

LA PUBBLICITÀ COMPARATIVA NELL'UNIONE EUROPEA*

Prof. Dott.
Carlos Lema Devesa
Professore di Diritto Commerciale presso la
UCM
Avvocato

* Traduzione del testo della Conferenza all'italiano a cura della Dott.ssa Arianna Luccardi Tomassetti, Prof.ssa Collaboratrice presso l'Università Complutense di Madrid.

I.- INTRODUZIONE.

Nel mercato globalizzato, caratteristico del XXI secolo, la pubblicità non rappresenta solo un'arma necessaria per gli imprenditori, nella difficile lotta competitiva che devono condurre quotidianamente, ma rappresenta anche uno strumento indispensabile per i consumatori. Infatti, il diritto alla libertà di scelta di prodotti e servizi verrebbe notevolmente limitato se il consumatore non avesse a disposizione la pubblicità.

Nella spietata lotta competitiva per ottenere le preferenze del consumatore, l'imprenditore deve impegnarsi per dimostrare che i suoi prodotti o servizi superano i prodotti o servizi dei suoi concorrenti. Questa superiorità la può esprimere attraverso la pubblicità comparativa; modalità sempre più frequente nel mercato.

Diversamente da quanto si possa supporre, la pubblicità comparativa è un istituto molto antico. Gli studiosi della storia della pubblicità considerano che (probabilmente) la prima pubblicità comparativa apparve su un vaso greco del V secolo a.C., in cui il ceramista Eutimide affermava che il suo prodotto "è superiore ai vasi di Eufonio".

Ebbene, nel decennio degli anni 80 del secolo scorso, nell'ambito dell'Unione Europea, si avanzò la necessità di unificare la regolamentazione della pubblicità comparativa. Tale necessità obbediva, tra le altre cose, a due cause fondamentali. In primo luogo, la pubblicità e (di conseguenza) la pubblicità comparativa, superano le frontiere dei relativi Stati membri. Pertanto una pubblicità comparativa può andare al di là del mercato nazionale in cui si è diffusa. Per ottenere, quindi, un mercato unico efficiente era necessario unificare le legislazioni degli Stati membri in questa materia. In secondo luogo, gli Stati che costituivano l'Unione Europea avevano delle regole molto diverse per quanto riguarda la pubblicità comparativa. Alcuni proibivano questa modalità pubblicitaria, mentre altri la consentivano.

In quest'ultimo caso, stabilivano diversi requisiti di liceità. Ovviamente non si potevano mantenere tali differenze; pertanto si è stabilita l'apposita Direttiva comunitaria.

II.- ANTECEDENTI DELLA REGOLAMENTAZIONE DELLA PUBBLICITÀ COMPARATIVA NELLA UE.

1. La Direttiva sulla pubblicità ingannevole del 1984.

Nella Direttiva sulla pubblicità ingannevole la pubblicità comparativa non era prevista. Infatti, la Direttiva del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, regolava soltanto la pubblicità falsa. Tuttavia questa Direttiva rappresentava una prima fase ai fini di stabilire una disciplina di determinate figure pubblicitarie. Ciò viene spiegato nell'esposizione dei motivi della citata Direttiva, che indica che il legislatore comunitario dovrà "in una seconda fase, prevedere una normativa in merito alla pubblicità sleale, nonché - se necessario - alla pubblicità comparativa".

2. La modifica della Direttiva del 1984, per includere la pubblicità comparativa.

Dopo tredici anni di vigenza della Direttiva sulla pubblicità ingannevole, il legislatore comunitario ha considerato opportuno inserire la regolamentazione della pubblicità comparativa nella stessa. Con la Direttiva del 6 ottobre 1997 è stata modificata la precedente Direttiva, per armonizzare la regolamentazione della pubblicità comparativa nell'Unione Europea. In tal senso sono stati presentati come argomenti non solo il fatto che tale istituto stimola la concorrenza, ma anche che la pubblicità comparativa, costituisce "un mezzo legittimo per informare i consumatori nel loro interesse". D'altro canto si definiva la pubblicità comparativa e si stabilivano né più né meno che otto requisiti di

liceità. Per gli imprenditori, evidentemente, non era facile soddisfare tutti questi requisiti.

