



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea triennale in Economia Aziendale

LA PUBBLICITA' INGANNEVOLE

MISLEADING ADVERTISING

Relatore:
Prof. Filippo Fiordiponti

Rapporto Finale di:
Antonella Forlini

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

Introduzione.....	2
Capitolo 1 “La pubblicità”.....	4
• 1.1 Forme e ruolo della pubblicità.....	4
1.1.1 Le origini – 1.1.2 Il cambiamento del ruolo della pubblicità	
• 1.2 Il controllo della pubblicità.....	7
1.2.1 Pubblicità e concorrenza sleale – 1.2.2 La pubblicità correttiva	
• 1.3 Disciplina normativa e sviluppo della pubblicità ingannevole.....	11
1.3.1 Direttiva comunitaria 1984/450/CEE – 1.3.2 D. Lgs. 25 gennaio 1992 n.74 – 1.3.3 Pratiche commerciali ingannevoli – 1.3.4 Pratiche commerciali aggressive	
Capitolo 2 “La tutela dei consumatori”.....	18
• 2.1 La trasparenza del messaggio e la tutela dei consumatori.....	18
2.1.1 Il messaggio pubblicitario – 2.1.2 Il contenuto e la struttura del messaggio - 2.1.3 La tutela dei consumatori – 2.1.4 Il Codice del Consumo	
• 2.2 Il ruolo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	22
2.2.1 Procedure e sanzioni – 2.2.2 D. Lgs. 145/2007	
• 2.3 “POOL PHARMA- KILOCAL” – Integratori alimentari dietetici.....	27
Conclusioni.....	32
Bibliografia e sitografia.....	34

INTRODUZIONE

Il tema principale di questa tesi riguarda il ruolo che la pubblicità ha sempre avuto e continua ad avere nella vita quotidiana di ogni singolo individuo; in particolar modo, la mia attenzione si è soffermata sull'evoluzione della pubblicità ingannevole, oramai presente in qualsiasi contesto, che con la sua natura persuasiva non rappresenta più un fenomeno di informazione, bensì di distorsione in quanto tende a condizionare negativamente i comportamenti economici ma anche psicologici dei consumatori.

Nel primo capitolo del presente elaborato, si definiscono le origini remote della pubblicità la cui principale forma era quella verbale nelle piazze che riguardava esclusivamente il dettagliante e l'acquirente del prodotto; successivamente, prima nell'epoca del Rinascimento con la nascita dei mercanti imprenditori, poi con la comparsa del primo mezzo di comunicazione di massa, vale a dire la stampa e con l'affermazione delle prime forme di monopolio, cambia il ruolo svolto dalla pubblicità la quale diventa strumento di persuasione.

Nel secondo capitolo invece, si mettono in evidenza i principali diritti dei consumatori ma anche quelli delle imprese, in quanto un messaggio pubblicitario ingannevole può ledere gli interessi di entrambe le parti; in tal senso, la trasparenza del messaggio è un requisito fondamentale che deve essere rispettato, pena denunce e sanzioni che potrebbero essere effettuate ed impartite ai responsabili che hanno

dato vita a tale attività commerciale scorretta da parte dell'AGCM e su richiesta dei consumatori potenzialmente lesi.

In riferimento a quest'ultimo concetto espresso, la seconda parte del capitolo evidenzia l'importanza del Codice del Consumo, emanato nel 2005, il quale prevede i diritti "fondamentali" dei consumatori, quali tra questi, la tutela della salute e della sicurezza della qualità dei prodotti e l'esercizio di una corretta pubblicità secondo i principi di buona fede e lealtà; ma anche dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, istituita nel 1990, la quale è volta a tutelare l'interesse del mercato ma anche i consumatori in materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette.

CAPITOLO 1

“LA PUBBLICITA’”

1.1 FORME E RUOLO DELLA PUBBLICITA’

La pubblicità è una particolare forma di comunicazione che ha origine in tempi remoti e che viene utilizzata dalle imprese per creare consenso intorno alla propria immagine, con la finalità di conseguire i propri obiettivi di marketing.

