persone fisiche o giuridiche alle quali è destinata e possa alterarne il loro comportamento economico, rendendo possibile per questo motivo danneggiare un concorrente.

Affinché il mercato e la concorrenza funzionino in modo corretto è necessario che i consumatori ricevano informazioni che permettano loro di scegliere in modo consapevole tra i prodotti e servizi disponibili sul mercato. La pubblicità ingannevole, è invece idonea a danneggiare i concorrenti, in quanto sposta l'attenzione dei consumatori sui prodotti promossi in modo illecito.

L'interpretazione del pregiudizio sul cliente è da ricercarsi unicamente nell'idoneità della pubblicità di influenzare il comportamento del consumatore e non in un danno patrimoniale od economico. Inoltre, si ricorre al principio del "primo contatto"[90], ovvero al principio secondo il quale l'ingannevolezza deve essere valutata con esclusivo riferimento al primo contatto con i consumatori e non con riguardo ad eventi successivi, che possono rendere nulli gli effetti del messaggio per i consumatori.

---

[89] *Ibidem*.

[90] AUTERI P., *op. cit.*, p.401.

Ad esempio, nel 2003[91], l'Autorità ha stabilito come ingannevole un messaggio pubblicitario, pubblicato su un sito internet, all'interno del quale veniva proposto un servizio gratuito per lo scaricamento di brani musicali senza esplicita indicazione degli oneri previsti. L'Autorità ha altresì specificato che l'operatore è obbligato ad esporre nel messaggio, in modo chiaro ed evidente, fin dal primo contatto gli oneri e le condizioni generali di contratto del servizio pubblicizzato.

Ovviamente, la pubblicità ingannevole non dovrebbe essere valutata, secondo questa interpretazione, se ci troviamo nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, dove si rimanda all'art. 21 cod. cons. che considera scorretta una pratica commerciale se contraria alla diligenza professionale e possono creare una rilevante efficacia pregiudizievole nei confronti dei consumatori.

Nel d. lgs. 145/2007 si trovano indicati alcuni casi tipici e significativi di pubblicità ingannevole. All'art. 6, ad esempio, viene indicata come ingannevole la pubblicità che riguardi prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori e che ne ometta l'indicazione, oppure ne sottovaluti i rischi favorendo nei consumatori la decisione di acquistarli.

Al seguente art. 7, invece, viene introdotta la tutela di bambini ed adolescenti dalla pubblicità ingannevole, i quali sono particolarmente soggetti a rischi di condizionamento per la loro mancanza di esperienza e conoscenza.[92] In altre parole, i minori sono più soggetti ad essere influenzati nel comportamento dai messaggi pubblicitari e pertanto necessitano di una maggiore protezione. Inoltre, viene prevista una tutela da quelle immagini che li possano turbare o che propongano loro modelli sbagliati tali da mettere la sicurezza dei minori in pericolo.

In quest'ultima ipotesi rientra anche quella pubblicità che si approfitti dei naturali sentimenti degli adulti nei confronti di adolescenti e bambini per modificarne il comportamento di acquisto.

---

[91] V. AGCM, Provvedimento n. 12276, bollettino n. 30 del 24 luglio 2003.

[92] AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Pubblicità ingannevole e comparativa: piccola guida per la tutela del consumatore*, 2002, p. 19 e ss.

2.1.3.2 La pubblicità comparativa

All'art.2 del d. lgs. 145/2007 viene definita pubblicità comparativa quella pubblicità che identifica implicitamente o esplicitamente un concorrente o beni o servizi da esso offerti. Questa definizione è da considerarsi ampia poiché non è necessario che si effettui esplicitamente un confronto tra prodotti o concorrenti, ma che questi vengano identificati nell'ambito del messaggio pubblicitario. Tuttavia, è al contempo una definizione ristretta in quanto apparentemente comprende solamente la pubblicità comparativa diretta, escludendo quelle pubblicità che attribuiscono caratteristiche di superiorità o pregi esclusivi rispetto a tutti i concorrenti e quelle pubblicità che confrontano caratteristiche dei beni o servizi pubblicizzati senza identificare i prodotti se non in modo indiretto. Tuttavia, almeno queste ultime condotte possono rientrare nell'ambito della pubblicità comparativa lecita, così come prevista e disciplinata dall'art. 4 dato che i prodotti sono identificati in modo indiretto.[93]

Per risolvere questi dubbi interpretativi, all'art. 4 del medesimo decreto troviamo le condizioni di liceità della pubblicità comparativa, già analizzate ai par. 1.4 e 1.8, precisando che l'interpretazione delle disposizioni deve essere svolta in modo tale da favorire la pubblicità comparativa.

La pubblicità comparativa, infatti, non è più vietata nel nostro ordinamento in quanto ha riconosciute qualità positive, come ad esempio, il suo contenuto informativo e la trasparenza. Ogni professionista può sfruttare la pubblicità comparativa come strumento per valorizzare i pregi del proprio bene o servizio che intende offrire sul mercato.

[93] AUTERI P., *op. cit.*, p. 403.

2.1.4 Il professionista

Nel d. lgs. 145/2007 viene introdotta una novità[94] rispetto alla normativa precedente: la definizione di professionista, quale soggetto cui è rivolta la relativa tutela. La definizione ivi presente ricalca ed amplia quella riportata nell'art. 3 Cod. cons. indicando il professionista come una persona fisica o giuridica che agisce all'interno di un'attività professionale o imprenditoriale e quelle persone che agiscono in suo nome e per suo conto.

Per professionisti si intendono gli imprenditori ed i liberi professionisti che potrebbero essere danneggiati dalle condotte dei concorrenti che potrebbero favorire illecitamente l'impresa altrui, rispetto alla propria attività imprenditoriale.

Tuttavia, all'art. 8, non è chiaro se debba essere considerato professionista anche chi ha stipulato i contratti con i terzi e chi ha creato e diffuso il messaggio pubblicitario in nome e per conto del professionista (operatore pubblicitario). Questa interpretazione farebbe sì che anche questi soggetti possano essere parte nei procedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Si tende a ritenere, però, che l'articolo si riferisca esclusivamente al professionista. L'operatore pubblicitario, infatti, trova la propria definizione soltanto nell'art. 20 Cod. cons.[95] come il committente ed autore del messaggio pubblicitario, o il proprietario o responsabile del mezzo tramite cui è diffuso.

Inoltre, il legislatore comunitario, molto spesso fa riferimento a clausole generali come il concetto di buona fede, correttezza e diligenza professionale. Buona fede e correttezza sono due concetti che possono essere considerati sinonimi e corrispondono agli obblighi di trasparenza e lealtà a prescindere dai vincoli normativi intercorrenti tra i soggetti cui sono richieste. La diligenza, invece, è legata all'impegno di uno dei contraenti per soddisfare le richieste dell'altro soggetto.

---

[94] La stessa definizione viene poi riportata anche nel d. lgs. 146/2007, allineando così quest'ultimo con quanto indicato nel 145.

[95] De Cristofaro propone un' abrogazione della relativa definizione in *La disciplina "generale" della pubblicità contenuta nel D.Lgs. n. 145/2007*, in DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pag. 498. Alla luce del fatto che la normativa è riferita in via esclusiva ai professionisti che commissionano la diffusione del messaggio pubblicitario.

2.1.4.1 La diligenza professionale

L'art. 2 della direttiva comunitaria 2005/29/CE definisce la diligenza professionale come il riferirsi a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede inserito nell'ambito di attività del professionista, ovvero il grado normale della competenza e attenzione che si possono presumere vengano esercitate in modo ragionevole da un professionista verso i consumatori. Questa definizione è particolarmente rilevante poiché riferendosi alla normale diligenza lascia intendere che tale caratteristica non possa raggiungere livelli più elevati nel tempo.

Il legislatore italiano perciò, ha dato la propria definizione di diligenza professionale: il grado normale della competenza specifica ed attenzione che i consumatori si attendono in modo ragionevole da un professionista nei loro confronti con riguardo ai principi generali di correttezza e buona fede nell'ambito di attività del professionista.

Il concetto di pratiche commerciali oneste ed il principio della buona fede non sono alternative: se, infatti il grado di diligenza e cura richiesto non rispettano il principio di buona fede, la pratica di mercato onesta potrebbe non rispettare i requisiti richiesti dalla diligenza professionale. Più precisamente, quando la buona fede impone al professionista un livello di competenza e cura superiori a quelli sufficienti per le pratiche oneste del suo settore di attività, il professionista si rivelerà leale solamente se rispetterà anche quanto richiesto dal principio di buona fede.

La diligenza professionale, coinvolge la competenza ed impegno del professionista. La misurazione di tali caratteristiche rende possibile valutare l'idoneità di una pratica ad essere scorretta, pertanto è oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti.

2.1.4.2 La microimpresa.

La definizione di microimpresa, cui si applicano le norme in materia di tutela dei rapporti tra professionisti, è stabilita dalla Raccomandazione 2003/361/CE. Questa definizione, necessaria per determinare quali imprese possano beneficiare delle politiche comunitarie, viene data in funzione del loro organico e del loro fatturato complessivo annuale.

Una microimpresa è, dunque, quell'impresa il cui organico è inferiore a dieci persone ed il suo fatturato annuo non supera i 2 milioni di euro.[96] Secondo il Codice del consumo[97], inoltre, sono ivi comprese le entità, società o associazioni che, rispettando i vincoli della raccomandazione, esercitano un'attività economica anche a titolo individuale o familiare a prescindere dalla forma giuridica.

Sempre nel Codice del consumo viene specificato che ai rapporti tra professionisti e microimprese viene applicata la normativa presente nel Cod. cons. per tutte quelle pratiche commerciali scorrette "poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto"[98]. Invece, per quanto riguarda la tutela delle microimprese in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita si fa esclusivamente riferimento al citato d. lgs. 145/2007.

---

[96] Precisamente: una piccola impresa ha un organico inferiore alle 50 persone ed un fatturato inferiore ai 10 milioni di euro; una media impresa ha un organico inferiore a 250 persone ed il suo fatturato è inferiore a 50 milioni di euro, inoltre, il totale del bilancio annuale non deve superare i 43 milioni di euro.

[97] Come modificato dalla L. 27/2012: Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

[98] Cfr. art. 19 Cod. cons., come modificato dall'art. 7 del d. lgs. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27.

2.1.5 Il consumatore

La tutela dalle pratiche commerciali scorrette è principalmente indirizzata al cosiddetto consumatore medio.[99] Il legislatore comunitario ha inteso riprendere questo concetto per riferirsi a quel soggetto che è "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici"[100].

La stessa Commissione ha precisato, nella relazione illustrativa della proposta di Direttiva che questo criterio è un'espressione del principio di proporzionalità e deve essere applicato quando una pratica commerciale è destinata alla maggior parte dei consumatori.

La Direttiva, non definisce semplicemente il consumatore medio, ma pone ad oggetto della sua tutela anche quei consumatori particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali scorrette. Nel Considerando 19 della Direttiva 2005/29/CE, infatti, si precisa che quando alcune caratteristiche, tra cui l'età, l'infermità o ingenuità del gruppo di consumatori in oggetto li rendano particolarmente vulnerabili al comportamento scorretto, la tutela deve essere indirizzata al membro medio del gruppo.

Nel valutare la slealtà di una pratica va, dunque, tenuto conto dell'influenza sul consumatore medio comune o sul consumatore medio del gruppo, ovvero, in altri termini, se in una circostanza particolare il comportamento del consumatore differisce da quello del consumatore medio la Direttiva (e quindi il d. lgs. 146/2007) non potrebbero essere applicati.

---

[99] Concetto ripreso dalla letteratura di marketing che partendo dalla massa (intesa come la collettività degli individui e, in questo contesto, come il rispondere a bisogni comuni) ha spostato la propria attenzione ai segmenti di massa. Tale operazione è arrivata ad analizzare le caratteristiche individuali di gruppi di consumatori per arrivare alla *mass customization*, ovvero rispondere ad esigenze individuali tramite la personalizzazione di alcuni elementi di un prodotto destinato alla collettività dei consumatori. Per questo motivo, è giusto ritenere che nel marketing, il concetto di consumatore medio sia superato.

[100] V. considerando n. 18 Dir. 2005/29/CE.

2.2 Tutela dei consumatori

Il consumatore è tutelato da molte più norme rispetto ai professionisti, *in primis* la sua tutela giuridica si è orientata in modo particolare verso la tutela contrattuale.

Il contratto stipulato con il consumatore nel contesto di una pratica commerciale scorretta deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. In particolare, la nullità del contratto in oggetto è strumento di protezione dello stesso (che trova origine proprio dalla tutela del consumatore e nella natura imperativa del divieto di pratiche commerciali scorrette) e consente che il consumatore possa decidere di mantenere il contratto valido anche a condizioni diverse da quelle stipulate.[101] In molti casi, inoltre, si può pertanto prevedere la possibilità di annullamento del contratto o la modifica, a seguito dei provvedimenti dell'AGCM, o il rimborso di extra costi o penali ritenute illegittime dall'Autorità. Ad esempio nel caso Puma Automotive s.r.l.,[102] l'azienda produttrice di autoveicoli, cicli e motocicli, aveva dichiarato per il motoveicolo Tor 150, una cilindrata pari a 150 cc. L'Autorità Garante ha giudicato la società Puma Automotive s.r.l. colpevole di diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli, in quanto la reale cilindrata del veicolo, indicata nella carta di circolazione, era di 149 cc. Secondo il Codice della strada, i veicoli di cilindrata inferiore ai 150 cc. non possono circolare in autostrada e quindi è verosimile ritenere che l'indicazione falsa abbia indotto i consumatori ad un comportamento di acquisto che non avrebbero tenuto in mancanza di tale messaggio. Pertanto, l'Autorità garante ha comminato una sanzione di 30'000 euro, tenente conto delle condizioni economiche negative e con bilancio in perdita. Inoltre, ha deliberato che la pratica posta in atto rientrava nella fattispecie delle pratiche commerciali scorrette ed ha imposto, oltre alla sanzione pecuniaria, la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa sia sul sito dell'impresa che sui mesili “IN SELLA”, “DUE RUOTE”, “MOTOCICLISMO”. Data la situazione di perdita dell'impresa, già dichiarata in fallimento, non sono state effettuate azioni presso il tribunale ordinario.

---

[101] Ad esempio in quei casi sanzionati dall'AGCM, in cui il messaggio pubblicizza caratteristiche o prestazioni diverse da quelle presenti nel prodotto o servizio.

[102] AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Bollettino n.3 del 7 febbraio 2011*, p. 63.

Secondo altri punti di vista[103], si ritiene che tali contratti siano da considerarsi validi in quanto la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette si applica al comportamento pre-contrattuale del professionista idoneo ad indurre in errore il consumatore e non al contenuto del contratto stesso.

In ogni caso, se sono presenti dolo o violenza intenzionali il contratto è annullabile, mentre le pratiche commerciali sleali sono vietate anche se il professionista non aveva l'intenzione di porle in atto o se non era consapevole di seguire una condotta antigiuridica. Per tutte queste ragioni, l'annullamento del contratto non è da considerarsi uno strumento utilizzabile in ogni caso per combattere le pratiche commerciali scorrette e quindi, tutelare i consumatori.

La tutela della libertà di scelta del consumatore è un elemento centrale su cui si fonda la disciplina analizzata ed è anche definita dal legislatore un diritto irrinunciabile.

In conclusione, quando è dimostrabile che il consumatore non avrebbe concluso il contratto senza il comportamento illecito, la soluzione del caso in esame potrebbe essere l'annullamento del contratto.

Come è stato detto precedentemente, le tutele di professionisti e consumatori si muovono su due binari separati che fanno riferimento ai due decreti del 2007, mentre precedentemente al Codice del consumo si faceva genericamente, quanto alla disciplina pubblicitaria, riferimento sia ai consumatori che ai concorrenti. L'attuale Codice del consumo, infatti si riferisce esclusivamente ai rapporti tra professionisti e consumatori ed esclude ogni altro rapporto[104] dalla sua giurisdizione.

Quanto ai consumatori il principale organo a cui i consumatori e le associazioni di consumatori si devono rivolgere per la tutela da pratiche commerciali scorrette e pubblicità illecita è l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Essa è investita dei poteri di tutela nel Codice del consumo, per quanto riguarda i consumatori e le pratiche commerciali scorrette e nel d.lgs. 145/2007 per il rapporto tra professionisti e la pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

Rinviando al capitolo successivo l'analisi della struttura e delle competenze di detta Autorità, si procederà ivi ad analizzare come, nell'ambito dell'autodisciplina

---

[103] G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993.

[104] Vengono esclusi tutti quei rapporti che si distinguono dal *business to consumer*, ovvero sono esclusi tutti i rapporti *business to business* e *consumer to consumer.*

pubblicitaria, vengano garantiti gli interessi dei consumatori. Come accennato nel precedente par. 2.2 esistono due organi: il Comitato di controllo ed il Giurì.

Il Comitato di controllo è composto da venti membri e si occupa di attività istruttorie per valutare la conformità di una pubblicità al Codice di autodisciplina e per sottoporle successivamente al Giurì. Il Comitato può, e deve, prendere in considerazione le segnalazioni provenienti da tutti quei soggetti che sono idonei a ricavare un danno da un comportamento pubblicitario illecito. Nel caso venga valutata l'effettiva illiceità del messaggio pubblicitario, viene presentata al Giurì un'istanza di intervento.

Il Giurì è un organo giudicante e uno strumento di tutela dei consumatori, esso infatti, segue le norme dell'autodisciplina seguendo uno procedimento rapido[105] ed essenziale. E' composto da venti membri indipendenti ed esperti in giurisprudenza, psicologia, sociologia, pubblicità e comunicazione, presieduti da un alto magistrato. Come detto, l'attività dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, di cui fanno parte Comitato di Controllo e Gran Giurì, si pone come complementare rispetto ale autorità giurisdizionali e amministrative, con l'obiettivo di prevenire comportamenti scorretti nell'ambito della comunicazione commerciale. Sostanzialmente il Giurì applica il diritto interno all'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria e impone la cognizione di una lite solo se il codice viene rifiutato[106].

---

[105] Generalmente la delibera delle decisioni del Giurì non supera le tre settimane dall'istanza. Cfr. DEODATO G., *L'autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì*, in *Impresa e Stato*, n.85, 2008.

[106] SPADA P., *Regole e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo della sovranità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 25.

2.3 Obblighi e tutela dei professionisti

Soffermandosi ora sugli aspetti della tutela dei concorrenti, va precisato che le norme a riguardo fanno salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale.

Si ricorda che la disciplina di tutela dei professionisti è contenuta, a livello comunitario, nella Direttiva 84/450/CEE e richiamata, quanto ai profili pubblicitari, nell'ordinamento italiano nel d. lgs. 145/2007 e pertanto è opportuno chiedersi se sia possibile ricorrere ai tradizionali rimedi civilistici per risolvere la violazione delle norme riguardanti le pratiche commerciali scorrette e tutelare le imprese concorrenti.