3. Ulteriore modifica, attraverso la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali del 2005.

Successivamente, il regime giuridico della pubblicità comparativa venne riformato, con la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei loro rapporti con i consumatori, dell'11 maggio 2005, che modificò la Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa. Nello specifico, le modifiche vennero impostate ai fini dell'eliminazione di un presupposto speciale: la pubblicità comparativa in caso di offerte speciali. D'altro canto, con l'introduzione del divieto della pubblicità comparativa ingannevole, si aggiunse la menzione, negli articoli 6 e 7 della Direttiva, alle pratiche commerciali sleali; precetti che contemplano la pubblicità falsa. Infine, con l'eliminazione della pubblicità comparativa che portava alla confusione si elimina la menzione "nel mercato" per aggiungere la confusione "tra professionisti" (*rectius* empresarios).

III.-LA DIRETTIVA SULLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA DEL 2006.

Dal momento che la vecchia Direttiva del 10 settembre 1984 era stata oggetto delle citate modifiche, il legislatore comunitario procedette alla sua codificazione; venne quindi pubblicata la Direttiva del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa che, in realtà, è una versione modificata della precedente Direttiva del 1997.

Un'analisi della Direttiva del 2006 richiede di sottolineare determinati aspetti. In primo luogo, per quanto riguarda la pubblicità comparativa, si tratta di una Direttiva "di massima". In base al suo art. 8.4, il legislatore nazionale non può stabilire una protezione più ampia; vale a dire che non può stabilire ulteriori requisiti per l'ammissione di questa modalità pubblicitaria. In secondo luogo, i requisiti di liceità della pubblicità comparativa sono cumulativi. Di conseguenza,

affinché questa figura sia lecita devono essere totalmente soddisfatti. In terzo luogo la pubblicità comparativa deve rispettare, ovviamente, quanto stabilito in altre norme comunitarie; Nello specifico il Regolamento del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari; nonché la Direttiva del 21 dicembre 1985, relativa al riavvicinamento delle disposizioni degli Stati membri sui marchi.

A tale riguardo non bisogna dimenticare che il titolare del marchio registrato gode di un diritto esclusivo, che include lo "ius prohibendi", che gli concede la facoltà di impedire che un terzo utilizzi un segno identico o simile al suo marchio. Tuttavia, per realizzare una pubblicità comparativa, può essere necessario citare il marchio del prodotto o servizio del concorrente. Per questo, nel caso della pubblicità comparativa, il diritto di esclusiva è soggetto a una limitazione e si consente la citazione del marchio altrui, nella misura in cui vengano soddisfatti i requisiti della Direttiva in analisi.

IV.- IL CONCETTO DI PUBBLICITÀ COMPARATIVA.

La Direttiva del 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa presenta, nel suo Art. 2, varie definizioni; tra le altre, la definizione di pubblicità comparativa. Il citato precetto definisce questa modalità pubblicitaria come *“qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”*.

Come dice l'antico aforismo latino *“omnis definitio periculosa est”*. Dal mio punto di vista, in effetti, la citata definizione è piuttosto pericolosa, dal momento che è sfortunata.

La prima critica che si può avanzare è che l'art. 2 della Direttiva non definisce la pubblicità comparativa ma, come indica Tato Plaza, include il concetto di pubblicità allusiva (*bezugnehmende Werbung*). Figura che

costituisce un “Oberbegriff”: si riferisce alla pubblicità che identifica uno o più concorrenti. Nell'ambito del concetto di pubblicità allusiva si possono includere altre modalità pubblicitarie, che identificano un concorrente e che, tuttavia, non sono pubblicità comparativa.

In primo luogo, la pubblicità denigratoria, che rappresenta una forma di concorrenza basata sull'ostruzionismo, in cui si cita un concorrente, i suoi prodotti o i suoi segni distintivi, per screditarlo dinanzi al pubblico dei consumatori.

In secondo luogo, la pubblicità parassitaria, in cui l'operatore pubblicitario confronta i prodotti o servizi con quelli di un concorrente e ottiene un beneficio a scapito della reputazione altrui. Ciò avviene quando l'imprenditore utilizza delle tabelle di equivalenza per indicare al consumatore che il prodotto pubblicizzato, generalmente sconosciuto, corrisponde a quello di un marchio famoso. Si verifica un caso di pubblicità parassitaria anche quando si cita il marchio di terzi in modo ingiustificato.

In terzo luogo, la pubblicità che ingenera confusione, che si verifica quando nelle sue pubblicità, l'operatore pubblicitario induce o può indurre a confusione con aziende, segni distintivi o prodotti della concorrenza. Nel citato rischio di confusione, si include il rischio di associazione.

Un'ulteriore critica nei confronti della pubblicità comparativa è il fatto che la definizione della stessa non include la caratteristica fondamentale di questa modalità pubblicitaria. Caratteristica che è stata sottolineata molti anni fa dal Prof. Fernández Novoa; vale a dire: la pubblicità comparativa deve contrapporre i prodotti o servizi propri a quelli altrui, presentando la superiorità dei primi sui secondi.