1.1.1 Le origini

Si possono riscontrare esempi di una prima tipologia di pubblicità con i primi mercati nelle piazze, dove la forma di pubblicità più usata era quella verbale: la merce si pubblicizzava a voce, come succede spesso ancora oggi. Tra il XV e il XVI secolo, nell'era del Rinascimento, grazie allo sviluppo dei traffici commerciali internazionali, nasce la figura del mercante imprenditore che vende le sue merci sui mercati internazionali in quantità decisamente maggiore rispetto all'artigiano. Una svolta decisiva nell'evoluzione della pubblicità, è la comparsa del primo media di massa: la stampa. Nel Seicento in Europa si diffondono le Gazzette, destinate ad un pubblico d'élite; presto compaiono anche i primi annunci pubblicitari che verso la

fine del Settecento diventano a pagamento; nell'Ottocento nascono le prime concessionarie di pubblicità ed è proprio agli inizi del secolo che la *réclame* incontra il suo più importante supporto che la accompagnerà per tutto il secolo e fino agli inizi del Novecento. Le origini della pubblicità commerciale però, perlomeno nell'accezione che viene intesa oggi, si devono collocare alla metà del secolo scorso: in quel periodo, la pubblicità, intesa ad informare il consumatore, era circoscritta alla fase dell'acquisto e quindi coinvolgeva esclusivamente il dettagliante e l'acquirente del prodotto. In queste forme, essa aveva una natura "artigianale" in quanto si fondava sulle assicurazioni che il commerciante forniva ai propri clienti; l'acquirente infatti faceva affidamento sulla serietà e sull'onestà del venditore il quale forniva informazioni che assumevano un ruolo di "garanzia" della bontà della merce e della convenienza dell'acquisto.¹

1.1.2 Il cambiamento del ruolo della pubblicità

E' con la nascita delle prime forme di monopolio e con le alterazioni del libero mercato che è mutato il ruolo e la funzione della pubblicità commerciale: tale mutamento prevedeva che la pubblicità da strumento di informazione si trasformasse in strumento di persuasione, ovvero che mirasse a influenzare

¹ G.ALPA – *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa* – il Mulino, Bologna, 1977, pp. 124-125

valutazioni, comportamenti, atteggiamenti dell'attività umana. Particolarmente connesso alla natura persuasiva della pubblicità è il linguaggio che essa utilizza: messaggi brevi, semplici, sintetici, attraenti e suggestivi, destinati ad una ripetizione sistematica, con l'obiettivo non di creare dubbi ma certezze, colpendo in particolar modo la sfera emotiva dei consumatori anziché quella razionale. La funzione attuale della pubblicità infatti non è più quella di informare gli individui, ma quella di orientare i consumi, stimolare i bisogni e favorire l'assorbimento della domanda; tale funzione si esplicita in due modi: l'impresa deve stimolare il pubblico per invogliarlo ad acquistare i propri prodotti, ma allo stesso tempo deve anche coordinare la sua attività con quella dei concorrenti. La pubblicità non assume la sola funzione di persuadere i consumatori ma deve svolgere la sua funzione secondo forme che non contrastano con la libera concorrenza, in particolar modo con gli interessi degli imprenditori. Si potrebbe quindi semplificare tale concetto dichiarando che: la pubblicità è oggi un fenomeno di distorsione in quanto mezzo di persuasione e non di informazione; è uno strumento di lotta concorrenziale privo di riferimenti ai contenuti e agli oggetti e infine consiste in uno strumento di orientamento ai consumi quindi oggetto delle principali ricerche di mercato e azioni delle imprese. Si tratta quindi di un fenomeno molto complesso che non può essere in alcun modo eliminato dalla società capitalistiche; le uniche possibilità sono

quelle di contenerlo, quando assorbe capitali troppo ingenti e di controllarlo, al fine di evitare la distorsione delle scelte dei consumatori.²

1.2 IL CONTROLLO DELLA PUBBLICITA'

Le imprese che si confrontano sul mercato ricorrendo allo strumento pubblicitario hanno il diritto a che nessuno si avvantaggi scorrettamente, utilizzando messaggi ingannevoli e tali da alterare la sana e leale competizione che dovrebbe sempre caratterizzare il giusto mercato; quindi ciò che si deve vietare alla pubblicità è il ricorrere ad artifici, forzature e condotte scorrette al solo fine di sottrarre quote di mercato e consenso ai danni dei concorrenti. Uno dei soggetti principali è il consumatore il quale interesse si realizza nel momento in cui svolge un acquisto non viziato da informazioni scorrette, infatti egli ha il diritto di effettuare scelte d'acquisto coscienti sulla base di informazioni oneste, veritiere e corrette.