A tale proposito, sovviene la Direttiva 29/2005/CE che dispone che i concorrenti possono ricorrere ai mezzi di tutela previsti dagli stati membri. Peraltro, poiché il fine del legislatore comunitario è quello di proteggere il buon funzionamento del mercato e di eliminare tutte quelle pratiche idonee a creare un danno ai consumatori, il concorrente è chiamato a dimostrare che la pratica è scorretta e che può arrecare danno patrimoniale e alterazione della concorrenza prima di poter agire in via risarcitoria per la concorrenza sleale.

All'art. 8 del d. lgs. 145/2007 il legislatore disciplina la tutela amministrativa e giurisdizionale in caso di pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali investendo, a tale scopo, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato dei poteri necessari per eliminare la pubblicità ingannevole, nonché quella comparativa illecita. Tali norme, indicano le modalità di svolgimento delle istruttorie e l'entità delle sanzioni che possono essere applicate qualora la pubblicità si rivelasse illecita, fornendo altresì un elenco delle stesse.

In determinati casi, al professionista può essere richiesto di fornire prove sull'esattezza dei dati contenuti nella pubblicità per verificarne la completezza e la correttezza. Nelle ipotesi in cui il professionista non si sia comportato in modo manifestamente scorretto, l'Autorità Garante potrebbe limitarsi a richiedere la cessazione della diffusione del messaggio, la sua modifica oppure la diffusione di una dichiarazione rettificativa.

Nel medesimo articolo, ai commi 13 e 14 è presa altresì in esame la possibilità di

ricorrere al TAR contro i provvedimenti dell'Antitrust. In particolare quando sia richiesta la verifica del carattere ingannevole o comparativo illecito della pubblicità mediante un provvedimento amministrativo, i soggetti interessati possono ricevere tutela con ricorso al tribunale amministrativo.

Un'ulteriore problematica è quale sia il rapporto tra il procedimento davanti all'AGCM e quello davanti al giudice civile ordinario: in realtà, il procedimento davanti all'AGCM non prevede una sospensione della giustizia ordinaria in quanto non ha natura giurisdizionale. Inoltre tra i due tipi di giudizio non vi è un rapporto pregiudiziale in quanto non esiste un divieto di presentarsi al giudice ordinario in assenza di un giudizio dell'Autorità Garante o viceversa.[107]

Va quindi ritenuto che i due procedimenti siano autonomi ed indipendenti, sebbene un provvedimento dell'AGCM possa essere usato come prova della scorrettezza della pratica commerciale, essendo frutto di accurate analisi ed istruttorie. Inoltre, quando la pubblicità si presenta come un caso di concorrenza sleale, il relativo risarcimento è regolato secondo l'art. 2598 c.c. ed è, quindi, di competenza del giudice ordinario.[108]

Per le imprese che investono in comunicazione è anche di fondamentale importanza l'osservanza del Codice di Autodisciplina dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP). Nel Cod. Cons. e nel d. lgs. 145/2007 si riconosce espressamente l'esistenza di tali istituti di autodisciplina e viene prevista la possibilità di sospendere il procedimento dell'Autorità garante in attesa di un parere dell'organismo di autodisciplina; inoltre, l'Istituto di autodisciplina pubblicitaria è un interlocutore ufficiale dell'AGCM.

---

[107] M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza,* Torino, Giappichelli, 2006, p. 128.

[108] Cfr. comma 15 art. 8 d. lgs. 145/2007: "É comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'articolo 2598 del codice civile, nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, del marchio d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti.

L'autodisciplina è riservata ai professionisti che aderiscono al Codice di autodisciplina, tuttavia, le norme ivi contenute sono oggi accolte come usi e consuetudini commerciali nella maggior parte delle camere di commercio italiane e, pertanto, la maggioranza degli operatori della comunicazione commerciale e dei pubblicitari vi si sottopongano spontaneamente, nonostante esse nascano come ipotesi di autoregolamentazione.

Si può quindi concludere che, nella pratica, i professionisti osservano il diritto dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria più per ragioni reputazionali che per una presenza di mezzi di coercizione a supporto delle decisioni del Giurì.[109]

Infine, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato può richiedere il parere dell'Autorità Garante delle comunicazioni, qualora la pubblicità sia diffusa tramite un mezzo di telecomunicazione, prima di emanare il proprio provvedimento.

Pare evidente, a questo punto, come sia presente una sovrapposizione di organismi giudicanti a cui consumatori e professionisti possono rivolgersi in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa illecita (AGCM, Gran Giurì, Tribunale civile ed amministrativo), seppure con tempi di risposta diversi.

Peraltro, in una realtà come quella italiana, con una elevata frammentazione dell'attività imprenditoriale in micro e piccole imprese a conduzione spesso familiare, sarebbe opportuno sviluppare, a cura delle associazioni di categoria, una funzione di consulenza preventiva specifica. Le microimprese, infatti, proprio per le loro ridotte dimensioni economiche subiscono in modo particolarmente rilevante le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, anche nel caso in cui le sanzioni pecuniarie siano imposte nella misura minima. Le grandi imprese dispongono di maggiori possibilità di competenze professionali, di informazione e consulenza per la tutela da illeciti, pertanto risulta difficile credere che, in caso di comportamenti scorretti, siano semplicemente caduti in errore. Inoltre, l'Autorità garante, tiene conto della dimensione economica delle imprese al momento della valutazione dell'entità della sanzione, ma molto spesso anche il massimo di sanzione risulta essere irrisorio, confrontato con il volume di affari delle imprese che hanno tenuto il comportamento scorretto.

L'AGCM, il cui ruolo sarà analizzato nel prossimo capitolo, ha il dovere di

[109] SPADA P., *op.cit.*, p. 23.

sanzionare il professionista che ha svolto una pratica commerciale scorretta, ma deve altresì tutelare tutti gli altri professionisti che possono essere danneggiati da tale comportamento illecito. Inoltre, la sua azione regolamentatrice è necessaria per mantenere un'etica ed un codice comportamentale tra le imprese ed evitare una progressiva degenerazione della concorrenza attraverso una crescente diffusione delle pratiche commerciali scorrette.

CAPITOLO 3

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

SOMMARIO: 3.1 I poteri dell'AGCM. 3.1.1 Organizzazione e competenze. 3.1.2 Procedure e sanzioni. 3.2 Provvedimenti dal 2007 al 2013. 3.2.1 Illeciti per violazioni al d. lgs. 145/2007. 3.2.2 Illeciti per violazioni al Codice del consumo. 3.3 Illeciti più frequenti. 3.3.1 Telefonia, credito e assicurazioni. 3.3.2 Trasporti e autoveicoli. 3.3.3 Estetica, farmaceutico e alimentare 3.3.4 Reiterazione dei comportamenti scorretti.

3.1 I poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Nell'art. 27 del Codice del consumo, vengono indicati i campi di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in particolare con riferimento al cosiddetto sistema binario di tutela. Da un lato si attribuisce, infatti all'Autorità con il compito di irrogare sanzioni amministrative, in materia di pratiche commerciali scorrette, secondo i d.lgs. 145 e 146 del 2007, dall'altro alla giurisdizione ordinaria in materia di concorrenza sleale secondo l'art. 2598 c.c., oltre che in materia di contratti, diritto d'autore, marchi e segni distintivi di imprese e beni.

Gli interessi dei due organi sono diversi: l'AGCM ha come compito generale quello di tutelare che il mercato funzioni in modo corretto, mentre i giudici ordinari di tutelare i soggetti danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette.

La legge che istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in Italia

è la l. 287/1990. L'Autorità è un organo che può operare autonomamente ed in modo indipendente con potere di giudizio e valutazione; è imparziale[110] in quanto i suoi membri sono nominati tra persone di notoria indipendenza e dotati di grande professionalità in materia giuridica ed economica, scelti in accordo con i Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. I componenti del Collegio restano in carica per sette anni, al termine dei quali non è previsto un rinnovo del mandato.

Alla data 31 dicembre 2013[111], la struttura era composta da 213 dipendenti e il Collegio è presieduto, dal 2011, da Giovanni Pitruzzella. L'Autorità, presenta ogni anno una relazione sull'attività svolta e sullo stato della concorrenza in Italia. Inoltre, si avvale della collaborazione di altre istituzioni come Banca d'Italia, CONSOB (Commissione nazionale per le società e la Borsa), ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e d'interesse collettivo), AGCom (l'Autorità garante per le garanzie nelle comunicazioni) e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Infine, coopera con la Commissione europea sia in materia di tutela della concorrenza che di tutela dei consumatori.[112]

---

[110] È così rispettata la disposizione della Direttiva 29/2005/CE secondo la quale l'organo competente a regolare le pratiche commerciali scorrette deve essere imparziale.

[111] Cfr. AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2014.

[112] AGCM, *Antitrust e consumatori*, 2009, p. 7.

3.1.1 Organizzazione e competenze

L'Autorità prevede un Presidente, un Capo di Gabinetto, segreterie del Presidente e dei componenti e un consigliere giuridico dell'Autorità.

Il Presidente convoca le riunioni, stabilisce l'ordine del giorno e dirige lo svolgimento dei lavori, vigilando sull'attuazione delle deliberazioni. Inoltre, ha funzione di rappresentare l'Autorità davanti alle istituzioni nazionali, comunitarie ed internazionali. Può essere sostituito temporaneamente dal componente con maggiore anzianità dell'ufficio.[113]

Il Capo di Gabinetto, scelto tra membri dell'Università, della Magistratura, dell'Avvocatura dello Stato o della dirigenza pubblica, è proposto dal Presidente e nominato dal Collegio. Il suo ruolo è principalmente di coordinamento della segreteria e degli assistenti del Presidente e di promozione di gruppi di lavoro. Se richiesto, può partecipare alle riunioni dell'Autorità.[114]

La segreteria di ciascun componente è composta al massimo da quattro persone, le cui funzioni sono scelte dal componente: vi prendono parte assistenti e addetti, i primi sono scelti tra dipendenti dell'Autorità o di altre amministrazioni dello Stato, i secondi tra il personale con idonei requisiti.[115]

Il consigliere giuridico dell'Autorità può essere sia un professore universitario che un magistrato o un avvocato dello Stato. Ha un incarico di cinque anni, al termine del quale è previsto il rinnovo. Ha una funzione di consulenza giuridica per il Presidente e i componenti, oltre che di supporto e verifica sulla relazione annuale e sulle audizioni del Presidente.[116]

L'AGCM si riunisce settimanalmente nella sua sede di Roma, anche se è ammessa la modifica della sede di riunione, sotto previa convocazione del Presidente. Quest'ultimo, come detto precedentemente, stabilisce l'ordine del giorno (i vari punti possono essere proposti dai componenti) ed è tenuto a comunicarlo entro due giorni

---

[113] Cfr. AGCM, Art. 3, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2014.

[114] V. *ivi*, Art. 4.

[115] V. *ivi*, Art. 4-bis.

[116] V. *ivi*, Art. 4-ter.

dalla riunione. Ogni riunione si ritiene valida se, oltre al Presidente, è presente almeno un componente.

Le deliberazioni emesse dall'Autorità sono adottate con voto palese della maggioranza dei votanti e sottoscritte dal Presidente e dal Segretario generale.

Il Segretario generale sovrintende al funzionamento degli uffici e a tal fine ne coordina l'attività, cura l'esecuzione delle deliberazioni, partecipa senza diritto di voto alle riunioni dell'autorità, vigila sui dipendenti affinché si attengano alle norme di comportamento e, infine, provvede alle spese di ordinaria gestione dell'amministrazione. [117]

L'Autorità ha una struttura articolata in direzioni generali, a loro volta articolate in direzioni e uffici. Le direzioni generali sono tre: una per la concorrenza, una per la tutela del consumatore e una direzione generale amministrazione.

La direzione generale per la concorrenza è articolata in direzioni settoriali: energia e industria di base, comunicazioni, credito, agroalimentare e trasporti, manifatturiero e servizi, servizi pubblici locali e promozione della concorrenza. Nei diversi settori di competenza, queste direzioni settoriali svolgono un'attività di analisi ed indagine delle pratiche restrittive della concorrenza. Inoltre, la direzione servizi pubblici locali e promozione della concorrenza può predisporre "pareri vincolanti sulla dismissione di società strumentali, pareri sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche"[118].

La direzione generale per la tutela del consumatore è anch'essa articolata in direzioni settoriali, che sono: energia e industria, comunicazioni, credito, agroalimentare e trasporti, servizi, clausole vessatorie. Il compito delle direzioni settoriali è quello di curare la trattazione delle questioni riguardanti le pratiche commerciali scorrette, la pubblicità ingannevole e comparativa; le stesse, inoltre, curano i rapporti con gli organismi che esercitano analoghe competenze, e provvedono agli adempimenti connessi ai relativi procedimenti, nonché con le istituzioni comunitarie. La direzione generale svolge anche la prima informazione e supporto al pubblico mediante il *call center*, fornendo assistenza qualificata, orientamento ai consumatori su

[117] V. *ivi*, Art. 11.

[118] V. *ivi*, Art. 12.

come segnalare le pratiche che potrebbero rivelarsi scorrette.

La direzione generale amministrazione si articola a sua volta in direzione risorse umane e strumentali, direzione bilancio e ragioneria, direzione documentazione e biblioteca e, infine, ufficio sicurezza informatica.

A queste direzioni generali si affiancano: il *chief economist*,(che cura l'approfondimento dell'analisi economica dei casi), la direzione per gli affari giuridici e il contenzioso, la direzione per i rapporti comunitari e internazionali, la direzione conflitto di interessi, la direzione risorse informative, la direzione relazioni esterne e rapporti istituzionali, la direzione studi e analisi della legislazione, l'ufficio del Segretario generale, l'ufficio di segreteria dell'Autorità, il comitato per le valutazioni economiche, la direzione *rating* di legalità, il nucleo di programmazione, valutazione e controllo.

L'Autorità vigila e controlla il comportamento delle imprese nei confronti dei consumatori.

Il primo ambito di competenza dell'AGCM è, dunque, la tutela della concorrenza. La concorrenza necessita di tutela in quanto è un valore costituzionale: garantisce una più ampia scelta ai consumatori e prezzi più bassi. Per incentivare le imprese alla concorrenza è fondamentale garantire, da un lato, la libertà di impresa, premiando, dall'altro, il rispetto delle regole della concorrenza.

L'antitrust ha il compito di vigilare per evitare le seguenti tipologie di pratiche commerciali scorrette:

- Intese restrittive: accordi sul prezzo, ripartizione del mercato o esclusione di altre imprese dall'ingresso nel settore. Inoltre, quando l'operatore principale di un mercato sfrutta la sua posizione (abuso di posizione dominante) per impedire l'ingresso o forzare le dinamiche della concorrenza, l'antitrust interviene per vigilare che non si creino situazioni di limitazione della stessa.
- Concentrazioni: fusioni e passaggi di controllo da un'impresa a un'altra possono far sì che il maggior potere raggiunto faccia salire i prezzi o si pratichino condizioni svantaggiose per i cittadini, pertanto l'Antitrust deve esaminare i singoli casi e concedere o negare l'autorizzazione, imponendo condizioni in grado di garantire la concorrenza.
- Anomalie di settore: in questi casi l'AGCM può avviare indagini conoscitive sui

diversi settori al fine di individuare condizioni che possono interferire con il corretto funzionamento dei mercati.

- Inoltre, l'attività di vigilanza dell'Autorità si è occupata delle liberalizzazioni del settore delle professioni e si è concentrata particolarmente sui seguenti settori:
- Farmaci e integratori alimentari, i quali possono creare un danno non solo economico, ma anche di salute. Con riguardo ad essi, l'Antitrust ha ottenuto che la vendita fosse effettuata anche nei supermercati e sono stati liberalizzati orari e turni.
- Assicurazioni: l'Autorità monitora le Compagnie e le Associazioni di categoria. In questo ambito, pone particolare attenzione alla pubblicità potenzialmente ingannevole a causa di codicilli o promesse di riduzione dei costi in realtà non adattabili al singolo consumatore.
- Banche: dal 2006 l'Autorità Garante svolge un'indagine conoscitive sui conti correnti e indaga su intese e concentrazioni. L'indagine sui conti correnti ha mostrato che le spese medie sono superiori a quelle del resto dell'Europa. Ha, inoltre, vigilato sulle pubblicità individuando diverse tipologie di pubblicità ingannevoli.
- Trasporti: dagli autobus e corriere ai voli *low cost*, l'Autorità si occupa di indagare come si svolgono le gare di assegnazione dei servizi e il comportamento degli ex monopolisti, oltre che sulle modalità di pubblicità del prezzo finale ai consumatori.
- Telefonia: frequentemente l'Antitrust ha individuato intese tra i principali operatori e ha vietato abusi e pubblicità poco trasparente. A tale scopo, l'Autorità avverte i consumatori circa offerte gratuite, prezzi “troppo” convenienti e servizi che potrebbero rivelarsi in abbonamento.
- Carburanti: negli ultimi anni l'Autorità ha ottenuto, in questo settore, alcuni nuovi incentivi per lo sviluppo del mercato per la riduzione dei prezzi. Tra queste vi è la vendita in ipermercati che ha permesso di ottenere prezzi inferiori rispetto ai punti vendita delle imprese petrolifere ed ottenere una maggiore pressione concorrenziale, avvicinandosi alle politiche ormai consolidate in altri paesi europei. L'Antitrust ha anche ottenuto la liberalizzazione degli orari, eliminando gli orari massimi giornalieri ed i turni di chiusura obbligatoria,

permettendo così ai consumatori di ampliare la loro possibilità di scelta. Inoltre, per incrementare la trasparenza per i consumatori ha previsto la possibilità, oltre alla pubblicazione dei prezzi nei singoli punti vendita, di una diffusione locale dei prezzi sia tramite cartelloni sulla rete stradale che tramite pubblicazione sui *media*.[119]

3.1.2 Procedure e sanzioni

Come detto, i poteri sanzionatori ed istruttori dell'AGCM sono definiti nel d. lgs. 145/2007 e riportati nel Cod. cons., il cui art. 27 prevede che l'Autorità possa avviare un procedimento su segnalazione di qualunque soggetto o organizzazione ne abbia interesse, con indicazione degli elementi utili per valutare la pratica, oppure d'ufficio tramite l'acquisizione di detti elementi utili. Il soggetto competente è il responsabile del procedimento, ovvero il dirigente preposto all'unità organizzativa competente per materia. Il responsabile ha il compito di valutare gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza al fine di svolgere una valutazione preliminare ed eventualmente attivare la fase istruttoria.

Si ricorda che l'aver separato le norme di tutela dei professionisti da quelle a tutela dei consumatori non elimina la possibilità per i concorrenti di avviare un procedimento per una pratica commerciale scorretta alla magistratura ordinaria: infatti, l'intervento dell'Autorità è previsto come tutela dell'interesse generale del mercato e non delle posizioni dei singoli soggetti danneggiati.