Queste critiche vengono superate dalla definizione di pubblicità comparativa che ha proposto il Prof. Tato Plaza, in base al quale la pubblicità comparativa è “quella pubblicità in cui l'imprenditore operatore pubblicitario

confronta la sua offerta con quella di uno o più concorrenti, identificati o identificabili inequivocabilmente, con il risultato, diretto o indiretto, di evidenziare i vantaggi dei propri prodotti o servizi rispetto a quelli altrui".

Sulla base di tutto ciò, alla luce della reiterata giurisprudenza della CGUE (tra le altre, la sentenza del 12 giugno 2008 [caso 02 Holding Ltd]) la Direttiva include *“una definizione ampia, che permette di includere tutte le forme di pubblicità comparativa, per cui è sufficiente che sussista un messaggio che faccia, anche implicitamente, riferimento a un concorrente o ai beni o ai servizi da questo offerti perché si abbia pubblicità comparativa”*.

Il requisito affinché esista pubblicità comparativa risiede nella allusione esplicita o implicita al prodotto o servizio del concorrente. Nel primo presupposto, l'operatore pubblicitario citerà il marchio, il nome commerciale, la ragione sociale o qualsiasi altro elemento che identifichi espressamente l'azienda, i prodotti o servizi concorrenti. Nel secondo presupposto, l'allusione implicita ai concorrenti porta più problemi. Non basta un'allusione generica ai concorrenti affinché vi sia pubblicità comparativa; in questo caso, probabilmente, ci si trova di fronte a un presupposto di pubblicità di tipo escludente. È necessario un riferimento inequivocabile a uno o più concorrenti. Per dirlo in altre parole, il pubblico dovrà identificare, senza alcun tipo di dubbio, il concorrente o i prodotti o servizi concorrenti a cui si fa riferimento nella pubblicità. In questo senso, nella sentenza della CGUE del 19 aprile 2007 (caso De Landtsheer) si dichiarò che si può considerare pubblicità comparativa un messaggio pubblicitario che cita un tipo di prodotti, ma non un'impresa o prodotto determinati, a condizione che sia possibile identificare l'azienda o i prodotti che offre la stessa, dal momento che la pubblicità vi allude.

In pratica, quindi, la Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa offre un concetto criticabile di pubblicità comparativa. D'altro canto, la CGUE specifica e delimita correttamente la pubblicità comparativa.

V.- I REQUISITI DI LICEITÀ DELLA PUBBLICITÀ COMPARATIVA.

Se si considera che la tanto citata Direttiva ha lo scopo di regolamentare la pubblicità comparativa, è logico che stabilisca i requisiti di liceità di questa modalità pubblicitaria. Per questo non ci si sbaglia se si afferma che la pubblicità comparativa "di per sé" non è lecita. Per dirlo in altre parole, nell'ambito dell'Unione Europea la pubblicità comparativa non è sempre consentita. Ben lungi da essere così, la stessa deve soddisfare determinati requisiti per essere lecita; e, in base alla sentenza del CGUE del 18 novembre 2010 (caso Lidl SNC), "la liceità della pubblicità comparativa debba essere valutata, in tutta l'Unione, unicamente alla luce dei criteri stabiliti dal legislatore dell'Unione".

Prima dell'analisi dei requisiti di liceità, occorre avvertire che il relativo confronto non si deve effettuare, necessariamente, con tutti i prodotti o servizi concorrenti. Piuttosto, è possibile che il confronto venga effettuato con un solo prodotto o servizio. Questo parere trova sostegno nello stesso testo comunitario che, definendo questa modalità pubblicitaria, allude ai beni o servizi offerti da "un concorrente". Questo parere si basa sulla sentenza della CGUE dell'8 novembre 2003 (caso Pippig Augenoptic), in cui venne puntualizzato che l'esercizio della libertà economica dell'operatore pubblicitario gli concede la facoltà di scegliere il numero di prodotti o servizi paragonati.

1. Requisiti relativi all'oggetto del confronto.

Nell'ambito di questo paragrafo possiamo includere i requisiti di cui all'art. 4 b), e), g) della Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

1.1 I beni paragonati devono soddisfare le stesse necessità o avere lo stesso scopo.

La Direttiva non esige che i beni (mobili o immobili) o servizi, oggetto del confronto, siano identici. Ben lungi da essere così, richiede soltanto che questi

beni o servizi soddisfino le stesse esigenze o abbiano lo stesso scopo. Di conseguenza sarà lecito il confronto tra un viaggio Madrid-Barcellona in aereo o con il treno ad alta velocità.