² G.ALPA – *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa* – il Mulino, Bologna, 1977, p.127

1.2.1: Pubblicità e concorrenza sleale

La giurisprudenza per la disciplina della concorrenza fa riferimento ai n.n. 1,2, e 3 dell'art. 2598 c.c.: “In tema di concorrenza sleale, il rapporto di concorrenza tra due o più imprenditori, derivante dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, comporta che la comunanza di clientela non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio dall'imprenditore che lamenta la concorrenza sleale, che sono in grado di soddisfare quel bisogno”.³

Risulta chiaro che vi sono degli atti o attività che di per sé non sono dannosi per i consumatori ma che possono risultare tali se sono riferiti ai rapporti concorrenziali tra imprenditori; al contrario, vi sono degli atti o attività dannosi per i consumatori ma che non risultano esserlo nella disciplina della concorrenza, ad esempio la pubblicità superlativa. Nel primo caso, vi è stato imposto il divieto della pubblicità comparativa, con la quale il produttore diffonde dei messaggi per esaltare le qualità dei propri prodotti a discapito di quelli dei concorrenti. Si è osservato che “abbastanza raramente l'imprenditore esprime direttamente (meglio: come proprio)

³ *Cassazione civile, Sez. I, ordinanza n. 12364 del 18 maggio 2018*

un giudizio negativo nei confronti dei concorrenti. Ciò per le stesse ragioni per cui spesso egli ricorre ad arte alle diffide (...). Il confronto viene quindi effettuato, normalmente, col citare altrui favorevoli giudizi comparativi (non sempre spontanei e disinteressati...): vale a dire attraverso forme di comparazione redazionale. Oppure col descrivere favorevolmente il proprio prodotto senza espliciti riferimenti a quelli altrui, ma in modo tale che il confronto favorevole coi concorrenti sia effettuato dagli stessi destinatari della comunicazione”.⁴

Il confronto è invece ammesso se è effettuato, non tanto da imprese produttrici, quanto da liberi professionisti o da istituti di ricerca e la comparazione è compiuta su basi scientifiche. Anche la pubblicità superlativa è considerata atto di concorrenza sleale anche se un'affermazione di “superiorità” di un prodotto rispetto ad un altro del medesimo genere non si considera di per sé vietata; infatti occorre che ci sia un atto di denigrazione affinché possa essere soggetta a sanzione. Analoga è la situazione per la pubblicità menzognera: è vietata la diffusione di notizie “false”; in tal senso, la giurisprudenza utilizza come criteri di valutazione della veridicità e della idoneità dei messaggi, il parametro dell'uomo medio, o di normale diligenza, che in quanto destinatario dei messaggi, deve saper vagliare, con la propria cultura e con le proprie conoscenze, la falsità dei messaggi o la loro idoneità a creare confusione. L'utilizzo di tale parametro però, è stato criticato da molti, i

⁴ G.GHIDINI – *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale* – Giuffrè Editore, Milano, 1968

quali sostengono che non può essere adottato un strumento uniforme di valutazione ma si deve far riferimento alle circostanze di specie: è diverso il controllo che può essere effettuato dal pubblico, a seconda dell'appartenenza ai diversi strati sociali e delle capacità di critica.