Nel caso in cui non sussistano i presupposti per avviare la fase istruttoria (l'AGCM vanta ampio potere discrezionale in quanto non ha l'obbligo, ma solamente la facoltà di procedere), la richiesta viene archiviata, comunicando l'esito al richiedente. In caso contrario, si dà avvio all'istruttoria tramite una comunicazione ai soggetti che hanno presentato la richiesta di intervento, nella quale vengono indicati oggetto, termine della conclusione, ufficio e persona responsabili del procedimento. È possibile presentare memorie, termini e documenti all'ufficio incaricato ed indicato nella comunicazione, cui si può anche inviare una richiesta di informazioni.

---

[119] Cfr. AGCM, *Antitrust e consumatori*, 2009, p. 15 e ss.

Il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni, a partire dalla data della comunicazione di avvio, o entro centocinquanta quando sia necessario il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.[120] Tale termine, tuttavia, può essere prorogato con un provvedimento motivato del Collegio, fino ad un massimo di sessanta giorni.

Durante il procedimento, possono partecipare soggetti che ne abbiano effetti diretti e associazioni o comitati portatori degli interessi collettivi in materia.

Oltre che dell'eventuale parere dell'AGCom, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, può avvalersi della Guardia di Finanza che agisce con i poteri in ambito di accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e sui redditi.

In particolari casi, l'autorità può adottare, motivandoli, provvedimenti cautelari in caso di urgenza che dispongano, la sospensione della pratica commerciale scorretta. Dopo lo svolgimento dell'istruttoria, l'AGCM adotta il provvedimento definitivo e, se ritiene che la pratica sia scorretta, ne vieta la diffusione con provvedimento inibitorio e può predisporre la pubblicazione della delibera a spese del professionista, oltre che comminare la sanzione pecuniaria da 5'000 a 500'000 euro.

I provvedimenti dell'AGCM possono essere impugnati rivolgendosi al TAR. Il ricorso avverso un provvedimento cautelare o sanzionatorio può essere legittimamente effettuato dai professionisti che hanno svolto la pratica commerciale scorretta. Quando, invece, un provvedimento è stato archiviato, esistono due tesi principali. La prima[121], che in passato era più diffusa in materia di antitrust e di pubblicità ingannevole, porta a ritenere che non vi sia la possibilità di impugnare tali provvedimenti in quanto, concorrenti e consumatori non possiedono un interesse personale leso, oltre che di una posizione rilevante. Secondo questo punto di vista, i consumatori o concorrenti non possono partecipare al procedimento avanti all'autorità garante.

Le seconda tesi evidenzia, invece, che in determinati casi anche soggetti terzi possano vedere i propri interessi lesi dalla decisione dell'autorità e, pertanto, la strada

---

[120] Se il professionista ha sede all'estero, i termini sono aumentati a centottanta giorni e duecentodieci quando sia necessario il parere dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

[121] TADDEI ELMI G., *Artt. 27 - 27 quater, in Codice del Consumo - Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di VETTORI G., Milano, Cedam, 2009, p. 124, dove vengono citati i seguenti provvedimenti: TAR Lazio, sez. I, 27 ottobre 1999 n. 2435 e TAR Lazio, sez. I, 9 marzo 2003 n. 420.

della tutela dell'interesse pubblico al regolare svolgimento del mercato non esclude un loro ricorso. Più recentemente, la giurisprudenza ha riconosciuto questo interesse in capo ai concorrenti e associazioni dei consumatori come legittimo, con la conseguenza che la medesima tesi potrebbe essere oggi anche sostenuta per tutelare direttamente interessi degli stessi consumatori (oltre che il corretto funzionamento del mercato).[122]

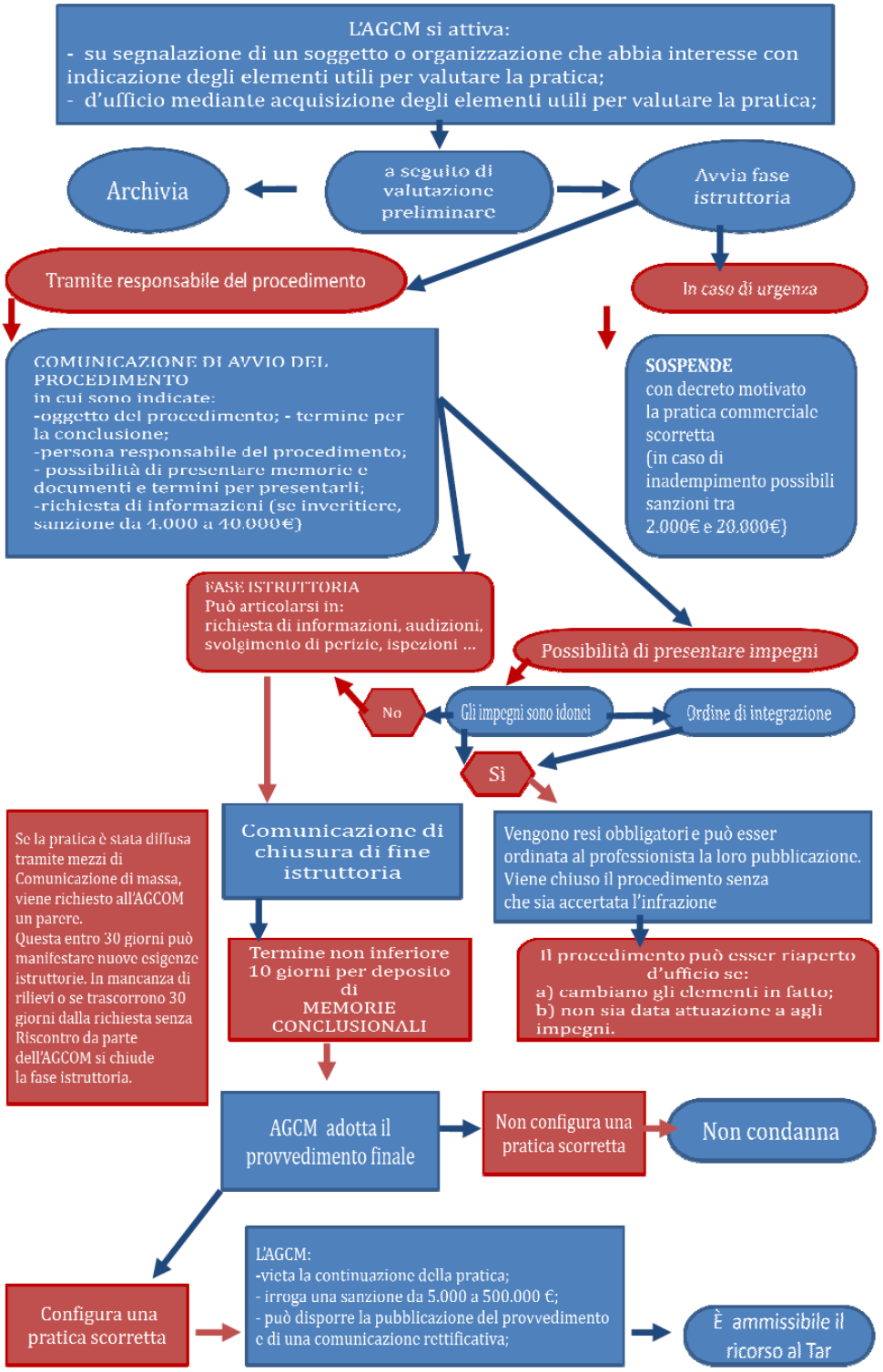
La stessa Autorità garante prevede che i consumatori possano effettuare segnalazioni di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole.[123] Nella denuncia è necessario, ma non indispensabile, indicare il mezzo, il giorno ed il luogo in cui è stato diffuso. Con una denuncia più dettagliata si può avere un'azione del garante più repentina. Inoltre, per una segnalazione più rapida, dal 2007, l'AGCM ha previsto un numero verde e un modulo sul sito internet.

---

[122] *Ibidem.*

[123] AGCM, *Antitrust e consumatori*, 2009, p. 26.

Fig. 1. L'iter procedurale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.



Fonte: AGCM.

Quando un'istruttoria si conclude con la configurazione di una pratica scorretta, l'Autorità, come accennato nel precedente paragrafo, vieta la continuazione della pratica ed irroga una sanzione; inoltre, può prevedere l'imposizione di una pubblicazione del provvedimento e di una comunicazione rettificativa.

Quando l'oggetto del procedimento è la valutazione di un'intesa restrittiva della concorrenza o di abuso di posizione dominante, l'AGCM impone alle imprese il divieto di tenere tale comportamento nel futuro e infligge una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato delle imprese coinvolte, valutando la gravità e la durata dell'illecito. Nel caso in cui l'impresa non ottemperi l'obbligo di non reiterare il comportamento, viene ulteriormente comminata una sanzione pecuniaria (sempre fino al 10% del fatturato) e tale sanzione non può essere inferiore al doppio di quella imposta quando è stata accertata la violazione. Inoltre, in caso di reiterazione dell'inottemperanza, l'antitrust può disporre che l'attività d'impresa sia sospesa fino a trenta giorni.

Talvolta, sussiste il rischio di un danno irreparabile e grave per la concorrenza e l'Autorità può prevedere apposite misure. In questi casi, l'inottemperanza può portare all'applicazione di sanzioni fino al 3% del fatturato.

In seguito alla comminazione di una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato, l'Autorità può riaprire d'ufficio il procedimento, se la situazione si è modificata, in particolare in riferimento ad un elemento fondante della decisione, se le imprese coinvolte contravvengono agli impegni assunti, oppure se le informazioni trasmesse, su cui si fondava la decisione si rivelano incomplete, inesatte o fuorvianti.[124]

Nell'ambito della tutela del consumatore, le sanzioni vengono calcolate seguendo modalità diverse. Oltre alla sospensione provvisoria della pratica commerciale, in caso di urgenza, qualora venga accertata la presenza di un comportamento sleale, l'Autorità può infliggere una sanzione pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 di euro, calcolata in base alla gravità e alla durata della violazione. Se la pratica scorretta mette in pericolo la sicurezza dei minori, o abbia come oggetto prodotti pericolosi, la sanzione minima deve essere obbligatoriamente superiore a 50.000 euro.

Nel caso della pubblicità ingannevole, le sanzioni pecuniarie vanno, invece, da un

[124] Secondo quanto indicato sul sito ufficiale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato alla pagina riguardante il potere sanzionatorio: http://www.agcm.it/concorrenza-competenza/sanzioni.html Inoltre, cfr. legge n. 287/90.

minimo di 5.000 euro ad un massimo di 500.000 euro.

È da notare che il d. lgs. 146/2007 non ha apportato grandi novità sui provvedimenti che l'AGCM può adottare, anzi, ha ripreso quanto previsto dal precedente art. 26 del Codice del consumo in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. Il maggiore cambiamento riguarda gli importi delle sanzioni, che adesso possono raggiungere importi più elevati nel loro ammontare.

Inoltre, è bene ricordare che questo sistema di sanzioni è puramente amministrativo, in quanto per le sanzioni penali è necessario rivolgersi al Tribunale ordinario.[125]

Un'ulteriore novità apportata dai decreti del 2007 riguarda gli impegni. Questa pratica viene eventualmente svolta dal professionista e si articola nel seguente modo: il professionista può presentare, entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, impegni idonei a far venire meno la fattispecie di pratica commerciale scorretta[126]

Se gli impegni non vengono valutati idonei, al professionista viene richiesta un'integrazione, oppure, nei casi di manifesta scorrettezza e gravità dell'illecito, rigettati.

Se l'Autorità ritiene, invece, tali impegni idonei a risolvere la pratica illegittima può prevedere che essi siano vincolanti per il professionista e concludere il procedimento senza accertarne l'infrazione.

All'accettazione degli impegni, tuttavia non si preclude l'eventualità di una riapertura d'ufficio del procedimento, quando, ad esempio, gli elementi di fatto sono cambiati o gli impegni concordati non siano stati rispettati.

L'istituto degli impegni, era già presente nel procedimento antitrust, ma con il d. lgs. 146/2007 il legislatore ha voluto incentivare anche l'eliminazione delle pratiche commerciali scorrette ricorrendo alla collaborazione dei professionisti. Questo ha permesso un notevole risparmio di costi e tempo per l'Autorità garante del mercato e della concorrenza, oltre la possibilità di evitare le sanzioni amministrative e penali, per il professionista.[127]

---

[125] V. GAGLIARDI A., *op. cit.*, p. 39 ss.

[126] Cfr. art. 8 del Regolamento AGCM e art. 27, comma 7, cod. cons.

[127] GAGLIARDI A, *op. cit.*, p. 43.

3.2 Provvedimenti dal 2007 al 2013

La seconda parte di questo capitolo è diretta ad offrire un'analisi dell'attività e dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Volendo descrivere, seppur per sommi capi, l'attività svolta sono stati esaminati gli anni dal 2007 al 2013. La scelta del periodo si è resa interessante poiché nel 2007 entrano in vigore i d. lgs. 145/2007 e 146/2007, e quindi, fino a parte del 2008 gli interventi vengono giudicati ancora in base alla normativa vigente, al momento dei fatti contestati e quindi sulla base del d. lgs. 206/2005, mentre dal 2009 in poi, i nuovi provvedimenti applicano i d. lgs 145/2007 e 146/2007.

L'attività complessiva dell'AGCM è documentata dalle pubblicazioni periodiche dell'AGCM disponibili gratuitamente al pubblico sul sul sito ufficiale dell'autorità.

Sono inoltre facilmente reperibili i bollettini settimanali sui quali vengono pubblicati tutti i verbali dell'iter procedurale dei provvedimenti, nei vari campi di competenza dell'Istituto, dall'avviso di procedimento fino alle disposizioni conclusive ed alle sanzioni.

Nei verbali vengono pubblicati sia le argomentazioni di accusa che di difesa, oltre alle eventuali documentazioni riguardanti il processo amministrativo, le prove, gli impegni, i ricorsi ed, infine, gli eventuali riesami delle sanzioni in caso di intervento del TAR in seguito ad un ricorso.

Questa pubblicizzazione degli atti svolge un ruolo informativo di primo piano per i professionisti ed i loro consulenti, permettendo loro di comprendere meglio le interpretazioni delle disposizioni di legge attraverso esempi concreti e reali. Inoltre, nelle relazioni annuali vengono anche proposte interpretazioni giurisprudenziali riguardo ai soggetti e alle fattispecie tutelate dai decreti legislativi a cui fa riferimento l'Autorità durante lo svolgimento dei suoi compiti.

Precisamente, annualmente viene pubblicata una relazione dell'attività svolta nei vari campi di competenza, accompagnata da una statistica che sintetizza quanto svolto nei provvedimenti.

I provvedimenti avviati ai sensi del d. lgs. 145/2007 vengono indicati nei bollettini come provvedimenti in materia di pubblicità ingannevole e comparativa,

mentre quelli in materia di pratiche commerciali scorrette ai sensi del d. lgs. 146/2007, in sintonia con quanto descritto dal legislatore. Entrambe le tipologie di provvedimenti vengono descritte, dal 2009 nel capitolo “Attività di tutela del consumatore” della relazione annuale dell'attività dell'AGCM, mentre, nei due anni precedenti, la dizione era “Attività ai sensi del decreto legislativo 206/2005”.

Dall’esame delle statistiche riportate dall’Autorità possiamo, così, venire a conoscenza che, nei sette anni considerati, l’AGCM ha contestato 1090 violazioni, ma di queste solo 101 derivano da attivazioni d’ufficio e 89 da segnalazioni di pubbliche amministrazioni. Complessivamente solo un procedimento su sei inizia d'ufficio. Al contrario, il 58% delle azioni sono intraprese da singoli consumatori e una su sei da associazioni di consumatori, mentre le azioni da parte dei concorrenti e loro associazioni non raggiungono complessivamente il 7% (vedi tab. 1).

Questo dato, costante negli anni, potrebbe evidenziare una scarsa percezione, da parte dei professionisti, della concorrenza sleale operata dai concorrenti nei loro confronti. In questo contesto, infatti, sembra che tra i professionisti sia vigente una legge di “tolleranza reciproca” alle pratiche sleali e pubblicità illecita che potrebbero danneggiarli. Tali comportamenti scorretti, infatti si rivelano molto diffusi e si potrebbe pensare che, per non correre a loro volta il rischio di una sanzione dell'Autorità, i professionisti tendano a non denunciare i propri concorrenti. Inoltre, risulta difficile credere che colleghi o conoscenti dei professionisti siano disposti ad emettere una segnalazione all'AGCM, per tutelare l'impresa che vede lesi i propri interessi, dato che già solo un esiguo numero di privati si rivolge alle associazioni dei consumatori per la difesa dei propri diritti, ed ancora di più per la diffusa difficoltà a trovare testimoni nei processi civili.

Tab. 1 Soggetti segnalanti e valutazione finale violazioni

Soggetti segnalanti	Anni								
	2007*	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2008-2013	
Singolo consumatore	108	115	131	155	120	60	56	637	58%
Associazioni di consumatori	43	44	37	28	22	17	11	159	15%
Attivazione d'ufficio		9	24	16	24	11	17	101	9%
Pubblica amministrazione	38	20	32	16	12	4	5	89	8%
Concorrenti	49	19	15	19	6	3	5	67	6%
Associazioni di concorrenti	1	5				1	1	7	1%
Non classificabile	2					24	6	30	3%
Totale	241	212	239	234	184	120	101	1090	

* Per il 2007 il dato si riferisce alle istruttorie

Fonte: AGCM Relazioni annuali dell'attività svolta

La seconda informazione, connessa alla precedente, che si ricava dalle statistiche è l'esiguo numero di provvedimenti e di sanzioni sulla base del d. lgs. 145/2007. Infatti, l'80% dei 1003 procedimenti riguarda pratiche commerciali scorrette, il 14% la pubblicità ingannevole e comparativa ed il restante 6% l'inottemperanza ai provvedimenti stessi. In termini di sanzioni erogate, poi, il 91% delle sanzioni riguarda le pratiche commerciali scorrette, il 5% la pubblicità ingannevole e comparativa ed il restante 3% l'inottemperanza ai provvedimenti stessi (vedi tab. 2 e 3)

Tab. 2. Sanzioni per esito del procedimento (numero dei provvedimenti per anno).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2008-2013	% totale
Pratiche commerciali scorrette		109	231	177	134	74	76	801	80%
Pubblicità ingannevole e comparativa	241	102	8	15	6	3	3	137	14%
Inottemperanza		9	7	5	15	22	7	65	6%
Totale	241	220	246	197	155	99	86	1003	100%

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Tab. 3. Sanzioni per esito del procedimento (in migliaia di euro).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2008-2013	% totale
Pratiche commerciali scorrette		32048	34925	15235	14444	8406	8022	113080	91%
Pubblicità ingannevole e comparativa	4680	4654	357	869	355	190	371	6796	5%
Inottemperanza	343	415	358	365	876	1082	860	3956	3%
Totale	5023	37117	35640	16469	15675	9678	9253	123832	100%

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Infine, la terza informazione riguarda la suddivisione delle sanzioni per macro settori economici. (V. tabb. 4, 5 e 6).