Per quanto riguarda l'esigenza di soddisfare le stesse necessità, la CGUE, nella sentenza del 19 settembre 2006 (caso Lidl Belgio) ha sostenuto che questo requisito implica che i beni o servizi siano sufficientemente intercambiabili o sostituibili per il consumatore. E nella sentenza del 19 aprile 2007 (caso De Landtsheer) la citata Corte aggiunse che la valutazione del livello di sostituzione “va condotta alla luce degli obiettivi della Direttiva e dei principi enucleati nella giurisprudenza della Corte”. L'obiettivo di questo requisito (soddisfare le stesse necessità o avere lo stesso scopo), in base alla sentenza della CGUE del 18 novembre 2010 (caso Lidl SNC) risponde al fatto che la caratteristica della pubblicità comparativa è l'identificazione del “concorrente” dell'operatore pubblicitario o dei suoi beni e servizi e la condizione di “imprese concorrenti” medesima si basa sul carattere sostituibile dei prodotti o servizi che tali imprese offrono nel mercato. È necessaria quindi un'analisi dei criteri che consentano di dedurre l'esistenza di un rapporto di concorrenza, nella gamma di prodotti offerti dall'impresa dell'operatore commerciale e dall'impresa concorrente.

Dal mio punto di vista, possono sorgere dei dubbi quando si parla del fatto che tali beni o servizi hanno lo stesso scopo. Come ho già detto in precedenza, il testo comunitario pecca di generalizzazione dal momento che, in base a quanto stabilito letteralmente dall'art. 4 b) della Direttiva, sarebbe lecita la pubblicità comparativa tra fiori e cioccolatini, visto che perseguono lo stesso scopo: sono un oggetto da regalare. Ciononostante, questa conclusione è inammissibile, dal momento che la natura dei fiori e dei cioccolatini è radicalmente diversa. Pertanto, per soddisfare questo requisito, i prodotti devono appartenere allo stesso genere.

1.2 I prodotti con denominazione d'origine.

Forse per l'importanza che rivestono, ai giorni nostri, le denominazioni d'origine, l'articolo 4, paragrafo e) della Direttiva prevede il requisito secondo cui la pubblicità comparativa, relativa a prodotti con denominazione d'origine, si debba realizzare con prodotti di quella stessa denominazione d'origine. In tal modo, si cerca di adempiere alle norme contenute nel Regolamento del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in base a quanto specificato nell'esposizione dei motivi della Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

Il fatto di esigere il confronto di un prodotto tutelato da una denominazione d'origine con altri prodotti della stessa denominazione d'origine, obbedisce al fatto che, altrimenti, la pubblicità comparativa sarebbe illecita. Non si può affermare che un prodotto, che non appartiene a una denominazione d'origine, goda delle "peculiarità" dei prodotti di tale denominazione. Per questo il confronto non potrebbe riguardare le stesse caratteristiche dei prodotti.

Ad ogni modo, esiste la possibilità di effettuare una pubblicità comparativa di un prodotto privo di denominazione d'origine rispetto ad un prodotto tutelato da una denominazione d'origine. Lo ha sancito la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 19 aprile 2007 (caso De Landtsheer). Nello specifico, in questa sentenza si considerò che *"la condizione di liceità della pubblicità comparativa prevista all'art. 3 bis, n. 1, lett. f), della Direttiva (attualmente art. 3 e) della Direttiva) valga anche nel caso in cui il messaggio rapporti un prodotto privo di denominazione d'origine a uno che ne è invece provvisto"*. A tale riguardo, la CGUE sostiene che la pubblicità comparativa è ammessa qualora non ottenga indebitamente un vantaggio dalla reputazione delle denominazioni d'origine del prodotto concorrente. Sicché, la citata sentenza puntualizza che *"l'effetto utile della disposizione sarebbe in parte compromesso se fosse vietato comparare prodotti privi di denominazione d'origine con prodotti che invece recano tale denominazione"*. Alla luce di tutto ciò, la CGUE concluse che, se vengono rispettati i requisiti di liceità della pubblicità comparativa, non si può accettare una protezione delle denominazioni d'origine il cui effetto sia il divieto

assoluto di comparare dei prodotti privi di denominazione d'origine, con prodotti che invece recano tale denominazione. Non va comunque dimenticato, come indica la Prof.ssa Ortuño Baeza, che l'illiceità del confronto, in tal caso, potrebbe derivare dal fatto che la pubblicità comparativa cerca di ottenere in modo illecito i vantaggi provenienti dalla fama della denominazione d'origine, che tutela il prodotto concorrente.