1.2.2 La pubblicità correttiva

Negli Stati Uniti venne adottata per la prima volta una tecnica di controllo della pubblicità che prende il nome di pubblicità correttiva che consiste nel prevenire gli effetti nocivi dei messaggi pubblicitari che mantengono la loro natura persuasiva anche dopo la cessazione della diffusione. L'imprenditore beneficiario della pubblicità menzognera può o cessare dall'attività pubblicitaria per un determinato periodo di tempo, il quale coincide solitamente con il tempo necessario al pubblico per dimenticare la pubblicità, oppure può correggerla e quindi gli viene imposto di finanziarsi da sé le campagne pubblicitarie con i mezzi necessari che permettono di chiarire al pubblico che i precedenti comunicati erano falsi.⁵

⁵ G.ALPA – *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa* – il Mulino, Bologna, 1977, pp.136-137

1.3 DISCIPLINA NORMATIVA E SVILUPPO DELLA PUBBLICITA' INGANNEVOLE

La pubblicità ingannevole è definita come 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.

L'errore indotto dalla pubblicità può riguardare: le caratteristiche dei beni o dei servizi pubblicizzati (ad esempio, la loro natura, le modalità di fabbricazione dei beni o di prestazione dei servizi, la loro origine, i risultati che si possono ottenere con il loro uso, i risultati di prove o controlli effettuati); il prezzo (o il modo con cui il prezzo viene calcolato); le condizioni alle quali i beni o i servizi vengono forniti; l'identità, il patrimonio, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ai premi e ai riconoscimenti di colui che ha commissionato il messaggio pubblicitario e del suo autore. L'ordinamento italiano ha dedicato un interesse alla pubblicità solo a partire dagli ultimi anni, in particolar modo dal 1992, anno dell'entrata in vigore del decreto legislativo n.74/92 in attuazione della direttiva comunitaria Cee n.84/450 in materia di pubblicità ingannevole.

1.3.1 Direttiva comunitaria 1984/450/CEE

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 però fu recepita in Italia solamente otto anni dopo, nel 1992, con il decreto legislativo n. 74, introducendo il divieto della pubblicità ingannevole.

Le finalità di tale direttiva di tutelare il singolo acquirente, i rapporti fra imprenditori e l'interesse generale della collettività e del mercato. Nei diversi articoli vengono date le definizioni di pubblicità e pubblicità ingannevole: 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 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.”⁶

⁶ Direttiva comunitaria 84/450/CEE

Successivamente, nel 1997 venne emanata una nuova normativa per integrare ed ampliare 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”.⁷

1.3.2 D. Lgs. 25 gennaio 1992 n.74

L'articolo 1 di tale decreto legislativo definisce l'obiettivo del provvedimento “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”. In primo luogo si pone il problema di tutelare i destinatari della pubblicità da scelte sleali che possono influenzare i loro comportamenti; contestualmente si solleva il problema della tutela tra l'imprenditore e i suoi concorrenti; infine tale decreto tutela gli interessi del pubblico nella fruizione dei messaggi pubblicitari.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la tutela del pubblico potrebbe prevedere: l'imposizione di obblighi minimi di informazione; la repressione di altre forme di

⁷ Direttiva comunitaria 97/55/CEE

pubblicità scorretta e la repressione di false informazioni. Al contempo, la tutela dei consumatori potrebbe prevedere l'eliminazione delle comunicazioni persuasive che possano indurre in errore e alterare la libertà di scelta dei consumatori stessi.

1.3.3 Pratiche commerciali ingannevoli

Come già detto nei paragrafi precedenti, si parla di pratiche commerciali ingannevoli quando l'intento commerciale non è stato indicato o è stato presentato in modo poco chiaro dal professionista e quindi ha condotto in errore i destinatari. Tali pratiche commerciali possono distinguersi in due categorie: azioni ingannevoli e omissioni ingannevoli. Le azioni sono le attività svolte dai professionisti nella promozione e vendita dei loro prodotti; è considerata ingannevole una pratica commerciale che: contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera; in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta; in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. I criteri sono obiettivi, quindi non è necessario provare che un consumatore sia stato effettivamente ingannato. Le omissioni invece fanno riferimento al fatto che, per poter prendere delle decisioni consapevoli, i consumatori hanno bisogno di informazioni; un professionista deve fornire le informazioni rilevanti di cui ha bisogno il consumatore medio. È

ingannevole una pratica commerciale che: ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole; occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile o ambiguo le informazioni rilevanti; non indichi l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risulti già evidente dal contesto.