Tab. 4. Sanzioni per macro settore economico. (Numero di procedimenti).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2008-2013
Energia e Industria	n.d	37	42	51	49	16	32	227
Comunicazioni	n.d	45	61	33	20	15	8	182
Credito e assicurazioni	n.d	40	53	44	32	17	8	194
Alimentare, farmaceutico e trasporti	n.d	39	41	39	46	31	20	216
Servizi	n.d	60	49	50	28	20	18	225
Totale	241	221	246	217	175	99	86	1044

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Tab. 5. Sanzioni per macro settore economico (in migliaia di euro).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2008-2013
Energia e Industria	n.d	4742	4826	4960	3625	1585	3872	23610
Comunicazioni	n.d	10638	13694	3710	2965	2140	895	34042
Credito e assicurazioni	n.d	11417	8171	2766	2990	2275	1075	28694
Alimentare, farmaceutico e trasporti	n.d	5200	5437	2783	4230	2485	2349	22484
Servizi	n.d	5160	3512	2250	1869	1193	1062	15046
Totale	5023	37157	35640	16469	15679	9678	9253	128899

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Tab. 6. Sanzioni per macro settore economico (percentuale sanzioni).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2008-2013
Energia e Industria	n.d	13%	14%	30%	23%	16%	42%	18%
Comunicazioni	n.d	29%	38%	23%	19%	22%	10%	26%
Credito e assicurazioni	n.d	31%	23%	17%	19%	24%	12%	22%
Alimentare, farmaceutico e trasporti	n.d	14%	15%	17%	27%	26%	25%	17%
Servizi	n.d	14%	10%	14%	12%	12%	11%	12%
Totale		100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Senza entrare nel merito del criterio di raggruppamento delle imprese usata dall'Autorità garante, la prima impressione che si ricava è quella di un equilibrio degli interventi tra i macro settori, con una variabilità ridotta nel sessennio per il quale i dati sono disponibili e contenuta tra un minimo di 182 ed un massimo di 227 interventi (tab 4).

Risulta, invece, maggiore la differenziazione degli importi delle sanzioni con un minimo del 12% nei servizi ed un massimo del 26% nelle comunicazioni. Una valutazione più attenta mostra tuttavia una situazione diversa tra la molteplicità di imprese operanti nei vari settori, da un lato, ed il ridotto numero di imprese operanti nelle comunicazioni, che comprende la telefonia, la televisione l'editoria e le case discografiche, dall'altro.

La lettura delle relazioni annuali consente un maggiore approfondimento poiché, oltre alla sintesi statistica, viene pubblicato annualmente un rapporto sui principali interventi, con uno sguardo maggiormente critico sui diversi macro settori.

Dalla lettura delle relazioni degli anni 2008 e 2009 appare chiaro che l'AGCM

abbia posto la sua attenzione principalmente sul comparto della telefonia. Questo settore produttivo è dominato dalla presenza di Telecom Italia, ex monopolista della telefonia fissa e da un numero ristretto *di operatori telefonici minori:* Vodafone, Wind e Tre, operanti prevalentemente nella telefonia mobile.

Da questa ultima considerazione si è tratta una traccia di approfondimento delle informazioni ricavabili da una consultazione analitica dei provvedimenti dell'AGCM. Più precisamente, si è ritenuto opportuno ricercare un'evidenza dell'aumento della conflittualità tra imprese concorrenti sul mercato, che permettesse la diffusione e l'aumento di campagne pubblicitarie ingannevoli, nonostante la consapevolezza di incorrere in pesanti sanzioni.

Il mercato delle telecomunicazioni è passato, con l'ingresso di nuove imprese, da una condizione di monopolio ad una condizione di mercato più dinamico, ma con alti costi di accesso tali da renderlo inaccessibile alle piccole e medie imprese. L'analisi che segue ha per obiettivo quello di scorporare i dati aggregati dei macro settori individuati dall'AGCM, al fine di evidenziare altri possibili settori con caratteristiche simili a quello delle telecomunicazioni.

Si è così creata la seguente ulteriore suddivisione:

a) Distribuzione di gas e carburanti: per la presenza di monopoli di fatto nella distribuzione del gas da parte delle imprese che gestiscono le reti di distribuzione, la presenza di un ex monopolista del gas come ENI e di un oligopolio delle imprese petrolifere nel mercato dei combustibili.

b) L'energia elettrica: per la presenza di un ex monopolista come ENEL che detiene la proprietà e la gestione della rete elettrica.

c) La telefonia fissa e mobile e il servizio internet: come già evidenziato sopra, presenta un ex monopolista ed il mercato è diventato di tipo oligopolistico.

d) La Televisione: situazione di oligopolio con RAI ex monopolista, Mediaset e Sky come imprese dominanti.

e) Le Assicurazioni: per le elevate barriere legali e finanziare all'accesso di piccole e medie imprese.

f) Le Banche e gli Istituti di Credito: per le elevate barriere legali e finanziare

all’accesso di piccole e medie imprese, i processi di fusione ed integrazione che hanno portato alla costituzione di alcuni grandi gruppi nazionali con espansione all’estero (Unicredit, Intesa, Monte dei Paschi…). Questi grandi gruppi sono in concorrenza con istituti regionali e locali (casse di risparmio, banche popolari e istituti di credito cooperativo).

g) Il settore residuale delle piccole e medie imprese di finanziamento.

h) Gli alimentari: settore nel quale operano sotto la copertura di famosi marchi nazionali numerose multinazionali dell’agro-alimentare (Nestlé, Unilever, Kraft-Philip Morris…)

i) I farmaceutici: per la presenza di grandi gruppi internazionali e di ricorrenti interventi dell’AGCM per la tutela dei consumatori.

j) I trasporti: per le ferrovie è evidente la presenza di Trenitalia, ex monopolista; per le tratte marittime e per i trasporti locali sono presenti numerosi oligopoli e nei trasporti locali. Inoltre sono ricorrenti interventi dell’AGCM nel settore del trasporto aereo.

Infine una disaggregazione dei provvedimenti per l’industria e i servizi ha reso possibile evidenziare ulteriori criticità sul mercato delle automobili e dei veicoli in genere, dei cosmetici e delle cure estetiche, dell’elettronica, dei servizi turistici, e degli elettrodomestici.

Questa riclassificazione è stata realizzata sui provvedimenti dell'Autorità contro le pratiche commerciali scorrette, dal momento che le sanzioni ex d. lgs. 145/2007 sono state analizzate separatamente.

3.2.1 Illeciti per violazioni al d. lgs. 145

I procedimenti emanati dall'AGCM per le violazioni al d. lgs. 145/2007 sono apparsi subito molto inferiori, per numero e per importo, ed in gran parte realizzati nel corso del 2008, anno nel quale sono venute a termine istruttorie per eventi antecedenti l'entrata in vigore della nuova normativa.

Se quindi restringiamo il campo di osservazione al periodo dal 2009 al 2013, nell'esclusiva applicazione del d. lgs. 145/2007, ne ricaviamo un quadro ancor meno rilevante rispetto all'attività complessiva, con meno di un ventesimo (sul totale) dei provvedimenti emanati ed un quarantesimo delle sanzioni irrogate.

Tab. 7. Pubblicità ingannevole e comparativa anni 2009- 2013.

	2009	2010	2011	2012	2013	Totale 2009-2013
procedimenti	8	15	6	3	3	35
sanzioni	357	869	355	190	371	2142
importo medio, migliaia di euro	45	58	59	63	124	61

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Tab. 8. Pubblicità ingannevole e comparativa anni 2009-2013 (percentuali sul totale provvedimenti).

	2009	2010	2011	2012	2013	2009-2013
procedimenti	3,3%	7,6%	3,9%	3,0%	3,5%	4,5%
sanzioni	1,0%	5,3%	2,3%	2,0%	4,0%	2,5%

Fonte: AGCM, Relazione annuale dell'attività svolta

Nel corso della tesi si è svolto un esame analitico dei provvedimenti degli anni

2010, 2011, 2012, riportato nella tab. 9. Ebbene, in questi anni, solo cinque provvedimenti hanno comportato sanzioni di importo uguale o superiore ai 100.000 euro. Più precisamente,

1. nel 2010 sono stati adottati due provvedimenti:
   a) Il primo verso Posteshop per un importo di 100.000 euro. Il provvedimento ha riguardato i messaggi pubblicitari volti a promuovere la rete di negozi franchising Kipoint che si occupavano di spedizioni, imballaggio, fax ecc. Questi centri non erano così diffusi sul territorio come veniva fatto credere dai messaggi pubblicitari, inoltre, veniva enfatizzata la possibilità di ottenere un aumento del fatturato con investimenti limitati nei servizi di Kipoint.[128]
   b) Il secondo provvedimento si è svolto contro Bracco s.p.a., società farmaceutica che ha promosso due tipologie di integratori alimentari, vantando caratteristiche di efficacia nella prevenzione dell'invecchiamento cerebrale e delle patologie di neurodegenerazione cellulare e cardiovascolare. I prodotti contenevano principi attivi in grado di ritardare l'invecchiamento di tali tessuti, ma non in quantità sufficienti da essere considerati curativi. Per tale pubblicità ingannevole, Bracco è stata sanzionata con 150.000 euro.[129]
2. Nel 2011, parimenti, l'Autorità ha adottato due provvedimenti:
   a) 100.000 euro sono stati comminati a United Directories Lda per aver promosso in modo ingannevole l'iscrizione alla banca dati *online* denominata "registro italiano dei medici". Dal messaggio non era evidente che l'iscrizione a tale banca dati fosse a pagamento.[130]
   b) La stessa cifra è stata comminata a Expo Guide S. C., per aver inviato comunicazioni tramite posta o e-mail per l'adesione di professionisti al proprio portale di fiere senza dichiarare in modo chiaro gli oneri economici derivanti dell'adesione.[131]
3. Nel 2012, l'unico provvedimento, anch'esso relativo all'irrogazione di una

[128] Bollettino settimanale n. 13/2010.

[129] Bollettino settimanale n. 34/2010.

[130] Bollettino settimanale n. 24/2011.

[131] Bollettino settimanale n. 28/2011.

sanzione di 100.000 euro ha riguardato.

a) Avron, società con sede in Slovacchia, in possesso di un *database* denominato "Registro del Mercato nazionale", la quale era stata segnalata da SCAF Società Cooperativa Autocustodi Fiorentini a.r.l, per comportamento riconducibile alle fattispecie esposte nei provvedimenti del 2011.[132]

Inoltre, nel 2011 si è verificato un caso di riapertura di un provvedimento[133] per pubblicità occulta effettuata da RAI (120.000 euro di sanzione) e Magnolia S.p.A. (140.000 euro). Nell'ambito del programma televisivo l'Isola dei Famosi, infatti, erano stati pubblicizzati la linea di gioielli MyMara della società Asteria S.r.l. (ritenuta anch'essa responsabile e obbligata al pagamento di una sanzione di 40.000 euro) e l'attività della società Europ Assistance S.p.A (50.000 euro).[134]

Molto spesso, l'autorità garante della concorrenza e del mercato, adotta i propri procedimenti seguendo il d. lgs. 146/2006, anche quando le due parti sono professionisti. È il caso del provvedimento n. 24522 del 18 settembre 2013, in cui Procter & Gamble (P&G) è stata segnalata all'AGCM da Henkel, per aver diffuso nei primi mesi del 2013 messaggi di pubblicità comparativa tra i detersivi Dash e Dixan (rispettivamente di P&G e Henkel) che dichiaravano errate informazioni sul maggiore potere smacchiante del primo rispetto al secondo. L'AGCM ha ritenuto di sanzionare P&G per 50.000 euro, ma solamente secondo il Codice del consumo.[135]

---

[132] Bollettino settimanale n. 12/2012.

[133] Provvedimento n. 19956 dell'11 giugno 2009.

[134] Con il provvedimento del 2011 le sanzioni sono state ridimensionate, diminuendone l'importo inferiore.

[135] Provvedimento n. 24522 del 18 settembre 2013.

Tab. 9. Provvedimenti per violazioni al d. lgs 145/2007

n. bollettini per anno	n. provvedimento	Società sanzionata	Importo sanzione (€*1000)	note
2010				
7/2010	20794	Vodafone	0	nessuna sanzione
12/2010	20934	ELIME	7	
13/2010	**20951**	**Poste shop**	**100**	kikpoint rete
	20952	IPSOA	20	banca dati
14/2010		CERIM	25	macchine per calzature
16/2010	21028	EON ENERGIA	75	d. lgs. 145/2007
	21032	EON ENERGIA	75	d. lgs. 146/2007
21/2010	21138	H3G	50	Zero6 – pro tassa governativa
24/2010	21205	EXERGIA	80	gas
	21246	CETEAS	11,5	carrelli elevatori
	21247	DAF SPORT	50	tappetini palestra
32/2010	21443	Rivolta spa	40	calze da neve
34/2010	21493	D&D Estetique S.a.s.	50	cosmetici
	21494	**Bracco s.p.a**	**150**	farmaceutici
38/2010	21616	Novavision Group S.r.l.,	60	
		Totale 2010	718,5	
2011				
4/2011	22052	Consiglio Nazionale del Notariato	5	
	22067	Turmax		
22/2011	22479	RUUD LIGHTING EUROPE-	5	Illuminazione stradale
24/2011	**22510**	**United Directories Lda**	**100**	Registro dei medici
28/2011	**22583**	**Expo Guide S.C.**	**100**	Expo Guide S.C.
		Totale 2011	210	
2012				
6/2012	23255	Main Force S.r.l.	10	Il giornale dei carabinieri
12/2012	**23387**	**AVRON**	**100**	Registro del mercato nazionale
51/2012	24130	MAIL BOXES ETC-	80	Rete franchising servizi postali
20/2012	24330	KELION-OFFERTA DI LAVORO	27	
		Totale 2012	217	

Fonte: AGCM, Bollettini settimanali.

3.2.2 Illeciti per violazioni al Codice del consumo

Gli illeciti per violazioni al Codice del consumo costituiscono oltre il 90% delle sanzioni irrogate dall'Autorità garante in materia di pratiche commerciali, per un importo complessivo di oltre 113 milioni di euro nei sette anni analizzati, con un massimo di oltre 30 milioni annui nel biennio dal 2008 al 2009.

In questo periodo di tempo, il settore maggiormente sanzionato è stato, come anticipato, il settore delle comunicazioni ed in particolare quello della telefonia. L'importo delle sanzioni di tale settore ha superato i 32 milioni di euro, superando il 28% del totale delle sanzioni del sessennio.

3.3 Illeciti più frequenti

Dalla lettura dei bollettini annuali emergono notevoli similitudini tra gli illeciti più frequenti.

Generalmente, le imprese che non hanno effettuato una comunicazione trasparente ai consumatori sono state sanzionate dall'AGCM per pratiche che si possono ritrovare più o meno trasversalmente in tutti i settori in cui la concorrenza è più aggressiva.

Tali pratiche riguardano:

1. Incompleta comunicazione dei costi: molto spesso le imprese tendono a comunicare un costo per i beni o servizi forniti che non corrisponde a quello finale effettivo.
2. Clausole relative alle promozioni: quando vengono offerte promozioni, spesso le clausole di adesione e modifica del contratto non vengono evidenziate efficacemente, anzi spesso le imprese sono state sanzionate per aver nascosto informazioni rilevanti, o averle fornite in modo non sufficientemente comprensibile e accessibile dai consumatori.

3. Tariffe promozionali che, in un secondo momento prevedono il passaggio ad una diversa tariffazione del servizio.
4. Difficoltà nel recedere dalla fornitura del servizio. Alcune imprese sono state sanzionate per aver ostacolato il trasferimento ed il passaggio del cliente ad un altro fornitore, con conseguente limitazione della concorrenza.
5. Servizi diversi da quelli promossi. In determinati casi, l'Autorità ha avviato procedimenti contro imprese che avevano effettuato campagne promozionali o pubblicitarie su servizi o beni che non corrispondevano a quelli, poi, effettivamente forniti.

In questo contesto generale, come detto, si sono individuati i settori e gli ambiti maggiormente sanzionati dall'AGCM (v., supra, par. 3.2).

3.3.1 Telefonia, credito e assicurazioni

Nel settore della telefonia, l'AGCM è intervenuta soprattutto nella telefonia mobile, questa categoria comprende le 4 più grandi compagnie telefoniche operanti in Italia: Telecom Italia, ex monopolista, Vodafone, Wind e H3G (Tre).

Come emerge dalla tabella *a fine capitolo*, tutto il comparto della telefonia ha commesso il 28,4% degli illeciti dal 2007 al 2013, ovvero più di un quarto del totale degli illeciti dei sei anni. È altresì interessante notare che il 7,6% degli illeciti deriva solo dall'attività di Telecom. Questa percentuale risulta particolarmente importante, poiché supera l'importo di quasi tutti gli altri settori, escluso il comparto del credito e delle assicurazioni.

Tuttavia, è da notare che nel 2013, le sanzioni hanno subito un calo drastico rispetto agli anni precedenti, pur mantenendosi al livello del 9,4% del totale.

Gli illeciti più frequenti sono stati la diffusione di omissioni ingannevoli o la non diffusione di informazioni rilevanti riguardo il prezzo delle offerte. Per esempio, veniva indicato il servizio di internet come illimitato, quando in realtà il limite di traffico dati

era presente.

Il totale dei procedimenti svolti contro il settore bancario e assicurativo, nei sei anni di analisi, ha riguardato il 22,8% degli illeciti, la maggior parte dei quali concentrata tra le banche (14,4%).

Anche in questo caso, gli illeciti hanno riguardato principalmente irregolarità sulla comunicazione dei costi delle operazioni finanziarie. Quello che appare sospetto è che i soggetti sanzionati sono grandi istituti di credito e non società finanziarie di dimensioni limitate. Per queste ultime, infatti, sarebbe anche possibile ritenere che siano cadute in errore nel comunicare in modo non esaustivo le modalità di pagamento, per esempio rateale dei finanziamenti, ma in grandi società strutturate sembra più facile ritenere che sia stato tenuto un comportamento scorretto deliberatamente al fine di ingannare i consumatori.

Tra le società bancarie l'Autorità ha vigilato affinché gli ostacoli alla mobilità del consumatore fossero rimossi, facilitando la chiusura dei conti correnti e la portabilità dei mutui, valutandone la completezza pre-contrattuale e la trasparenza e la completezza delle informazioni fornite tramite la promozione commerciale.

L'attenzione si è concentrata sempre di più sul canale di internet, in particolare per le assicurazioni.