1.3 I cosiddetti “prodotti-imitazione”.

Sulla base del requisito sancito dall'Art. 4 g) della Direttiva, va sottolineato che non tutti i prodotti possono essere oggetto di pubblicità comparativa. Infatti, vengono esclusi espressamente da questa modalità pubblicitaria i prodotti o servizi che costituiscono “un'imitazione o copia” di un prodotto o servizio identificati attraverso un marchio o nome commerciale protetto.

L'aggettivo “protetto” fa sorgere il dubbio se tali segni distintivi che identificano il prodotto devono essere registrati presso il relativo Ufficio dei Marchi; o se, invece, si tratta di segni distintivi che possono essere oggetto di protezione legale, pur non essendo registrati presso un Ufficio dei Marchi. Dal mio punto di vista si deve interpretare in senso lato il termine “marchio o denominazione commerciale protetti”, includendo i marchi o le denominazioni commerciali che, nonostante non siano depositati, godono di notorietà nel mercato in cui si realizza la pubblicità comparativa.

D'altro canto, tale requisito è stato analizzato nella sentenza della CGUE del 18 giugno 2009 (caso L'Oreal, S.A.) che giudicò la pubblicità effettuata attraverso delle tabelle di equivalenza (“elenchi comparativi” nella terminologia della CGUE). In questa sentenza si sostenne che era irrilevante il fatto che in tale pubblicità comparativa si indicasse che il prodotto pubblicizzato è un'imitazione di un prodotto protetto dal marchio. Per essere più precisi, si dichiarò espressamente: *“L'oggetto specifico della condizione posta dall'art. 3 bis, n. 1, lett. h), della direttiva 84/450 consiste nel vietare all'operatore pubblicitario di far figurare, nella pubblicità comparativa, il fatto che il prodotto o*

il servizio da lui commercializzato costituisce un'imitazione o una riproduzione del prodotto o del servizio del marchio. A tale riguardo, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 84 delle sue conclusioni, sono vietati non solamente i messaggi pubblicitari che richiamano esplicitamente l'idea dell'imitazione o della riproduzione, ma parimenti quelli che, tenuto conto della presentazione globale e del contesto economico in cui sono inseriti, sono idonei a trasmettere implicitamente siffatta idea al pubblico destinatario". Pertanto la CGUE considerò che l'operatore pubblicitario otteneva "indebitamente" un vantaggio dalla reputazione del marchio oggetto del confronto.

2. Requisiti relativi ai parametri del confronto.

Il paragrafo c) dell'articolo 4 della Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa richiede che la pubblicità comparativa venga effettuata di modo che "confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi".

2.1. L'obiettività nel confronto.

In primo luogo, la Direttiva richiede che l'operatore pubblicitario realizzi, obiettivamente, il confronto pubblicitario. Questo requisito di obiettività nel confronto porterà all'illiceità della pubblicità comparativa, qualora l'operatore pubblicitario realizzasse il confronto in modo soggettivo.

Orbene, come abbiamo già detto in un'altra occasione, un imprenditore si troverà con certe difficoltà ad agire in modo obiettivo quando compara i suoi prodotti o servizi con quelli dei suoi concorrenti. La Direttiva richiede che l'operatore pubblicitario sia solo giudice, e non parte, nel relativo "giudizio comparativo". L'operatore pubblicitario dovrà, perciò, adottare le misure necessarie e realizzare gli sforzi necessari per mantenere la citata obiettività.

2.2. Le caratteristiche oggetto di confronto devono essere essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative.

Va sottolineato che la Direttiva non richiede che l'operatore pubblicitario includa nel confronto tutte le caratteristiche del relativo prodotto. Ad ogni modo, le caratteristiche oggetto di confronto devono essere corredate da quattro note, che sono cumulative: essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative. Si deve anche tener presente che, nella pubblicità comparativa, l'operatore pubblicitario non può omettere delle caratteristiche, che includano tali note, e che sono strettamente vincolate alle caratteristiche comparate. In tal caso potrebbe sorgere un confronto pubblicitario ingannevole, per omissione o silenzio dell'operatore pubblicitario, se tale omissione può indurre in errore il consumatore. Così si è espressa la sentenza della CGUE dell'8 aprile 2003 (caso Pippig Augenoptik) in merito all'omissione di un marchio famoso nel relativo confronto. E nell'ulteriore sentenza del 18 novembre 2010 (caso Lidl SNC), indicò che una pubblicità comparativa può essere ingannevole se la decisione di acquisto dei consumatori può essere adottata credendo erroneamente che la selezione di prodotti effettuata dall'operatore pubblicitario è rappresentativa del suo livello generale dei prezzi rispetto al livello di prezzi del concorrente.