Nella valutazione delle pratiche di omissione è necessario considerare: effetto della pratica commerciale nel suo complesso; chiarezza nell'esplicitare informazioni; informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno tenendo in considerazione il contesto; il mezzo utilizzato per comunicare le pratiche commerciali può imporre delle restrizioni in termini di spazio o tempo; tali restrizioni e qualunque misura adottata dal professionista per mettere le informazioni a disposizione dei consumatori, saranno tenute in considerazione; una cerchia limitata di informazioni essenziali sono richieste quando il professionista "invita all'acquisto" (per esempio, caratteristiche del prodotto, indirizzo e identità del professionista e prezzo comprensivo delle imposte).

1.3.4 Pratiche commerciali aggressive

La regolamentazione delle pratiche commerciali aggressive è una novità a livello comunitario; una pratica è considerata aggressiva quando "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.”⁸ La direttiva contiene una lista di criteri che aiutano a determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento. “Indebito condizionamento” significa “lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza ricorso alla forza fisica o alla minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole.”⁹

Le pratiche commerciali moleste sono atti che invadono la sfera privata del consumatore; un esempio di tali pratiche moleste sono sollecitazioni commerciali telefoniche, tramite posta elettronica o qualsiasi altro mezzo di comunicazione, che siano sgradite o ripetute; al contempo, le pratiche commerciali coercitive riguardano, in particolar modo minacce verbali o costrizioni fisiche. Le pratiche coercitive rientrano nell'ambito del vizio del consenso, pertanto un consumatore può richiedere che il contratto venga dichiarato invalidato, nel caso in cui subisca un comportamento anti-giuridico di un professionista, indipendentemente dallo scopo perseguito.

⁸ Art. 8 Direttiva comunitaria 2005/29/CE - *Pratiche commerciali aggressive*

⁹ Art. 2 Direttiva comunitaria 2005/29/CE

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali si applica a quasi tutti i settori, con l'esclusione di alcuni settori specifici. È neutrale dal punto di vista della tecnologia e quindi può essere applicata alla pubblicità sleale in ogni mezzo di comunicazione. Di tale direttiva ne hanno beneficiato numerosi soggetti come i consumatori, i quali si sentono più sicuri nei loro acquisti, sapendo che è garantito loro lo stesso grado di tutela in tutta l'UE; i professionisti beneficiano della maggiore semplicità di dover seguire un'unica normativa europea; inoltre, un efficiente controllo sui professionisti disonesti è vantaggioso anche per chi svolge la propria attività in maniera legittima.¹⁰

¹⁰ Direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, *relativa al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari*, nonché la relativa pubblicità - GU L 109, del 6.5.2000, pag. 29

CAPITOLO 2

“LA TUTELA DEI CONSUMATORI”

2.1 LA TRASPARENZA DEL MESSAGGIO E LA TUTELA DEI CONSUMATORI

2.1.1 Il messaggio pubblicitario

Il messaggio pubblicitario ingannevole assume rilevanza legale sotto un duplice profilo: lede gli interessi dei consumatori, pregiudicando l'interesse pubblico alla trasparenza della comunicazione pubblicitaria e danneggia le imprese concorrenti che possono subire uno svantaggio economico derivante dalla sottrazione o dallo sviamento della clientela. La trasparenza del messaggio pubblicitario è un requisito necessario affinché la pubblicità svolga in modo corretto la sua funzione di strumento di comunicazione per le imprese e di ritorno d'informazione per il pubblico. Infatti essa deve distinguersi da comunicazioni di diversa natura e deve essere riconoscibile; tutto ciò al fine di evitare che il consumatore sia spinto in errore e di conseguenza ingannato circa la provenienza del messaggio.¹¹

¹¹ F. UNNIA – *La pubblicità clandestina, il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*– Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 1997, pag.81

“Chiunque si vale della pubblicità deve essere in grado di dimostrare, a richiesta del Giurì o del Comitato di Controllo, la veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate”.¹²

Il responsabile della comunicazione deve ideare e sviluppare un messaggio efficace; tale messaggio dovrebbe attirare l’interesse dei destinatari, catturarne l’attenzione, farne crescere il desiderio e stimolarne l’acquisto. Questa dinamica è conosciuta come il modello “AIDA” (attrazione, interesse, desiderio, acquisto).