3.3.2 Trasporti e autoveicoli

La percentuale di illeciti del settore dei trasporti nei sei anni osservati è 7,1%. Per i trasporti ferroviari, solo nel 2008 Trenitalia ha avuto sanzioni per il 2,8%, negli altri anni osservati l'incidenza è molto bassa.

Nel trasporto marittimo, sono state sanzionate essenzialmente aziende che hanno fatto abuso di posizione dominante, mentre è interessante quanto accaduto nel settore dei voli *low cost*. Anche in questo caso, gli illeciti hanno riguardato la mancanza o incompletezza di informazioni sul prezzo finale effettuato ai consumatori. In particolare, il canale internet si è rivelato essere sì di maggiore accessibilità per i clienti, ma anche un facile strumento per diffondere pratiche commerciali scorrette. Molte compagnie di voli *low cost*, tra cui Ryanair[136], sono state sanzionate dall'AGCM nel 2011 per non aver pubblicizzato dall'inizio il prezzo comprensivo degli oneri accessori, obbligatori, derivanti dal pagamento tramite carta di credito o debito e l'effettuazione del chek-in online. Inoltre, Ryanair è stata sanzionata per aver pubblicizzato offerte promozionali impossibili da reperire dai consumatori, per non aver fornito un adeguato servizio al cliente post vendita, in caso di richiesta di rimborso del costo del biglietto del viaggio non effettuato, per la fornitura ai consumatori italiani di servizio clienti solo in lingua inglese.

Il 4,8% degli illeciti ha avuto come oggetto il settore della vendita di auto e moto. Come già accennato nel precedente capitolo[137], molto spesso, le pratiche commerciali scorrette si avvicinano a vere e proprie truffe.

L'AGCM ha sanzionato venditori di auto usate che effettuavano un "ringiovanimento" del mezzo venduto, dichiarando una data di immatricolazione più recente rispetto a quella effettiva. Inoltre, si sono verificati anche casi in cui il chilometraggio delle auto vendute veniva ridotto considerevolmente rispetto alla realtà.

Oltre al già citato caso di Automotive s.r.l., si è verificato anche il caso di M.M.

---

[136] Cfr. Provvedimento n. 22511 del 15 giugno 2011. Ryanair è stata sanzionata per oltre 500.000 euro.

[137] Cfr. par. 2.2.

Automobili Italia S.p.A., società rivenditrice di automobili Mitshubishi che ha pubblicizzato come automobili veicoli immatricolati come autocarro, ovvero inidonei al trasporto di persone. Anche in questo caso è lecito ritenere che la gran parte dei consumatori non avrebbe concluso il contratto di acquisto se fosse stato pubblicizzato in maniera efficace il diverso uso del veicolo.

Inoltre, anche in questo comparto, si sono verificati illeciti riguardanti pagamenti rateali e offerte scontate non esaurientemente pubblicizzate.

3.2.2.6 Estetica, farmaceutico e alimentare

Nel settore dell'estetica e della cosmesi inizia a delinearsi un importante comune denominatore condiviso anche dei settori di alimentari e farmaceutici di cui parleremo successivamente, ovvero l'incidenza di messaggi ingannevoli su temi sensibili come quelli della cura della persona e della sua immagine.

Nel corso dei sei anni, l'incidenza delle sanzioni su aziende operanti nel settore della cosmesi e dell'estetica è stato del 4%.

I più comuni illeciti riguardano, nei messaggi pubblicitari, il vantare caratteristiche "miracolose" dei prodotti oggetto della promozione. In modo particolare sono state sanzionate aziende della cosmesi che vantavano risultati dall'uso dei loro prodotti *anti-age* superiori a quelli effettivamente realizzabili ed indicando con caratteri illeggibili gli effettivi valori.

Il settore farmaceutico ha visto un incremento degli illeciti, in quanto nonostante nei sei anni di riferimento, essi rappresentino solo il 2,7% del totale degli illeciti, nel corso degli ultimi anni, ed in particolare del 2013 (16,2%, dato persino superiore al 9,3% del 2007), si è avuto un incremento delle pratiche scorrette.

Generalmente le sanzioni hanno riguardato la vendita di farmaci *online*, confermando quanto detto sulle "opportunità" di questo nuovo canale.

Nel caso dell'industria alimentare (4% degli illeciti) i provvedimenti dell'AGCM hanno riguardato soprattutto integratori alimentari e prodotti che vantavano qualità dietetiche o curative. Ricordiamo, a titolo di esempio, il caso di Danacol (prodotto da Danone e pubblicizzato come curativo del colesterolo). In questo caso, a seguito della segnalazione dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e del procedimento dell'AGCM, Danone è stata sanzionata per 300.000[138] euro per aver lasciato intendere nei messaggi pubblicitari che questo prodotto fosse sufficiente per ridurre il livello di colesterolo nel sangue.

Inoltre, sono state sanzionate aziende che riportavano erronee diciture nutrizionali, ad esempio indicazioni di prodotti privi di zucchero o di zuccheri aggiunti. Rigoni di Asiago[139] è stata sanzionata per 40.000 euro in quanto i prodotti pubblicizzati come "senza zuccheri aggiunti" presentavano, tra gli ingredienti, succo d'uva, che per le sue caratteristiche nutrizionali può essere assimilato allo zucchero. Pertanto la sanzione dell'AGCM si è basata sul fatto di considerare tale ingrediente come zucchero nascosto[140].

Altri professionisti sono stati sanzionati per comportamenti simili, nell'ambito di prodotti dimagranti, o meglio, pseudo-dimagranti.

In questa particolare tipologia di prodotti, si segnalano anche alcune fattispecie di pubblicità occulta, in particolare nell'ambito di alcune pubblicità redazionali.

Un altro genere di illecito si è riscontrato in associazione ai concorsi e alle operazioni a premi abbinati alle vendite di prodotti alimentari: in questo caso le informazioni riportate negli opuscoli pubblicitari e/o nel regolamento erano incomplete o ambigue ed i premi non erano realmente disponibili.[141]

Farmaceutico, alimentare e cosmesi ed estetica, rappresentano tre settori che

---

[138] Provvedimento n. 19816 del 29 aprile 2009.

[139] Provvedimento n. 24283 del 20 marzo 2013.

[140] Cfr. AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta, 2014*, p. 190.

[141] *Ivi*, p. 194.

incidono direttamente sulla persona: dalla sua immagine ai suoi aspetti più psicologici ed intimi. Pertanto, vista la vicinanza tra loro, se consideriamo questi tre settori nell'insieme, si può notare che hanno un'incidenza complessiva del 10,7% sul totale degli illeciti, rendendo questo raggruppamento il terzo in ordine di grandezza.

Detta interpretazione trasversale trova conferma nella menzionata indagine dell'AGCM su integratori alimentari e farmaceutici e in alcuni rilevanti procedimenti messi in atto tra il 2010 ed il 2013.

Nel 2010, l'Autorità è intervenuta nei confronti di Arkopharma[142] per il prodotto 4321 Slim Ultimate pubblicizzato attraverso numerosi *media*: il sito internet, la stampa periodica, spot televisivi, opuscoli informativi e la confezione del prodotto. Tali messaggi asserivano l'efficacia del prodotto nella quadrupla azione di "destoccare i grassi", "combattere gli zuccheri alimentari", "eliminare l'acqua in eccesso", "eliminare le tossine". La società produttrice è stata multata per 90.000 euro.

Altro provvedimento ha riguardato Pool pharma[143] per l'integratore alimentare dimagrante denominato Kilocal compresse, sanzionata con 200.000 euro.

Nel 2012 l'Autorità ha sanzionato L'Oréal Italia[144] per 200.000 euro per la pubblicità del prodotto anti calvizie Aminexil Pro (a marchio Vichy e Dercos) asserente una riduzione del 72% della caduta dei capelli.

Infine, nel 2013 l'AGCM è intervenuta con una sanzione contro Xenalis LTD, Cento s.r.l, New Service Media s.r.l., Quadratum SA, Royal Marketing Management SA e Centum S.p.A. Relativamente a pubblicità ingannevole di numerosi prodotti dimagranti e terapeutici.[145]

---

[142] Provvedimento n. 21619.

[143] Provvedimento n. 21539.

[144] Provvedimento n. 23427.

[145] Provvedimento n. 24607 del 6 novembre 2013.

3.3.4 Reiterazione dei comportamenti scorretti

Il ripetersi di sanzioni verso la stessa impresa è un fenomeno frequente e diffuso nelle imprese di medie e grandi dimensioni. Nel settore telefonico, in particolare, tutte le principali imprese operanti nel mercato hanno subito ripetute sanzioni sia nello stesso anno, che in tutti gli anni osservati. Tuttavia, in nessun caso l'Autorità garante è intervenuta per sospendere l'attività dell'impresa, come previsto dalla legislazione.

Fa eccezione il caso di imprese "fantasma" costituite all'estero, ciascuna per la gestione di numerosi siti di vendita di prodotti contraffatti di marca, le quali però non sono mai comparse innanzi all'Autorità, né hanno provveduto al pagamento delle sanzioni irrogate. In questi casi, ove possibile, l'AGCM ha richiesto l'oscuramento dei siti da parte della Polizia Postale.

Tab 10.a. Sanzioni per settore di attività, anni 2007-2013 (importi in migliaia di euro, percentuali sul totale)

	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		2007-2013	
	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%
Sanzioni totali	4.583		30.207		30.804		16765		14806		9972		6381		113.516	
Energia ecologia																
distribuzione gas/carburanti	7	0,2%	205	0,7%	220	0,7%	0	0,0%	30	0,2%	0	0,0%	300	4,7%	762	0,7%
Ecologia	4	0,1%		0,0%	440	1,4%	370	2,2%	76	0,5%	10	0,1%	10	0,2%	910	0,8%
Energia	48	1,1%	1.625	5,4%	1.080	3,5%	305	1,8%	885	6,0%	70	0,7%	100	1,6%	4.113	3,6%
di cui Enel	*27*	*0,6%*	*1.625*	*5,4%*		*0,0%*	*50*	*0,3%*	*0*	*0,0%*	*0*	*0,0%*	*0*	*0,0%*	*1.702*	*1,5%*
TOTALE	59	1,3%	1.830	6,1%	1.740	5,7%	725	4,3%	991	6,7%	80	0,8%	410	6,4%	5.835	5,1%
Comunicazioni																
Editoria	119	2,6%	450	1,5%	151	0,4%	100	0,6%	550	3,7%	110	1,1%	35	0,6%	1.515	1,3%
Musica	80	1,7%	1	0,0%		0,0%	0	0,0%	50	0,3%	0	0,0%	0	0,0%	131	0,1%
Telefonia	1211	26,4%	10.619	35,2%	11.045	35,9%	3378	20,2%	3010	20,3%	2330	23,4%	600	9,4%	32.193	28,4%
di cui telecom	*535*	*11,7%*	*2.100*	*7,0%*	*3.970*	*12,9%*	*1140*	*6,8%*	*400*	*2,7%*	*430*	*4,3%*	*90*	*1,4%*	*8.665*	*7,6%*
Vodafone	*261*	*5,7%*	*1.947*	*6,5%*	*2.685*	*8,7%*	*687*	*4,1%*	*200*	*1,4%*	*590*	*5,9%*	*0*	*0,0%*	*6.370*	*5,6%*
Wind	*59,*	*1,3%*	*1.173*	*3,9%*	*1.380*	*4,5%*	*261*	*1,6%*	*90*	*0,6%*	*270*	*2,7%*	*0*	*0,0%*	*3.233*	*2,9%*
tre	*86*	*1,9%*	*1.203*	*4,0%*	*545*	*1,8%*	*825*	*4,9%*	*620*	*4,2%*	*150*	*1,5%*	*0*	*0,0%*	*3.429*	*3,0%*
tot az leaders	*941*	*20,5%*	*6.423*	*21,3%*	*6.145*	*20,0%*	*2913*	*17,4%*	*1310*	*8,9%*	*1440*	*14,4%*	*90*	*1,4%*	*19.262*	*17,0%*
Televisione	124	2,7%	987	3,3%	1.210	3,9%	921	5,5%	1160	7,8%	225	2,3%	30	0,5%	4.657	4,1%
di cui Rai	*56*	*1,2%*		*0,0%*	*270*	*0,9%*	*0*	*0,0%*	*55*	*0,4%*	*30*	*0,3%*	*25*	*0,4%*	*436*	*0,4%*
Mediaset	*30*	*0,7%*		*0,0%*		*0,0%*	*265*	*1,6%*	*200*	*1,4%*	*120*	*1,2%*	*0*	*0,00%*	*615*	*0,5%*
Sky	*33*	*0,7%*	*340*	*1,1%*	*345*	*1,1%*	*150*	*0,9%*	*530*	*3,6%*	*0*	*0,0%*	*0*	*0,0%*	*1.398*	*1,2%*
tot az leaders	*119*	*2,6%*	*340*	*1,1%*	*270*	*0,9%*	*415*	*2,5%*	*785*	*5,3%*	*150*	*1,5%*	*25*	*0,4%*	*2.104*	*1,9%*
TOTALE	1534	33,5%	12.057	39,9%	12.406	40,3%	4399	26,2%	4770	32,2%	2665	26,7%	665	10,4%	38.496	33,9%
Credito e Assicurazioni																
Assicurazioni	10,	0,2%	130	0,4%	125	0,4%	175	1,0%	715	4,8%	70	0,7%	0	0,0%	1.225	1,1%
Banche	115	2,5%	10.121	33,5%	2.760	9,0%	775	4,6%	804	5,4%	1430	14,3%	380	6,0%	16.385	14,4%
Finanziamenti	4489	9,8%	1.256	4,2%	3.328	10,8%	625	3,7%	403	2,7%	703	7,1%	744	11,7%	7.508	6,6%
TOTALE	574	12,5%	11.507	38,0%	6.213	20,2%	2335	13,9%	1922	13,0%	2203	22,1%	1124	17,6%	25.878	22,8%

Tab 10.b. Sanzioni per settore di attività, anni 2007-2013 (importi in migliaia di euro, percentuali sul totale)

	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		2007-2013	
	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%	€	%
Alimentari Farmaceutico trasporti																
Alimentari	271	5,9%	518	1,7%	1.660	5,4%	125	0,8%	715	4,8%	820	8,2%	465	7,3%	4.574	4,0%
Farmaceutici	425	9,3%	185	0,6%	415	1,4%	395	2,4%	300	2,0%	325	3,3%	1034	16,2%	3.079	2,7%
Trasporti	181	4,0%	3.266	10,8%	1.591	5,2%	284	1,7%	1551,5	10,5%	523	5,2%	650	10,2%	8.046	7,1%
di cui trenitalia	*0*		*845*	*2,8%*	*25*	*0,1%*	*50*	*0,3%*	*5*	*0,0%*	*0*	*0,0%*	*0*	*0,0%*	*925*	*0,8%*
TOTALE	876	19,1%	4.814	15,9%	3.666	11,9%	804	4,8%	2566,5	17,3%	1668	16,7%	2149	33,7%	16.543	14,6%
Industria e Servizi																
Abbigliamento	0		195	0,7%	65	0,2%	50	0,3%	20	0,1%	30	0,3%	300	4,7%	660	0,6%
Agenzie	20	0,4%	50	0,2%	50	0,2%	441	2,6%	10	0,1%	105	1,1%	0	0,0%	676	0,6%
Arredamento	28	0,6%	176	0,6%	145	0,5%	455	2,7%	40	0,3%	90	0,9%	40	0,6%	974	0,9%
Automobili	178	3,9%	586	2,0%	1.340	4,4%	1905	11,4%	685	4,6%	513	5,1%	190	3,0%	5.396	4,8%
Elettrodomestici	189	4,1%	245	0,8%	998	3,2%	465	2,8%	47	0,32%	5	0,1%	95	1,5%	2.044	1,8%
Elettronica	175	3,8%	152	0,5%	355	1,2%	381	2,3%	935	6,3%	735	7,4%	498	7,80%	3.231	2,9%
Estetica e cosmesi	139	3,0%	415	1,4%	845	2,7%	1664	9,9%	1013	6,8%	510	5,1%	10	0,2%	4.597	4,0%
Giochi Giocattoli concorsi	106	2,3%	576	1,9%	90	0,3%	150	0,9%	15	0,1%	200	2,0%	55	0,9%	1.192	1,0%
Istituti, scuole e corsi di formazione	104	2,3%	360	1,2%	465	1,5%	125	0,8%	151	1,0%	125	1,3%	150	2,4%	1.481	1,3%
Lavoro	42	0,9%	90	0,3%	330	1,1%	75	0,5%	125	0,8%	65,5	0,7%	5	0,1%	733	0,7%
Turismo	189	4,1%	235	0,8%	900	3,0%	671	4,0%	505	3,4%	222	2,2%	350	5,5%	3.072	2,7%
Industria	33	0,7%	15	0,1%	399	1,3%	0	0,0%	30	0,2%	0	0,0%	0	0,0%	476	0,4%
Onoranze funebri	36	0,8%	12	0,0%	68	0,2%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	116	0,1%
orologi e gioielli					395	1,3%	60	0,4%	110	0,7%	60	0,6%	0	0,0%	625	0,6%
TOTALE	1238	27,0%	2.912	9,6%	6.445	20,9%	6442	38,4%	3666	24,8%	2630,5	26,4%	1393	21,8%	24.727	21,8%
Varie																
Varie	0		1.978	6,6%	334	1,1%	1100	6,6%	768	5,2%	525	5,3%	525	8,2%	5.230	4,6%
commercio internet							960	5,7%	122	0,8%	200	2,0%	115	1,8%	1.397	1,2%
TOTALE	301	6,6%	1.978	6,5%	334	1,1%	2060	12,3%	890	6,0%	725	7,3%	640	10,0%	6.929	6,1%

Fonte: AGCM, Bollettini settimanali.

CAPITOLO 4

COMPORTAMENTI SCORRETTI, MARKETING E STRATEGIA DI IMPRESA

SOMMARIO: 4.1. Accesso e visibilità sul mercato. 4.1.1 Nuove imprese. 4.1.2 Nuovi prodotti. 4.2. Espansione di quote di mercato. 4.3 Concorrenza imperfetta, oligopolio, soglie di accesso e guerra dei prezzi.

4.1 Accesso e visibilità sul mercato

L' ingresso sul mercato può avvenire in modi diversi, o con la nascita di nuove imprese, o con il posizionamento di nuovi prodotti su un mercato non ancora esplorato dall'impresa.