In primo luogo, si richiede che la caratteristica sia essenziale; vale a dire: principale o importante. Pertanto non soddisferebbe questo requisito la pubblicità comparativa che contrappone caratteristiche accessorie o irrilevanti. Il problema che si pone, come indica la nostra dottrina, è stabilire quando una determinata caratteristica di un prodotto o di un servizio deve essere qualificata come essenziale. Dal nostro punto di vista una caratteristica è essenziale quando può essere presa in considerazione (dal consumatore) nell'adottare la decisione di acquisto.

In secondo luogo, la caratteristica deve essere pertinente. Si potrà considerare non pertinente, quindi, una caratteristica che non ha nessuna giustificazione per quanto riguarda il relativo prodotto o servizio. Pertanto la caratteristica non deve essere estranea ai prodotti o servizi oggetto del

confronto. Dal nostro punto di vista, potrebbe essere estranea al prodotto o servizio comparato anche la "nazionalità" pura e semplice dello stesso.

In terzo luogo, la relativa caratteristica deve essere verificabile. Ciò significa che la relativa espressione pubblicitaria di questa caratteristica deve essere obiettivamente dimostrabile. In caso contrario, la pubblicità comparativa sarà illecita. La sentenza della CGUE del 19 settembre 2006 (caso Lidl Belgio) ha indicato, in merito alla verificabilità di determinati prodotti, che questo requisito esige, per quanto riguarda una pubblicità comparativa dei prezzi di due selezioni di prodotti, che tali prodotti si possano identificare con precisione, sulla base delle informazioni contenute nella relativa pubblicità.

D'altro canto, esigendo che le caratteristiche siano verificabili, si escludono dalla pubblicità comparativa le pubblicità basate su opinioni o giudizi personali. Infatti, queste ultime non possono essere oggetto di verifica, dal momento che non esiste una linea guida per poter realizzare la verifica di tale opinione o giudizio personale.

Infine, le caratteristiche devono essere rappresentative. Deve trattarsi di una caratteristica significativa o che risulti interessante per il consumatore. Bisogna quindi interpretare tale caratteristica nel senso che sia tipica; e, di conseguenza, che esprima il valore dei prodotti o servizi comparati. Con questa esigenza, si richiede che il consumatore venga informato.

3. Requisiti relativi al contenuto del confronto.

La Direttiva indica un'altra serie di requisiti in merito al contenuto della relativa pubblicità comparativa nel più volte citato art. 4, paragrafo a), d), f) e h). Vale a dire: la pubblicità comparativa non può essere ingannevole; non può essere denigratoria, non può essere parassitaria e non può nemmeno ingenerare confusione. Secondo il mio parere l'esigenza di questi requisiti non risulta necessaria, nell'ambito dei requisiti specifici della liceità della

pubblicità comparativa, dal momento che quest'ultima figura può essere proibita quando ricade nell'ambito delle altre deformazioni pubblicitarie. Ad ogni modo, ripassiamo (molto brevemente) tali requisiti.

3.1 La pubblicità comparativa non può essere ingannevole.

L'art. 4 a) della Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa che stiamo analizzando, richiede che la pubblicità comparativa non sia ingannevole, in base a quanto stabilito dall'art. 2. E questo precetto definisce la pubblicità falsa come “qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente”.

Parallelamente si richiede anche che la pubblicità comparativa non sia ingannevole nel senso degli articoli 6 e 7 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Il primo di questi articoli regola le azioni ingannevoli, attraverso una definizione di inganno che coincide essenzialmente con la definizione precedentemente trascritta dell'art. 2; tuttavia, dal punto di vista letterale, è radicalmente diversa. D'altro canto, l'articolo 7 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali riguarda le omissioni ingannevoli.

Per quanto riguarda il divieto della pubblicità ingannevole è paradossale che la Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa abbia come scopo quello di proteggere gli imprenditori nei confronti della pubblicità falsa, mentre la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali è finalizzata a proteggere i consumatori. È ovvio che sia la pubblicità ingannevole, che quella comparativa interessano gli imprenditori e i consumatori.

3.2 La pubblicità comparativa non può essere denigratoria.

La pubblicità comparativa viene proibita se denigra i marchi, denominazioni commerciali e altri segni distintivi, nonché i beni, servizi, attività o dati di qualche concorrente.