Sussistono però tre sono problemi da risolvere: che cosa comunicare (il contenuto), come comunicarlo (la struttura del messaggio) e come dirlo simbolicamente (la forma della comunicazione).

2.1.2 Il contenuto e la struttura del messaggio

Per quanto riguarda il contenuto, esistono tre tipologie di elementi di richiamo: razionale, emozionale o morale. I richiami razionali fanno riferimento agli interessi personali del pubblico; i richiami emozionali cercano di provocare emozioni tali da spingere all’acquisto; infine, i richiami morali sono relativi al senso di correttezza e di giustizia del pubblico. Al contempo, in riferimento alla struttura del messaggio, deve essere definita rispetto a tre questioni: la prima riguarda le conclusioni del

¹² Art. 6 Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria Italiana

messaggio, ovvero la scelta tra comunicarle in modo esplicito oppure lasciarle al pubblico; la seconda riguarda la scelta tra presentare il contenuto da un solo punto di vista oppure proporre prospettive diverse; infine la terza riguarda l'opportunità di presentare gli argomenti più forti all'inizio o alla fine del messaggio.

2.1.3 La tutela dei consumatori

I consumatori sono i primi soggetti che devono essere tutelati nella diffusione dei messaggi pubblicitari; il consumatore è colui che effettua il consumo, ovvero l'utilizzatore di beni e servizi prodotti dal sistema economico. Secondo il diritto italiano è “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.¹³ Gli interessi che fanno capo ai consumatori non sono interessi di categoria, bensì interessi differenziati da tutti quelli relativi ad altri rapporti e quindi qualificati. Tali interessi non sono sempre tutelati giuridicamente, talvolta possono essere tutelati in via mediata, ovvero quando si affiancano ad interessi già tutelati

¹³ Art. 3 comma 1 del Codice del consumo, decreto legislativo emanato a norma della legge 29 luglio 2003 n. 229

direttamente, oppure possono essere tutelati in via immediata, in tal caso il singolo consumatore è tutelato in quanto facente parte di un rapporto di consumo.¹⁴

2.1.4 Il Codice del Consumo

Il codice del consumo è una legge della Repubblica italiana, emanata con il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di diritti del consumatore; venne emanato ai sensi dell'art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n.229, relativo al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori. La norma è stata poi modificata nel corso del tempo: la modifica più rilevante fu quella apportata dalla legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008) che introdusse la possibilità per i consumatori di attuare un nuovo tipo di azione legale, detta azione collettiva.¹⁵

I diritti dei consumatori, definiti come “fondamentali” sono elencati all’articolo 2 del Codice del Consumo e sono i diritti a: tutela della salute, della sicurezza e della qualità dei prodotti e dei servizi: ogni prodotto commercializzato deve essere sicuro ovvero conforme alle disposizioni specifiche relative alla sicurezza; un’adeguata informazione ed una corretta pubblicità: i consumatori non dispongono sempre degli strumenti adeguati per poter capire eventuali inganni e possono essere portati

¹⁴ G.ALPA – *Tutela del consumatore e controlli sull’impresa* – il Mulino, Bologna, pp. 56-57

¹⁵ Art. 2 commi 445-449, legge 24 dicembre 2007 n. 244

a farsi idee sbagliate rispetto a prodotti o servizi, o indotti al “sovra consumo” ed al “sovra indebitamento”; esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, di correttezza e di lealtà; educazione al consumo: attività rivolte a rendere percepibili i costi ed i benefici, i vantaggi e gli svantaggi che derivano da una scelta di consumo; correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali: formulazione del regolamento contrattuale in modo chiaro e comprensibile, definendo i contenuti in modo tale che siano considerati “giusti” da entrambe le parti; promozione e sviluppo dell’associazionismo libero, volontario e democratico tra consumatori e gli utenti: possibilità per i consumatori e gli utenti di associarsi liberamente e democraticamente e, attraverso i propri rappresentanti, di partecipare al processo decisionale per le questioni che li interessano; infine, erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza.