La pubblicità è uno strumento indispensabile in questa fase al fine di far conoscere il prodotto ai consumatori. È utile ricordare, sul punto, il principio di segnalazione di Nelson, che dichiara che i consumatori possono riconoscere un prodotto di più elevata qualità, da quelli a bassa qualità in base al livello di pubblicità sostenuto. Infatti, le spese pubblicitarie sostenute da un'impresa possono giustificarsi solo se i ricavi futuri permettono di coprirle. Tali spese, sono sostenute anticipatamente e pertanto, rischiano di essere dei costi irrecuperabili, se il valore attualizzato dei flussi di ricavi futuri non li superasse. Nelson sostiene che solo i prodotti che mantengono le promesse di alta qualità possono permettersi di fare pubblicità, in quanto possono confidare in un elevato tasso di riacquisto del prodotto anche dopo la prima prova dello stesso indotta da una

nuova campagna pubblicitaria di successo.[146]

A conferma della teoria, le esigenze del bilancio aziendale richiedono un risultato commerciale a breve o brevissimo termine per ridurre i costi iniziali. Una forte attrattiva pubblicitaria sul grande pubblico produce una domanda che dipende dal valore aggiunto del prodotto, dalla sua disponibilità immediata, di prodotto, dalla flessibilità della produzione; si gioca, in particolare, sulla curiosità del consumatore e lo si stimola a provare il prodotto.

La teoria della segnalazione di Nelson, però si è dovuta scontrare con alcune evidenze: prima fra tutti, se quanto in essa descritto fosse totalmente vero, ovvero che il solo fatto di fare pubblicità, indipendentemente dai contenuti, bastasse per garantire un elevato numero di clienti, le imprese sarebbero anche spinte a far sapere quanto hanno investito in pubblicità, per comunicare in modo più trasparente anche il livello qualitativo del prodotto. Invece, le imprese non dichiarano ai consumatori il livello di spese di pubblicità.

4.1.1 Nuove imprese

Il concetto di nuovo preso in considerazione nel presente paragrafo può essere ampliato sino ad attrarre imprese poco note al grande pubblico, al momento del messaggio pubblicitario, come nel caso di imprese di nicchia che cercano di rendersi visibili, con i media, ad un pubblico diverso.

Una pubblicità particolarmente attraente faciliterebbe una più rapida affermazione sul mercato della relativa impresa.

Un caso particolare che è emerso è quello di imprese che appaiono costituite e finalizzate alla diffusione di pratiche commerciali scorrette o illegali. Numerosi provvedimenti hanno infatti riguardato società estere che gestiscono siti web attraverso i quali commercializzano prodotti contraffatti di grandi marchi oppure medicinali, cosmetici ed integratori alimentari. Sono società a capitale limitato, intestate spesso a soci irreperibili, destinate ad un “mordi e fuggi” e, finalizzate all’elusione fiscale e

[146] PEPALL L., RICHARDS D. J., NORMAN G., *Organizzazione industriale*, Milano, McGraw-Hill, 2009, p. 369.

legale, prive di patrimonio e di utili di impresa, le quali risultano altresì irreperibili e insolvibili al momento dell'irrogazione di eventuali sanzioni. Le sedi e i siti web sono spesso ubicati in Stati a bassa legalità.[147]

4.1.2 Nuovi prodotti

Quando si parla di nuovi prodotti siamo portati a pensare a novità ed innovazioni tecnologiche di particolare rilevanza, ma spesso, dal punto di vista delle imprese, un nuovo prodotto riguarda un'estensione della gamma già esistente o un *restyling* e riposizionamento di un prodotto esistente.

Il concetto di nuovo prodotto è strettamente legato all'innovazione. Durante il ciclo di vita del prodotto, cambia anche il tipo o grado di innovazione che può essere sfruttata. Durante le prime fasi del ciclo di vita del prodotto, le innovazioni sono volte a migliorare le performance tecniche e qualitative del prodotto in relazione a quanto richiesto dai consumatori , mentre, verso la fase di maturità, l'innovazione si sposta dal prodotto al processo e l'offerta di prodotti si restringe su alcuni prodotti particolarmente validi a rispondere alle richieste della domanda.

Per esempio, nel marzo 2014, l'AGCM ha comminato una sanzione di 400'000 euro a Estée Lauder S.r.l[148] per aver pubblicizzato "un *siero riparatore* per il viso ed una *crema per il contorno occhi* della linea "*Repairwear Laser Focus*", recante la presentazione assai enfatica di caratteristiche e vanti prestazionali delle referenze attraverso il loro diretto raffronto, quanto ad *efficacia antirughe*, con un trattamento di medicina estetica (il *laser*), presente nella stessa denominazione commerciale dei cosmetici, e la spendita di dati percentuali e individuate tempistiche di risultato come

---

147 V. AGCM, Provvedimento n. 24403 dell'1 giugno 2013.

148 "La società, avente sede a Milano, svolge attività di commercio all'ingrosso di profumi, cosmetici, saponi e altri detergenti per uso personale. La medesima è soggetta all'attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 c.c., della società americana The Estée Lauder Companies Inc., proprietaria, tra molti altri, del marchio "Clinique". Nell'esercizio chiuso al 30 giugno 2013, la società registra un fatturato di oltre 129 milioni di euro." Fonte: AGCM.

asseritamente conseguenti da test clinici ivi citati”[149]. Il messaggio diffuso sia sulla stampa che in televisione dichiarava che, con l'utilizzo del prodotto, si potevano ottenere miglioramenti del 54%, contro l'85% di un trattamento laser, ma ponendo una maggiore enfasi sul fatto che i risultati fossero il 63% dei risultati del laser. La condotta è stata valutata scorretta in quanto confrontava un prodotto cosmetico con un trattamento di chirurgia estetica, indicando solamente i vantaggi della crema di bellezza (minori costi, maggior facilità di reperimento sul mercato ecc.). L'Autorità ha valutato che un'impresa multinazionale di tale livello non ha operato secondo “il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alla qualità del professionista ed alle caratteristiche dell’attività svolta, con riferimento all’ambiguità e incompletezza dei contenuti informativi relativi alle possibilità d’impiego e ai risultati ottenibili attraverso l’uso dei prodotti pubblicizzati.”[150]

Le imprese hanno una grande esigenza di innovazione, con la conseguenza che riversano sui clienti un enorme quantità di nuovi prodotti di cui, molto spesso, questi ultimi non hanno realmente bisogno.

Un ulteriore tipo di analisi sui nuovi prodotti può essere condotta con riguardo ai prodotti riposizionati sul mercato, ovvero nuovi utilizzi per prodotti già esistenti.[151]

Nel settore agroalimentare, quando si parla di innovazione o di riposizionamento del prodotto, solitamente si assiste a pratiche che cercano di rivitalizzare un prodotto maturo proponendo nuove ricette, oppure virtù salutistiche “dimenticate” o “riscoperte” o talvolta solo asserite, quali ad esempio il basso contenuto di zuccheri, di grassi, di colesterolo o infine il ridotto contenuto calorico rispetto ai prodotti tradizionali o della concorrenza. Si possono citare alcuni casi sanzionati riguardo all’agroalimentare quali ad esempio:

4. Frollini Balocco – Vita mia con meno grassi[152],

---

[149] Cfr. AGCM, Provvedimento n. 24824 in Bollettino n. 12 del 24 marzo 2014.

[150] *Ibidem.*

[151] RANFAGNI S., *Le decisioni sul prodotto,* in BURRESI A., AIELLO G., GUERCINI S. (a cura di), *Marketing per il governo d'impresa,* Torino, Giappichelli, 2006, p. 292 e ss.

[152] Cfr. AGCM, Provvedimento n. 24080, in Bollettino n. 48 del 17 dicembre 2012. L'impresa Balocco ha un fatturato di 122 milioni di euro. I prodotti in questione sono: “VITA MIA! MENO GRASSI con mais e orzo” - incentrati sulla dicitura “MENO GRASSI”, e accompagnato, sul retro della confezione,

5. Rigoni Fiordifrutta senza zuccheri aggiunti[153],

dall'indicazione nutrizionale "meno 35 % di grassi*" ove l'asterisco rinvia alla dicitura "il 35 % di grassi in meno della media dei frollini più venduti (fonte: Dati Nielsen)".

Nelle valutazioni conclusive del provvedimento si legge: "Valga qui sottolineare che quello in esame è un prodotto che presenta un contenuto pro etto di grassi ben superiore al limite stabilito dall'Allegato al Regolamento UE n. 1924/2006 al fine della legittima spendita pubblicitaria di un *claim* nutrizionale assoluto, relativo al contenuto ridotto di tale nutriente, pari a 3g per etto di prodotto 19: si tratta, cioè di alimento che – come moltissimi prodotti congeneri – ha una portata nutrizionale in sé non esattamente "dietetica" o ridotta. Pertanto, al fine di proporlo al pubblico in una veste più attraente che valga a differenziarlo in seno allo specifico mercato, Balocco è ricorso ad una indicazione nutrizionale di tipo comparativo (- xx% di grassi) che, seppur consentita dal citato Allegato, in quanto di significato equivalente all'espressione "a tasso ridotto di…", viene però utilizzata in una modalità omissiva, e pertanto, ingannevole, per il consumatore." L'Autorità, ha quindi ritenuto giusto di sanzionare Balocco per 40'000 euro, tenendo conto della fattispecie della violazione in esame, della dimensione ed importanza economica del professionista, delle modalità di diffusione del messaggio pubblicitario che è capace di coinvolgere un elevato numero di consumatori. Inoltre, la condotta è stata valutata "contraria alla diligenza professionale e idonea - mediante diffusione di messaggi pubblicitari recanti claim nutrizionale di tipo comparativo ("meno XX % di grassi") mancante dell'adeguata indicazione del termine di raffronto e privo della tabella analitica di raffronto, sul sito aziendale, in aggiunta alla presenza della dicitura "Meno grassi" a denominazione dello stesso prodotto - a sortire effetti confusori con i *claim* assoluti e quindi a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione all'alimento pubblicizzato".

[153] Cfr. AGCM, Provvedimento 24283, in Bollettino n.13 dell'8 aprile 2013. Rigoni di Asiago S.r.l. (fatturato 60 milioni euro), ove si rileva che "la pratica commerciale posta in essere dal professionista Rigoni consiste nella promozione delle preparazioni di frutta denominate Fiordifrutta, attraverso la dicitura "*senza zuccheri aggiunti**", apposta sull'etichetta frontale del vasetto ed è riportata a caratteri maiuscoli grandi e di colore rosso, poco al disotto della dicitura "*prodotto biologico*". L'asterisco rinvia alla dicitura, riportata nella parte posteriore del vasetto e a caratteri assai ridotti, "*contiene naturalmente zuccheri*". Inoltre, la dicitura "*senza zuccheri aggiunti*" è riportata in grassetto anche nella parte posteriore del vasetto, dove sono indicati pure gli ingredienti del prodotto (pesche 65%; succo di mela, gelificante: pectina). La tabella nutrizionale, sempre nella parte posteriore del vasetto, mostra la presenza di zucchero, nella misura di circa 35 grammi per 100 grammi di prodotto, variabile marginalmente in relazione al tipo di frutta utilizzata *"Perché scegliere Fiordifrutta..."* (nell'ambito della pagina di presentazione dello stesso prodotto *http://www.rigonidiasiago.com/fiordifrutta)* attraverso la risposta: "*... perchè ha un ridotto contenuto di zuccheri e un basso indice glicemico, tanto che viene indicata anche nelle diete. Fiordifrutta contiene mediamente oltre il 30% di zuccheri in meno delle altre confetture. Per questo, e per il contenuto di fibre di frutta, ha un basso indice glicemico, che è la misura del tempo di assorbimento degli zuccheri. Fiordifrutta ha mediamente un*

6. Pasta Aliveris per diabetici[154];
7. Giusto senza zucchero[155].

---

indice glicemico inferiore di oltre il 50% rispetto a quello delle altre confetture". Sempre nella stessa pagina è indicato un valore inferiore a 5 per il suo indice glicemico." L'Autorità ha quindi deciso di irrogare alla società Rigoni di Asiago S.r.l., una sanzione amministrativa pecuniaria di 40.000 € (quarantamila euro)."

[154] Cfr. AGCM, Provvedimento n. 24189, in Bollettino n.6 del 18 febbraio 2013. Nel presente provvedimento l'Autorità rileva che "il procedimento concerne due pratiche commerciali poste in essere a diverso titolo dai professionisti, consistenti: a) nella diffusione di messaggi promozionali relativi alla pasta al germe di soia "Aliveris" ed incentrati sulla dicitura "La pasta della salute" e su diversi *claim* salutistici che rappresentano il tratto caratterizzante della comunicazione commerciale; b) nella promozione occulta della pasta Aliveris nel corso delle puntate del programma "Occhio alla spesa" andate in onda sull'emittente RaiUno". "Il messaggio, apparso sul quotidiano la Repubblica in data 26 marzo 2012, reca il *claim* "La pasta della salute" e, al centro, la riproduzione della confezione del prodotto pasta della salute" e, al centro, la riproduzione della confezione del prodotto. In basso con grande evidenza grafica e rilievo cromatico si legge: i) "Indicata nella dieta del diabetico"; ii) "Azione di controllo sul colesterolo"; iii) "Ideale nell'alimentazione dello sportivo"; iv) "Buona per tutta la famiglia per la sua azione preventiva"." Per tale condotta l'AGCM ha comminato, tra gli altri, alla società Industria Alimentare Filiberto Bianconi 1947 S.p.A. una sanzione pari a 50.000 €; alla società Aliveris S.r.l. una sanzione pari a 20.000 €; alla società Rai-Radiotelevisione Italiana S.p.A. una sanzione pari a € 25.000 €.

[155] Cfr. AGCM, Provvedimento n. 24311, in Bollettino n. 18 del 13 maggio 2013. "Giuliani S.p.A. (di seguito, GIULIANI), in qualità di professionista ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società opera prevalentemente nella produzione e commercializzazione di prodotti farmaceutici di base e di preparati farmaceutici. Secondo informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, la pratica commerciale in esame consiste nella promozione di una linea di prodotti alimentari per la prima colazione e la merenda, nonché per alcune ricorrenze religiose (Natale e Pasqua), denominata "*GIUSTO senza zucchero*". Questa viene presentata come "*Una linea di prodotti dal sapore dolce, ma con un apporto calorico inferiore rispetto ai dolci tradizionali, grazie alla sostituzione del saccarosio con dolcificanti o loro miscele. Tutti questi dolci possono essere inseriti nell'ambito di una alimentazione controllata per non rinunciare al gusto ed al piacere di qualche golosità. Una vasta scelta tra gustosi biscotti, squisiti cioccolati e in vista del Natale, dolci natalizi dal sapore dolce ma con edulcoranti quali il maltitolo e l'isomalto che apportano significativamente meno calorie dello zucchero".* **2.** La linea dei prodotti "*GIUSTO Senza zucchero*" è presentata congiuntamente a quella denominata "GIUSTO *Diabel*": "*Linea "Giusto Senza zucchero*" e "*Giusto Diabel - Una linea di prodotti dietetici dedicata ai soggetti diabetici e a tutti coloro che vogliono seguire un'alimentazione sana e controllata. Una linea che propone un'ampia*

Oltre ad ingannare il consumatore medio quanto alla ricerca di un alimento dietetico, in altri casi l'ingannevolezza ha coinvolto addirittura i consumatori sofferenti di diabete proponendo alimenti potenzialmente nocivi per la loro salute.

In genere, è riscontrabile una elevata aspettativa da parte dei consumatori con riguardo alla disponibilità e fruizione di prodotti o servizi che risolvano quasi miracolosamente le loro esigenze. Si pensi alla richiesta di prodotti farmaceutici, cosmetici ed alimentari (tra i tanti: prodotti con omega 3, patate al selenio, alimenti senza colesterolo) che arrestano l'invecchiamento, la caduta dei capelli, le rughe, promettano rapide perdite di peso, migliorino la prestanza fisica, l'immagine personale, fungendo quasi da "elisir di lunga vita".

Anche se il consumatore non crede veramente alla miracolosità di questi prodotti, finisce per acquistarli, se non altro per verificare se si manifestano, anche solo temporaneamente, gli effetti pubblicizzati. Detti prodotti quindi rappresentano una porzione di mercato dall'ampio potenziale, che richiama l'attenzione della grande distribuzione e dei media (sotto il profilo pubblicitario, appunto).

Molto spesso questi prodotti hanno un ciclo di vita breve, in quanto soggetti a mode, più o meno ricorrenti, con ripetizioni dovute a novità o riscoperte di processi o prodotti. Ovviamente, in questo caso l'obiettivo della campagna pubblicitaria è di brevissimo periodo ed è quello di coinvolgere il maggior numero possibile di consumatori per una prova, magari a prezzo di lancio, su prodotti ad alto valore aggiunto il cui maggior costo può essere rappresentato dalla pubblicità o dalla promozione. Si può contare sul fatto che, al contrario delle campagne promozionali, la sanzione sarà poco visibile al grande pubblico in quanto riguarda informazioni che

---

gamma tra paste, biscotti, cioccolato e preparati a base di sola frutta, a cui si aggiungono prodotti per le ricorrenze speciali come torroni, uova e dolci pasquali e natalizi". I vanti nutrizionali relativi agli alimenti - come quelli oggetto del presente procedimento - hanno una grande rilevanza commerciale e possono fortemente orientare le scelte di acquisto dei consumatori. Per questa ragione, essi devono informare sul reale valore nutrizionale dell'alimento risultare idonei ad essere percepiti immediatamente dai consumatori senza ambiguità e omissioni; infine, non devono suggerire abitudini alimentari scorrette. In considerazione del fatto che GIULIANI risulta già destinataria di provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette, di cui al Codice del Consumo, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di 90.000 € (novantamila euro)."

necessitano di essere ricercate con particolare attenzione. Il lato positivo è che nel tempo questi prodotti finiscono per essere rapidamente dimenticati dal pubblico, così da poter essere riproposti in nuova veste promozionale.

Nel caso di prodotti caratterizzati da un ciclo di vita maggiore, le statistiche dimostrano che una percentuale rilevante di nuovi prodotti sono destinati all'insuccesso. Aumentare l'efficacia della promozione di lancio permetterebbe di poter contare su un mercato temporaneo di prova, allo scopo di ridurre le perdite nel primo anno di esercizio, puntando sulla considerazione che:

a) I tempi di intervento dell'AGCM sono di almeno quattro mesi dal momento della segnalazione.
b) Un provvedimento richiede almeno sei mesi, e talvolta uno-due anni, dall'inizio delle campagna pubblicitaria per essere emesso.
c) Raramente il provvedimento viene pubblicizzato e comunque con modalità tali da non raggiungere il grande pubblico.

In tal caso la sanzione sarebbe compensata da un proporzionale incremento delle vendite.

Da un punto di vista economico e di marketing, è molto comune che "estensioni di marca" si rivelino un insuccesso, così come prodotti ben congegnati con benefici tangibili non hanno successo[156] a causa di strategie di posizionamento e comunicazione non corrette.

Un aspetto interessante da considerare è quella pubblicità che rende, agli occhi del consumatore, un prodotto diverso da un altro anche quando non lo è. In particolare, questa pratica, ovviamente illecita, è svolta dalle imprese per poter imporre e giustificare un prezzo di vendita più elevato.