Con questo requisito, si contempla la denigrazione pubblicitaria nel suo concetto più ampio. Come è noto, la denigrazione pubblicitaria in senso stretto sorge quando vengono screditati i prodotti o servizi di qualche imprenditore. Ma la Direttiva va oltre e, in secondo luogo, proibisce il vilipendio dei segni distintivi di un concorrente. In terzo luogo allude anche alla citazione di un concorrente nella pubblicità di un operatore pubblicitario per screditarlo. Ciò avviene nel caso di una pubblicità dal tono strettamente personale, che si verifica quando vengono menzionati dei dati estranei all'ambito imprenditoriale (nazionalità, razza, ideologia). Questo presupposto specifico di denigrazione pubblicitaria deve essere sempre vietato.

Ad ogni modo occorre sottolineare che qualsiasi confronto racchiude in sé stesso un minimo di discredito, dal momento che il prodotto comparato apparirà su un piano inferiore rispetto al prodotto pubblicizzato, che si collocherà a un livello superiore, poiché vengono sottolineati i vantaggi di quest'ultimo sul precedente. Dal mio punto di vista, con il requisito che stiamo analizzando, si proibisce il discredito non necessario; vale a dire usare termini o immagini diffamanti o lesive nei confronti dei segni distintivi, prodotti, servizi o attività del concorrente.

3.3 La pubblicità comparativa non può essere parassitaria.

L'art. 4, paragrafo f) della Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa esige che, nella pubblicità comparativa, l'operatore pubblicitario non tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti.

Il semplice fatto di citare nella pubblicità comparativa un marchio famoso di terzi non provoca l'illiceità della pubblicità comparativa. Come dichiarò la CGUE, nella sua sentenza del 23 febbraio 2006 (caso Siemens AG) “non si può ritenere che chi fa pubblicità tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà collegata a segni distintivi del suo concorrente qualora un riferimento a tali segni sia il presupposto per un'effettiva concorrenza sul mercato di cui trattasi”.

Ad ogni modo bisogna chiedersi quando il marchio annunciato nella pubblicità comparativa trae indebitamente vantaggio dalla reputazione del marchio concorrente. La risposta a questa domanda la diede la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sua citata sentenza del 23 febbraio 2006 (caso Siemens AG), sostenendo che l'utilizzo di segni distintivi di un concorrente consente di trarre un vantaggio indebito dalla reputazione di tali segni, quando “tale adozione possa avere l'effetto di creare, nella mente del pubblico a cui la pubblicità si indirizza, un'associazione tra il fabbricante ed il fornitore concorrente, nel senso che detto pubblico potrebbe estendere la reputazione dei prodotti di tale fabbricante a quelli venduti da detto fornitore”. In ogni caso, quando nelle tabelle di equivalenza (che vengono considerate una modalità di pubblicità comparativa) si indica che il prodotto commercializzato è un'imitazione di un prodotto, differenziato con un marchio famoso, il vantaggio tratto da questa pubblicità è un vantaggio “indebito” (Sentenza della CGUE del 18 giugno 2009 [caso L'Oreal]).

Secondo il mio parere, il requisito analizzato, che pretende che non si ottenga un vantaggio indebito dalla reputazione del segno distintivo di terzi (con cui si compara l'operatore pubblicitario) può essere difficile da soddisfare nella pratica pubblicitaria. Come ho già indicato, in genere, nella pubblicità comparativa, l'operatore pubblicitario effettua il confronto tra il suo marchio e il marchio leader; quest'ultimo, in genere, è presente da molti anni sul mercato, dove gode di un notevole prestigio, grazie alla qualità dei prodotti e agli ingenti investimenti pubblicitari sullo stesso. Orbene, quando un nuovo prodotto, non conosciuto, appare sul mercato, attraverso una pubblicità comparativa con il

marchio leader, sembra tragga beneficio (velis nolis) dalla reputazione di tale marchio.

3.4 La pubblicità comparativa non può ingenerare confusione.

Infine, in base all'art. 4 paragrafo h) della Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa, la pubblicità comparativa non può ingenerare confusione tra i professionisti, tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente, o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente. Una lettura di questo requisito consente di affermare che comprende quattro presupposti. In primo luogo, la confusione tra professionisti; vale a dire, tra imprenditori, tra i quali non si trova l'operatore pubblicitario. In secondo luogo, si contempla la confusione che si può ingenerare tra l'operatore pubblicitario e un concorrente. In terzo luogo, si prevede la confusione tra segni distintivi dei concorrenti e dell'operatore pubblicitario. E, infine, la confusione tra i beni o servizi dell'operatore pubblicitario e quelli del concorrente.

Va sottolineato che questo requisito si deve interpretare nello stesso senso del requisito del rischio di confusione nell'ambito dei marchi. Questo rischio sorge quando si utilizza un marchio identico o simile al marchio di un terzo e il pubblico dei consumatori pensa che i prodotti o servizi pubblicizzati abbiano una stessa origine imprenditoriale degli altri prodotti o servizi; o che entrambi i prodotti o servizi provengano da aziende vincolate dal punto di vista economico.

Di conseguenza, come indica la Sentenza della CGUE del 12 giugno 2008 (caso O2 Holding Ltd.) il titolare di un marchio registrato ha la facoltà di proibire l'uso di un marchio simile, nella pubblicità comparativa di un terzo, per prodotti o servizi identici o simili a quelli che distingue il marchio depositato nel caso in cui tale uso ingeneri un rischio di confusione nel pubblico, indipendentemente dal fatto che la pubblicità comparativa soddisfi o meno tutti i requisiti di liceità.

VI.- CONSIDERAZIONI FINALI.

L'esposizione della figura della pubblicità comparativa nell'ambito della Unione Europea, che è già stata oggetto della giurisprudenza della CGUE, consente di giungere a determinate conclusioni sulla regolamentazione della stessa.

In primo luogo, la definizione di pubblicità comparativa è molto ampia, e ha lo scopo di coprire tutte le forme di espressione di questa modalità pubblicitaria. Per questo, affinché sorga questa figura, è sufficiente l'esistenza di qualsiasi comunicazione che faccia riferimento, anche solo in modo implicito, a un concorrente o ai prodotti o servizi offerti dallo stesso. L'essenza della pubblicità comparativa risiede, quindi, nell'allusione esplicita o implicita al concorrente dell'operatore pubblicitario o ai prodotti o servizi offerti da un concorrente. Si potrà parlare, pertanto, di pubblicità comparativa quando il messaggio pubblicitario allude a un tipo di prodotti e non a un'azienda o a un prodotto determinato, a condizione che sia possibile identificare l'azienda o i prodotti che vengono citati nella relativa pubblicità.

In secondo luogo, la Direttiva non prevede, a mio parere, l'elemento caratteristico della pubblicità comparativa: sottolineare i vantaggi dell'impresa, prodotti, servizi pubblicizzati rispetto ai concorrenti. Questa nota fondamentale della pubblicità comparativa non viene messa chiaramente in rilievo nella Giurisprudenza della CGUE. La sentenza del 12 giugno 2008 (caso O2 Holding) afferma che l'obiettivo della pubblicità comparativa è promuovere i prodotti o servizi dell'operatore pubblicitario, aggiungendo che (attraverso tale pubblicità) l'operatore pubblicitario persegue lo scopo di distinguere i suoi prodotti e servizi confrontandone le caratteristiche con quelle dei prodotti e servizi della concorrenza. Questa dichiarazione andrebbe puntualizzata. Secondo il mio parere, la differenziazione dei prodotti e servizi si realizza al fine

di sottolineare la superiorità delle caratteristiche del prodotto pubblicizzato rispetto ai prodotti dei concorrenti, oggetto della comparazione pubblicitaria.

In terzo luogo, i requisiti di liceità della pubblicità comparativa devono essere interpretati (secondo la CGUE) nel senso più favorevole per questa modalità pubblicitaria. Questa interpretazione obbedisce al fatto che tali requisiti hanno l'obiettivo di ponderare i diversi interessi in gioco, al momento di diffondere la pubblicità comparativa. Da un lato, l'interesse degli imprenditori: si cerca di stimolare la concorrenza tra imprenditori. Dall'altro, l'interesse dei consumatori: si cerca di fare in modo che i consumatori vengano informati. E, infine, l'interesse generale: si cerca di fare in modo che la pubblicità sia leale, in un mercato trasparente.

Per concludere, l'analisi della giurisprudenza della CGUE consente di affermare che si promuove il diritto dell'operatore pubblicitario di realizzare pubblicità comparativa e, se del caso, si limitano i diritti del titolare del marchio o segno distintivo altrui, che viene utilizzato in tale pubblicità. Pertanto, riprendendo l'antico proverbio secondo cui "le comparazioni sono odiose", va puntualizzato che "le comparazioni pubblicitarie verranno apprezzate se soddisfano tutti i requisiti di liceità".