Rileggendo le strategie di marketing, un aspetto fondamentale è la strategia di segmentazione del mercato e del posizionamento competitivo del prodotto. Dalle diverse definizioni di posizionamento si possono trarre interessanti punti di vista aziendali. Per esempio, secondo Ries e Trout il posizionamento è "la concezione di un prodotto e della sua immagine allo scopo di dargli, nel giudizio del consumatore, un

---

[156] Cfr. SHAW R. - MERRICK D., *Marketing Payback, il contributo del marketing alla redditività dell'impresa*, Torino, Prentice Hall, 2006, p.63.

posto favorevole e diverso da quello occupato dai prodotti concorrenti”[157]: ovvero, di differenziarlo dagli altri in modo positivo secondo quanto desiderato dai consumatori. Donvito, poi, mette in evidenza proprio i bisogni dei consumatori quando afferma che: “il processo di posizionamento competitivo si concentra in primo luogo sull'analisi dei bisogni espressi dai clienti per poi cercare di trovare una specifica area di unicità rispetto ai concorrenti”[158].

È sempre più evidente, quindi, quanto sia focale il punto della distinzione dai concorrenti, l'essere riconoscibili agli occhi dei consumatori, anche a costo di dichiarare qualcosa di non vero.

Quando un'impresa decide la strategia per il posizionamento del prodotto deve porsi una serie di domande. Tra queste, ve ne sono, a mio parere, due di particolare rilevanza ai fini dell'analisi svolta in questa tesi: “Quali sono le caratteristiche distintive e i vantaggi, reali o percepiti, di un prodotto o di una marca che suscitano una reazione favorevole da parte dei clienti?”[159].

Questa domanda, è opportuno che sia riferita anche in confronto a quanto svolto dai concorrenti. Ovvero, come essi sono percepiti dai consumatori in rapporto a tali caratteristiche distintive e come posizionarsi in relazione alla concorrenza nel segmento di operatività del mercato. Operando così, è possibile assecondare le aspettative dei clienti potenziali e reali, senza trovarsi in conflitto con altre imprese che occupano posizioni di maggiore forza.

La seconda domanda è invece la seguente: “Quali sono gli strumenti di marketing più appropriati per occupare e difendere questa posizione?”.[160]

Quale primo elemento va senz'altro menzionata l'unicità del prodotto, ovvero il carattere peculiare da attribuire al prodotto per cui si vuole venga ricordato. L'unicità è strettamente connessa con la desiderabilità agli occhi dei clienti potenziali di ciò che

---

[157] RIES A., TROUT J., *Positioning: the battle for your mind*, New York, McGraw-Hill, 1981.

[158] DONVITO R., *Il posizionamento competitivo*, in BURRESI A. AIELLO G., GUERCINI S. (a cura di) *op. cit.* p.269.

[159] *Ibidem.*

[160] *Ibidem.*

l'impresa offre e promette[161]. Un grande rischio, infatti è quello di trovare una posizione all'interno del segmento, differente sì e lontana dai concorrenti, ma lontana anche dai desideri e dalle aspettative dei clienti, che pertanto non troverebbero interesse nell'acquistare il prodotto.

Un altro fattore rilevante è la credibilità, ovvero il posizionamento sul mercato deve essere reputato dai clienti alla portata dell'impresa o dello specifico prodotto.

Ad esempio, L'Oreal possiede un posizionamento medio alto nel settore della cosmesi, considerando gli elementi chiave del posizionamento strategico di un prodotto o di una marca. Tali elementi sono:

a) gli attributi del prodotto, ovvero per quali aspetti il prodotto si distingue da quelli dei *competitors*;
b) le risorse invisibili, le caratteristiche intangibili del prodotto come immagine, reputazione. L'Oreal gode di un'immagine di marca molto forte, la rivista di Marketing "Mark Up" la definisce "il global brand per eccellenza: aggressivo sul mercato e impattante nella comunicazione"[162];
c) i benefici ricercati dalla clientela. L'Oreal si propone di risolvere il problema dell'invecchiamento della pelle in modo "innovativo e rivoluzionario", rispondendo al bisogno basilare dei clienti, ovvero quello di mantenere la propria immagine giovane il più a lungo possibile;
d) il prezzo relativo, come indice di qualità, status sociale, rassicurazione sulla reputazione del bene. Il posizionamento di prezzo dei prodotti cosmetici L'Oreal si pone sopra alla media di molti prodotti cosmetici, ma non è ancora considerabile ad alto livello di prezzo; quindi in coerenza con quanto espresso dalla sua immagine di marca e dalle sue campagne di comunicazione;
e) il posizionamento di rottura, livelli innovativi tali da scardinare gli schemi percettivi preesistenti. I provvedimenti sanzionatori dell'Antitrust hanno riguardato il ricercato paragone con la chirurgia laser[163] il cui intento era proprio, a mio avviso, quello di esulare dai confronti classici con altri prodotti

---

[161] *Ibidem.*

[162] Mark up, n. 167, maggio 2008. http://www.mark-up.it/articoli/0,1254,41_ART_1435,00.html

[163] V. AGCM, Provvedimento n. 24825, Bollettino n. 12 del 24 marzo 2014.

del segmento, effettuando il salto di qualità che permettesse alla clientela di avvicinarsi al prodotto;

f) l'effetto *country of origin*. La Francia è sicuramente il Paese che meglio rappresenta la cosmesi di alta qualità ed i prodotti più innovativi in questo settore, oltre ad essere spesso presa a icona di stili di vita contraddistinti da lusso ed eleganza.

Nel 2012 L'Oreal[164], come accennato, è stata sanzionata dall'AGCM per 200'000 euro per aver diffuso, sia a mezzo stampa che televisivo, un messaggio pubblicitario per la promozione del prodotto *Nuovo Dercos Aminexil Pro*, qualificandolo come strumento utile alla riduzione della caduta dei capelli "fino al 72%". Il provvedimento dell'Autorità riporta le seguenti affermazioni: "La pratica commerciale adottata dal professionista, oggetto di valutazione del presente provvedimento, riguarda la campagna promozionale relativa al prodotto *Dercos Aminexil Pro.* I messaggi sono rivolti ad una categoria di consumatori ampia e varia, costituita da soggetti che versano in una condizione di calvizie, che può essere differente l'una dall'altra, in ragione della causa e della gravità relativa al diradamento in atto, nonché del genere, maschile o femminile, del soggetto interessato. Si tratta comunque di destinatari particolarmente vulnerabili in conseguenza dello stato patologico in cui si trovano, ragion per cui si richiede una valutazione rigorosa circa la veridicità, trasparenza e correttezza dei messaggi pubblicitari veicolati dagli operatori del settore. Le comunicazioni pubblicitarie in contestazione, per le motivazioni che seguono, appaiono ingannevoli in quanto idonee ad indurre nei destinatari la convinzione erronea che il prodotto *Dercos Aminexil Pro* sia efficace per risolvere tutte le problematiche legate alla calvizie. I messaggi diffusi tramite gli *spot* televisivi, la stampa ed *internet*, per il loro contenuto e per le loro modalità di presentazione, lasciano infatti intendere ai destinatari che il prodotto reclamizzato, presentato come rivoluzionario e atto ad intervenire efficacemente e

---

[164] "L'Oréal Italia S.p.A. (di seguito, anche "L'Oreal"), in qualità di professionista ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società fa parte del Gruppo l'Oreal che si configura tra i principali operatori del mondo nel settore cosmetico. Il Gruppo opera in centotrenta Paesi attraverso svariati *brand* tra i quali *Vichy* e*Dercos*. L'Oreal presenta, nel bilancio 2010, ricavi pari a circa 934 milioni di euro." Fonte: AGCM.

nell'arco di tre mesi sul processo di diradamento dei capelli, qualunque ne sia la causa e l'entità, possa, da un lato, arrestarne la caduta e, dall'altro, indurne la ricrescita."[165] Tuttavia, prosegue l'Antitrust, "si tratta di un prodotto con una valenza meramente cosmetica e, quindi, efficace solo sulla caduta dei capelli di tipo temporaneo e di entità lieve o moderata"[166]. Inoltre, "l'efficacia del trattamento espressa dall'elevata percentuale di riduzione della caduta ("*-72%*") rimane del tutto indimostrata. L'effetto ingannevole di tale indicazione è poi rafforzato dalle altre affermazioni che ammantano di innovatività e scientificità il prodotto in esame, corroborando nel consumatore l'idea che trattasi di una nuova scoperta capace di risolvere il problema della caduta dei capelli."[167]

Anche in questo caso, la sanzione ha tenuto conto della particolare rilevanza dell'impresa sul mercato e delle sue dimensioni per valutare la gravità del comportamento. Inoltre, quest'ultimo viene considerato particolarmente grave in quanto svolto in un settore che richiede un'attenzione ed una cautela maggiore rispetto agli altri, perché suscettibile di mettere a rischio la salute delle persone, oltre che per il notevole pregiudizio economico per i consumatori. Inoltre, è stata valorizzata la diffusione su mezzi di comunicazione capaci d raggiungere un numero molto elevato di consumatori e quindi di poter arrecare un maggiore danno.

---

[165] V. AGCM, Provvedimento n. 23427 del 12 marzo 2012.

[166] *Ibidem.*

[167] *Ibidem.*

4.2 Espansione di quote di mercato

L'espansione di quote di mercato è un importante obiettivo strategico sia dal punto di vista dei risultati economici di impresa, sia per i vantaggi che comporta per il marketing stesso.

Sul piano economico, l'impresa deve raggiungere un target di produzione minima indispensabile per avere un ritorno profittevole degli investimenti. Questo livello è stato stabilito in fase di progetto di prodotto, stabilendo a priori un obiettivo di prezzo e quantità sulla base del quale sono stati anche decisi e proporzionati gli investimenti.

Alla realizzazione del piano si è così definita una matrice di costi fissi e variabili con il risultato di definire il Break Even Point (BEP), ovvero il livello minimo di produzione sotto il quale si ha una perdita di esercizio che vanifica l'investimento fatto. Ne risulta che, al momento del lancio pubblicitario del prodotto, l'efficacia del messaggio è fondamentale e l'investimento pubblicitario è parte integrante e fondamentale dell'investimento industriale e proporzionale a quest'ultimo. Successivamente, ulteriori campagne pubblicitarie saranno necessarie sia qualora non si fosse raggiunto il livello desiderato, sia per mantenerlo, come è ampiamente sviluppato in tutte le teorie di marketing.

Inoltre, è anche importante accompagnare con una incisiva campagna pubblicitaria la presentazione del prodotto nella rete di vendita: nel caso di nuove imprese sarà estremamente difficile acquisire una rete di vendita in assenza di pubblicità efficace.

Dal punto di vista del marketing, obiettivo primario è l'incremento della distribuzione e l'aumento degli spazi espositivi: si rende quindi necessario un messaggio pubblicitario fortemente accattivante per i consumatori e tale da costituire garanzia di vendita per i distributori. Inoltre è opinione condivisa che l'aumento della quota di mercato incrementi la distribuzione e, ancora, che le marche con maggiore quota di mercato possano vantare un maggior numero di distributori.[168]

Una seconda considerazione è pertanto quella secondo cui è necessario innescare

---

[168] SHAW R. - MERRICK D., *op. cit.*, p. 69.

un circolo virtuoso nel quale l'aumento della quota di mercato incrementa la distribuzione e l'incremento della distribuzione incrementa nuovamente la quota di mercato.

Inoltre, è importante entrare per primi nel mercato nel caso di prodotti innovativi. A sostegno dell'importanza strategica di queste sinergie nel lancio del prodotto va detto che in ogni caso tutte le imprese devono fronteggiare il rischio che anche prodotti ben congegnati, che presentino benefici tangibili e caratteristiche apprezzabili, possono non avere successo, se non pubblicizzati efficacemente.

Molte teorie economiche supportano l'ipotesi che la pubblicità su ampia scala possa aumentare il potere di mercato di un'impresa e la sua capacità di aumentare il prezzo. Per esempio, nel settore farmaceutico, i consumatori sono maggiormente portati ad acquistare un prodotto di marca, piuttosto che uno generico, in quanto la pubblicità, e la notorietà che ne deriva, fa credere loro che vi sia una maggiore garanzia dell'efficacia e, conseguentemente, una buona motivazione a pagare un prezzo più elevato. Inoltre, più pubblicità viene effettuata, più i consumatori sono disposti a pagare un prezzo elevato in relazione ad una determinata quantità di tale prodotto. Tale *mark up* sul costo è ricavabile, tramite la pubblicità, grazie al potere di mercato conseguito dall'impresa.

Esiste, infatti, una relazione tra pubblicità e vendite e redditività del mercato: tanto maggiore è la pubblicità nell'industria, quanto più le quote di mercato sono soggette a cambiare nel tempo. Questa teoria dell'instabilità delle quote di mercato entra in contrasto con la teoria della persuasione, secondo cui la pubblicità aumenta la fedeltà del consumatore alla marca e pertanto ne impedisce il passaggio a prodotti concorrenti, rafforzando e stabilizzando le quote di mercato.

Di fatto è il potere di mercato a determinare l'elevato livello di pubblicità. Quando la pubblicità fornisce informazioni ai consumatori su prezzo, qualità e luogo in cui acquistare un prodotto, dovrebbe rafforzare la concorrenza e rendere difficile per un impresa che svolge commercio al dettaglio vendere un prodotto ad un prezzo maggiorato, essendo i consumatori a conoscenza della presenza di un sostituto perfetto o valido, ad un prezzo inferiore, reperibile nelle vicinanze. In questo caso, la pubblicità, agisce come forza pro-concorrenziale e contribuisce a ridurre la differenziazione del prodotto che deriva dalla conoscenza limitata del consumatore, relativa all'offerta locale, tale da non consentirgli di poter confrontare facilmente le disponibilità in altri punti

vendita.

Tuttavia, ci sono anche teorie che sostengono che la pubblicizzazione dei prezzi dei vari punti vendita al dettaglio intensifichi la concorrenza di prezzo, fino ad arrivare ad una vera e propria guerra dei prezzi. Tale operazione costringe le imprese in concorrenza a operare in perdita per un periodo di tempo limitato, ma indefinito, con l'unico fine di consumare le risorse finanziarie del concorrente, se esiste un'asimmetria tra le due aziende. [169]

L'espansione delle quote di mercato è un obiettivo strategico importantissimo e talvolta ossessivo per le imprese, soprattutto per quelle di medio grandi dimensioni quotate sui mercati azionari, le quali propongono obiettivi strategici ambiziosi agli azionisti ed agli investitori.

L'espansione delle quote di mercato è un obiettivo onnipresente nelle strategie di impresa, anche, e soprattutto, nelle imprese di maggiori dimensioni. Ad esempio, nella relazione di bilancio del 2013 della L'Oreal spa, si legge che l'anno di è concluso con ricavi per 23 miliardi di euro di prodotti cosmetici, con la prospettiva di un ambizioso progetto di espansione nei mercati internazionali per la cosmesi - con un incremento del 40% per il 2030 - e la quintuplicazione della spesa procapite nei paesi emergenti.

[169] PEPALL L., RICHARDS D. J. , NORMAN G., *op. cit.*

4.3 Concorrenza imperfetta, oligopolio, soglie di accesso e guerra dei prezzi

Molti autori hanno descritto le situazioni che si vengono a creare all'interno di mercati a concorrenza imperfetta e di oligopolio, le quali provocano spesso un'accesa conflittualità tra l'azienda dominante e le imprese subentranti. La letteratura sviluppa varie ipotesi di studio che possono essere così raggruppate: le barriere all'entrata, il prezzo limite e le barriere strategiche.

Secondo Bain[170] "le barriere all'entrata sono quelle condizioni che permettono nel lungo periodo alle imprese operanti nell'industria di elevare i prezzi di vendita al di sopra del punto di minimo della curva dei costi medi di produzione e di distribuzione senza nel contempo indurre concorrenti potenziali ad entrare nell'industria". La pubblicità, talvolta, è da considerarsi un costo irrecuperabile che può incrementare in modo significativo i costi di accesso in un settore, costituendo delle vere e proprie barriere all'ingresso.

Stigler[171] definisce le barriere all'entrata quale "un costo di produzione che deve essere sopportato da un'impresa che cerca di entrare in un'industria ma non è sopportato dalle imprese già attive in essa".

Sebbene siano diverse fra loro, queste definizioni evidenziano l'esistenza di asimmetrie fra l'impresa già operante sul mercato e le imprese che cercano di entrarvi. Queste asimmetrie sono riconducibili a tre fattori principali: vantaggi assoluti di costi, economie di scala e differenziazione del prodotto.

Nel caso della telefonia l'asimmetria più evidente delle tre è quella relativa all'economia di scala, poiché le imprese che intendono accedere a detto mercato devono coprire l'intero territorio nazionale e affrontare i costi per costituire la rete nazionale.

La teoria del prezzo limite sviluppata secondo il modello di Bain - Sylos Labini – Modigliani si basa sulle seguenti ipotesi.

La prima ipotesi consiste nel fatto che "sul mercato operi un monopolista minacciato da potenziali entranti"; la seconda "che tutte le imprese hanno accesso alla

---

[170] MILANO G., *Compendio di economia industriale*, Napoli, Simone, 2011. p.78 e ss.

[171] *Ibidem.*

stessa tecnologia caratterizzata da elevati costi fissi e a da rendimenti di scala crescenti"; la terza che "il potenziale entrante si aspetta che, in caso di sua effettiva entrata, l'impresa esistente non modificherà il suo livello di produzione (postulato di Sylos Labini).

La conseguenza che se ne può trarre è che il determinarsi di un'inevitabile riduzione dei prezzi in quanto l'output delle nuove imprese si andranno ad aggiungere a quella dell'impresa pre-esistente.

Nel caso dello sviluppo di reti telefoniche, per quanto riguarda la telefonia, le imprese devono provvedere alla costituzione di una propria rete radio, tuttavia la regolamentazione antitrust obbliga l'ex monopolista a condividere le reti fisse a prezzi concordati e controllati dall'autorità stessa.

In queste ipotesi, la strategia del monopolista sarebbe quella di collocarsi sul mercato al prezzo limite, ovvero a quella combinazione prezzo-quantità che non lasci al potenziale entrante una quota di mercato sufficiente per operare con profitto (quindi inferiore al BEP). Questa teoria viene criticata da taluni autori, che sostengono che la strategia del prezzo limite non sia la sola possibile da parte del monopolista, il quale, anzi, preferirebbe altri comportamenti perché applicandola si ridurrebbe permanentemente il loro profitto e si instaurerebbe un "gioco strategico" che potrebbe portare al cosiddetto equilibrio alla Cournot-Nash.

Secondo Cournot, quando si crea una situazione di oligopolio, le imprese - che sostengono costi simili e non dispongono delle informazioni riguardo alle strategie dei concorrenti - si allineano su uno stesso livello di produzione, ovvero tendono a raggiungere un'equivalenza di quote di mercato. Resta da sottolineare che, se le imprese "patteggiassero" una quota di mercato, incorrerebbero nelle sanzioni dell'antitrust perché avrebbero formato un cartello fra produttori. La teoria di Cournot non prevede la conoscenza delle mosse dell'altro, né l'ipotesi di un cartello che sarebbe altrimenti sanzionato dall'antitrust. Da queste considerazione emerge, quindi che: si genera forte conflittualità tra le imprese, si attuano misure volte ad elevare la barriera di entrata, si scatena una guerra dei prezzi e si realizza una segmentazione del mercato per costituire prezzi differenziati.

L'effetto di queste strategie sarà quello di impedire alle imprese entranti di raggiungere il BEP attraverso l'aumento dei costi di investimento e la riduzione delle

tariffe. Un'ulteriore strategia sarà quella di segmentare il mercato, creando discriminazioni di prezzo attraverso la conclusione di una pluralità di contratti. Le ultime due azioni (segmentazione del mercato e guerra dei prezzi), devono essere rese pubbliche alla più grande massa di potenziali clienti tramite campagne pubblicitarie specifiche, con l'effetto di elevare i costi di produzione a causa dei costi pubblicitari aggiuntivi; situazione che, tende ad aumentare l'effetto di barriera all'entrata, perché i costi pubblicitari saranno identici sia per le imprese dominanti che per quelle dominate.[172]

Secondo Joe Bain[173], il rapporto tra pubblicità e vendite di un settore economico può essere usato come misura delle barriere all'entrata. Nella sua teoria, l'autore sostiene che le imprese già presenti sul mercato e che hanno già fatto uso della pubblicità durante il loro ciclo di vita aziendale, hanno ottenuto un'identità di marca particolarmente difficile da superare dai nuovi entranti.

In quest'ultimo contesto, la realizzazione di pubblicità sanzionabili dall'AGCM è giustificato dall'obiettivo di concorrere a creare una forte barriera di entrata. Infatti, sebbene l'AGCM proporzioni le sanzioni alle dimensioni economiche delle imprese, queste hanno inciso meno sul fatturato di Telecom, rispetto ai concorrenti.

Precisamente, nel settore della telefonia, inizialmente era presente solamente Telecom Italia, che deteneva il monopolio sulle telecomunicazioni. Con la telefonia mobile, poi, si sono diffuse nuove compagnie, inizialmente Omnitel (che faceva parte del gruppo De Benedetti – Olivetti) e Wind (in origine gruppo Enel). Successivamente, Omnitel è stata ceduta alla multinazionale Vodafone ed è entrato nel settore anche H3G, del gruppo multinazionale Hutchison Whampoa Ltd. e dal 2011 Wind appartiene al gruppo russo Vimpelcom.

Nel biennio 2008-2010 la concorrenza tra le imprese è stata particolarmente "agguerrita" e numerosi sono stati anche gli interventi dell'AGCM che hanno comportato oneri da sole sanzioni, pari al 17% dei ricavi medi annui della telefonia mobile e che hanno inciso per una quota intorno al 15% del fatturato di Telecom, del 27% di Vodafone, del 23% di Wind e del 50% di H3G (Vedi tab. 1, 2, 3). Queste

---

172 *Ibidem*.

173 PEPALL L., RICHARDS D. J. , NORMAN G., *op.cit.*, p.352.

sanzioni si sono aggiunte ai costi delle campagne pubblicitarie.

Si può pertanto concludere che lo strumento pubblicitario è stato ampiamente utilizzato ed abusato all'interno di un conflitto tra imprese, confermando le teorie economiche precedentemente analizzate.

L'AGCM ha sanzionato le imprese in base al peso delle singole società sul mercato italiano, che in quegli anni era dominato da Telecom con oltre la metà del mercato. Tuttavia, le diversificazioni hanno comunque comportato un peso maggiore per le aziende minori.

Se, da una parte, dei provvedimenti dell'Autorità Garante, hanno avuto un effetto nei fatti distorsivo riguardo all'equilibrio del mercato italiano, favorendo l'impresa dominante, al contrario l'analisi del solo mercato italiano non è esaustiva dei rapporti di forza in gioco, in quanto sia Vodafone che H3G non possono essere intese come piccole imprese che tentano di entrare nel mercato, secondo i modelli di lettura suggeriti dalla teoria economica.

Le multinazionali Vodafone e Hutchison Wampoa, infatti, hanno ricavi annui rispettivamente pari a due volte e mezzo e due volte quelli di Telecom ed il patrimonio netto di Hutchison è il doppio di quello di Telecom Italia, mentre quello di Vodafone è il quadruplo (vedi tab. 4).

Telecom Italia risulta più debole dei concorrenti come equilibrio economico finanziario poiché il suo patrimonio netto è inferiore, anche se di poco, al valore dei ricavi, mentre Vodafone ha un patrimonio netto quasi doppio rispetto ai ricavi.

Oltre alla guerra pubblicitaria, si è scatenata una guerra dei prezzi tanto che, come segnalato nel bilancio di Vodafone al 31 marzo 2011, “la competizione sempre più accesa mantiene sotto pressione ricavi e margini consentendo in Italia i servizi migliori ed i prezzi più bassi in Europa”. Complice anche la crisi economica il mercato della telefonia si è ridotto sensibilmente dagli oltre 37 miliardi del 2007/2008 ai 27,7 del 2013 (prime quattro imprese).

Gli effetti di questa battaglia sono stati molto modesti perché la quota di mercato di Telecom si è attestata al 55% nel 2013 rispetto al 59% del 2007/2008, quella di Vodafone è rimasta sostanzialmente invariata poco sopra il 20% e quella di H3G intorno al 5/6%. Infine, Wind è l'unica compagnia che ha avuto un trend positivo di quote di mercato passando dal 14% al 17%.

Dal 2011 si è verificata una forte riduzione dell'ammontare delle sanzioni che si sono praticamente annullate nel 2013.

Tirando le somme, la competizione in corso sul mercato della telefonia si è dimostrata, un conflitto fra multinazionali per la spartizione del mercato italiano all'interno di un processo di concentrazione internazionale delle telecomunicazioni. Dal 2013, Telecom è oggetto delle attenzioni di altri operatori telefonici internazionali, interessati all'acquisto del pacchetto azionario di controllo.

Negli ultimi anni si è assistito ad una riduzione della conflittualità causata da un'erosione degli utili anche per l'ex monopolista Telecom, senza avere un vincitore o un vinto.

Al grande pubblico sembra trattarsi di una guerra impari tra il gigante Telecom e i piccoli nuovi entranti, invece, ci troviamo di fronte ad una guerra tra colossi internazionali, dove Telecom è l'unica società italiana con controllate all'estero e non viceversa, come per le sue concorrenti.

Nel corso dei diversi provvedimenti dell'AGCM nel settore della telefonia mobile, come negli altri settori, si può notare che vengono sanzionate le imprese con il solo riferimento al mercato italiano, ma questo significa proporzionare le sanzioni pecuniarie, per quanto riguarda Telecom, sull'impresa controllante (considerando anche i dati consolidati di Telecom Brasile e quindi sovradimensionando il volume di affari e patrimoniale), e per le altre solo sulla controllata italiana, con un diverso apporto ed una diversa stima di ricavi e costi.

Peraltro, in base ai dati rilevati tutto questo *battage* non ha modificato significativamente la ripartizione delle quote di mercato.

Nelle tabelle successive, si riepilogano i dati economici sopra citati.

Tab. 1. Mercato italiano della telefonia, riferimento al fatturato delle prime quattro società nel periodo di tempo dal 2007 al 2013 (milioni euro).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Prime quattro società							
Telecom[174]	22025	21984	20474	18985	18045	16940	15304
Vodafone[175]	8236	8335	8492	8316	8028	6997	5790
Wind[176]	5139	5327	5726	5384	5431	5269	4828
3G[177]	2018	1725	1647	1738	1782	1965	1746
TOTALE	37418	37371	36339	34423	33286	31171	27668

Fonte: bilanci annuali

Tab. 2. Mercato italiano della telefonia, riferimento alle percentuali relative del mercato delle prime quattro società nel periodo di tempo dal 2007 al 2013.

Mercato italiano telefonia Percentuali relative	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Prime quattro società							
Telecom	59%	59%	56%	55%	54%	54%	55%
Vodafone	22%	22%	23%	24%	24%	22%	21%
Wind	14%	14%	16%	16%	16%	17%	17%
3G	5%	5%	5%	5%	5%	6%	6%
TOTALE	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

[174] TELECOM ITALIA SPA, *Relazione finanziaria annuale*, dal 2007 al 2013, consultabili su: www.telecomitalia.it

[175] *VODAFONE ITALIA SPA, Risultati Annuali dal 2007*, http://www.vodafone.it/

[176] WIND TELECOMUNICAZIONI SPA, *Bilancio consolidato*, dal 2007 al 2013, consultabili su: http://www.windgroup.it

[177] HUTCHISON WHAMPOA LTD, *Annual Report*, dal 2007 al 2013, consultabili su: www.hutchison-whampoa.com

Tab. 3. Sanzioni prime quattro società, percentuale sui ricavi annui.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	TOTALE 2007-2013
Telecom	2%	10%	19%	6%	2%	3%	1%	6%
Vodafone	3%	23%	32%	8%	2%	8%	0%	12%
Wind	1%	22%	24%	5%	2%	5%	0%	9%
3G	4%	70%	33%	47%	35%	8%	0%	27%
TOTALE	3%	17%	17%	8%	4%	5%	0%	8%

Fonte: AGCM.

Tab. 4. Dimensione economica delle prime quattro società internazionali presenti sul mercato italiano della telefonia, al tasso di cambio attuale (agosto 2014) (milioni euro).

RICAVI	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Telecom[178]	29000	27163	27571	29957	25759	23407
Vodafone[179]	51271	55590	57355	58021	55569	49411
Vinpelcom[180]		6519	7778	15037	17111	16667
Hutchison Whampoa Limited[181]	33498	28899	30682	37280	38261	39705
PATRIMONIO NETTO	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Telecom	26328	27120	32555	26695	23012	20186
Vodafone	105971	113513	109451	97753	90610	89726
Vinpelcom		3113	7713	11039	10925	6724
Hutchison Whampoa Limited	28090	31185	34352	38339	42167	45792

Detta analisi ci permette di concludere che la pubblicità riveste un ruolo fondamentale nella strategia dell'impresa e che, nel caso della telefonia mobile, essa è

[178] TELECOM ITALIA SPA, *Relazione finanziaria annuale*, dal 2008 al 2013, consultabili su: www.telecomitalia.it

[179] VODAFONE GROUP LTD, *Vodafone announces results for the year ended …*, dal 2008 al 2013 consultabili su: www.vodafone.com

[180] VINPELCOM LTD, *Annual Report*, dal 2009 al 2013. consultabili su: www.vinpelcom.com

[181] HUTCHISON WHAMPOA LTD, *Annual Report*, dal 2008 al 2013 consultabili su: www.hutchison-whampoa.com

stata usata e spesso abusata all'interno di una vera e propria guerra concorrenziale tra le imprese per il dominio del mercato, utilizzando allo scopo di aggravare gli oneri di ingresso dei concorrenti, anche il sistema sanzionatorio.

Nonostante ciò che dice Vodafone[182], secondo cui i servizi e le tariffe sono i migliori d'Europa, tale risultato vantaggioso per i consumatori italiani sarebbe derivante, paradossalmente, anche dall'abuso di pubblicità scorretta.

[182] "Abbiamo continuato a seguire una strategia di costanti investimenti in Italia - ha affermato Paolo Bertoluzzo, Amministratore Delegato di Vodafone - anche in una fase economica delicata e in un settore dove la competizione sempre più accesa mantiene sotto pressione ricavi e margini, consentendo in Italia i servizi migliori e i prezzi più bassi in Europa." V. i risultati Annuali al 31 marzo 2011. Consultabili su http://www.vodafone.it/portal/Vodafone-Italia/Chi-siamo/Obiettivi-e-risultati/Risultati-Finanziari/Risultati-finanziari-dal-2007#17

CONCLUSIONI

Lo sviluppo della tesi ha confermato la validità della normativa comunitaria e nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole e comparativa e dell'azione puntuale dell'AGCM che tiene in grande conto le segnalazioni dei privati cittadini, le quali costituiscono il punto di partenza per la gran parte delle istruttorie avviate e dei provvedimenti presi.

Si sono, però, evidenziati alcuni limiti della legislazione vigente che potrebbero essere rivisti dal legislatore nazionale: infatti il potere dell'AGCM, potrebbe tener conto meglio dell'appartenenza delle imprese a grandi gruppi multinazionali nel calcolo delle sanzioni, anziché riferirsi soltanto alla divisione italiana ed al fatturato realizzato in Italia, equiparandole di fatto ad imprese operanti solamente nel territorio nazionale.

Sarebbe auspicabile, il superamento degli importi minimi e massimi delle sanzioni per tener conto delle enormi differenze di fatturato delle micro-imprese rispetto alle multinazionali. Attualmente l'importo delle sanzioni è in rapporto di 1 a 100 e non tiene conto del rapporto di fatturato di 1 a oltre 10.000.

Una proposta potrebbe essere quella di indicare i minimi ed i massimi come percentuali dei fatturati delle imprese, specie ove si consideri che in molti settori, come ad esempio le telecomunicazioni, il settore energetico o bancario, non possono essere deliberate sospensioni dei servizi che recherebbero un maggior danno ai consumatori oggetto dell'azione di tutela, e quindi la sanzione pecuniaria resta di fatto l'unica sanzione applicabile.

Dal punto di vista delle imprese una pubblicità ingannevole può risultare efficace per lo sviluppo commerciale, infatti, si è potuto constatare che questi comportamenti scorretti possono essere volontariamente reiterati nonostante la consapevolezza delle sanzioni che vengono affrontate come ulteriori costi connessi alla pubblicità.

La pubblicità svolge un ruolo da protagonista nella concorrenza tra imprese, permettendo di agire su domanda, quote di mercato e prezzi. Questo porta ad avere una situazione paradossale in cui la pubblicità ingannevole ha talvolta favorito una riduzione dei prezzi o una maggiore disponibilità dei prodotti e offrendo un indubbio vantaggio per i consumatori, come nel caso della telefonia mobile, ove le tariffe italiane risultano le più vantaggiose a livello europeo.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali,* Milano, Giuffrè, 2007.

AGCM, *Antitrust e consumatori,* Roma, 2009, consultabile su: www.agcm.it.

AGCM, *Bollettino settimanale,* Roma, consultabile su: www.agcm.it.

AGCM, *Pubblicità ingannevole e comparativa: piccola guida per la tutela del consumatore,* Roma, 2002, consultabile su: www.agcm.it.

AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta,* Roma, consultabile su: www.agcm.it

APA E., *La pubblicità commerciale,* Napoli, Jovene, 2011.

AUTERI P., *La disciplina della pubblicità* in AA. VV, ., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza,* Torino, Giappichelli, 2012.

BURRESI A., AIELLO G., GUERCINI S. (a cura di), *Marketing per il governo d'impresa,* Torino, Giappichelli, 2006.

CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune* in *Contratti e impresa Europa, 2007.*

COLLESEI U., *Gli strumenti di comunicazione,* in AA. VV., *La comunicazione d'azienda: strutture e strumenti per la gestione,* Torino, ISEDI, 2004.

CORTE COSTITUZIONALE, 17 ottobre 1985, n. 231, in *Giur. Cost.,* 1985, 1879. *Sentenza* CORTE DI CASSAZIONE, 23 novembre 1999, n. 12993

D'ANTONIO V., SCIANCALEPORE G., *Le pratiche commerciali* in AA. VV., "*La tutela del consumatore*", Torino, Giappichelli, 2009.

DE CRISTOFARO G. in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori – La Direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano,* Torino, Giappichelli, 2007.

DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29 Ce nel diritto italiano*

(decreti legislativi nn.145 e 146 del 2 agosto 2007), Torino, Giappichelli, 2008.

DEODATO G., *L'autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì*, in *Impresa e Stato*, n.85, 2008.

DI NELLA L., *Le pratiche commerciali aggressive*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29 Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn.145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, Giappichelli, 2008.

DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, UTET, 2008.

DONVITO R., *Il posizionamento competitivo*, in BURRESI A., AIELLO G., GUERCINI S. (a cura di), *Marketing per il governo d'impresa*, Torino, Giappichelli, 2006.

FLORIDIA G., *La tipizzazione normativa* in AA. VV., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012.

GAGLIARDI A., *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, UTET GIURIDICA, 2009.

HUTCHISON WHAMPOA LTD, *Annual Report*, 2008-2013 consultabili su:, www.hutchison-whampoa.com

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006.

L'OREAL S.A., *Rapport d'activité 2013,* consultabile su:, www.loreal.com

Mark up, n. 167, maggio 2008. http://www.mark-up.it/ articoli/

MILANO G., *Compendio di economia industriale*, Napoli, Simone, 2011.

PEPALL L., RICHARDS D. J. , NORMAN G., *Organizzazione industriale*, Milano, McGraw-Hill, 2009.

RANFAGNI S., *Le decisioni sul prodotto*, in BURRESI A., AIELLO G., GUERCINI S. (a cura di), *Marketing per il governo d'impresa*, Torino, Giappichelli, 2006.

RIES A., TROUT J., *Positioning: the battle for your mind*, New York, McGraw-Hill, 1981.

SHAW R., MERRICK D., *Marketing Payback, il contributo del marketing alla redditività dell'impresa*, Torino, Prentice Hall, 2006.

SICA S., D'ANTONIO V., *Pubblicità ingannevole e comparativa*, in AA. VV.

Commentario del Codice del consumo – inquadramento sistematico e prassi applicativa, Milano, Ipsoa, 2006.

SPADA P., *Regole e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo della sovranità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

UBERTAZZI L. C., *Concorrenza sleale e pubblicità*, Milano, Cedam, 2008

UNIONE EUROPEA; *Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione Europea*, Bruxelles, 2001.

TADDEI ELMI G., *Artt. 27 - 27 quater, in Codice del Consumo - Aggiornamento – Pratiche commerciarli scorrette e azione collettiva*, a cura di VETTORI G., Milano, Cedam, 2009.

TELECOM ITALIA SPA, *Relazione finanziaria annuale*, 2007-2013, consultabili su: www.telecomitalia.it

VIGNUDELLI A., *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, Maggioli, 1983.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993.

VINPELCOM LTD, *Annual Report*, 2009-2013, consultabili su: www.vinpelcom.com

VODAFONE GROUP LTD, *Vodafone announces results for the year ended ...*, 2008-2013, consultabili su:, www.vodafone.com

VODAFONE ITALIA SPA, *Risultati Annuali dal 2007*, consultabile su: http://www.vodafone.it/

WIND TELECOMUNICAZIONI SPA, *Bilancio consolidato*, 2007-2013, consultabili su: http://www.windgroup.it