2.2 IL RUOLO DELL’AUTORITA’ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un’authority amministrativa indipendente italiana, istituita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287: è amministrativa in quanto opera secondo i principi del diritto amministrativo, di conseguenza anche

le sue istruttorie sono basate sulla disciplina di tale diritto, in particolare sulla trasparenza del procedimento, sugli obblighi informativi nei confronti delle parti in causa e sul diritto di accesso agli atti; è indipendente in quanto è autonoma dal potere esecutivo e quindi perfettamente rispondente al requisito dell'imparzialità. I compiti principali di tale autorità sono: vigilanza contro gli abusi di posizione dominante; vigilanza di intese e/o cartelli che possono risultare lesivi; tutela del consumatore, in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole; infine, valutazione e attribuzione del punteggio di rating di legalità.

2.2.1 Procedure e sanzioni

I poteri sanzionatori ed istruttori dell'AGCM sono definiti nel d. lgs. 145/2007 e riportati nel Codice del Consumo, il cui art. 27 prevede che l'Autorità possa avviare un procedimento su segnalazione di qualunque soggetto con l'indicazione degli elementi utili per valutare la pratica; è importante sottolineare però che l'intervento dell'AGCM è volto a tutelare l'interesse generale del mercato e non dei singoli soggetti danneggiati. Quando l'Autorità riceve la segnalazione di una presunta pubblicità ingannevole, instaura la fase pre-istruttoria in cui essa verifica innanzitutto se la denuncia è completa, regolare e se non è infondata.

I soggetti che possono inviare tale denuncia sono: i consumatori; i concorrenti; le associazioni di tutela dei consumatori e quelle degli operatori economici; il

Ministero dell'Industria e le altre pubbliche amministrazioni, con riferimento ai settori di propria competenza.

Dunque, ogni soggetto che reputi un messaggio pubblicitario non veritiero o ambiguo, può segnalarlo scrivendo all'Ufficio Pubblicità Ingannevole dell'Autorità.¹⁶

Nel caso in cui non sussistano i presupposti per avviare la fase istruttoria la richiesta viene archiviata e comunicata al richiedente, in caso contrario si dà avvio all'istruttoria con comunicazione ai soggetti che hanno effettuato la richiesta.

Il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni, a partire dalla data della comunicazione. Nel corso del procedimento, l'Autorità esamina il messaggio e quando il messaggio contiene informazioni concrete (prestazioni del prodotto, dati tecnici), l'Autorità può disporre l'inversione dell'onere della prova, prevedendo che sia l'operatore pubblicitario e non il denunciante a fornire la prova della veridicità del contenuto del messaggio da lui diffuso. In tal caso, se la prova richiesta non viene fornita o è ritenuta insufficiente, la pubblicità sarà ritenuta ingannevole. Al termine dell'istruttoria, l'AGCM adotta il provvedimento definitivo e, se ritiene che la pratica sia scorretta, ne vieta la diffusione con provvedimento inibitorio e condanna il professionista che ha dato vita alla pratica in questione al pagamento della pubblicazione della libera, oltre al pagamento di una sanzione pecuniaria che

¹⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Pubblicità ingannevole e comparativa - Supplemento n. 1 al Bollettino n. 3/2002

va da 5.000 a 500.000 euro e, nel caso di ripetuta violazione, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.¹⁷ Se il messaggio pubblicitario è diffuso attraverso la stampa, la radio o la televisione o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità deve richiedere un parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Allo stesso tempo, i provvedimenti dell'AGCM possono essere impugnati dai professionisti che hanno svolto la pratica commerciale scorretta rivolgendosi al TAR entro sessanta giorni. Il regime sanzionatorio prevede: l'introduzione di una percentuale minima (pari al 15% del valore delle vendite), per i cartelli di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione; la possibilità di incrementare la sanzione fino al 50% qualora l'impresa responsabile realizzi un fatturato totale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione; la possibilità di incrementare ulteriormente la sanzione in considerazione degli illeciti realizzati dall'impresa e la considerazione di un programma di *compliance* e l'introduzione del cosiddetto *amnesty plus*, ovvero la possibilità di una riduzione della sanzione qualora l'impresa fornisca informazioni ritenute decisive per l'accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento.

¹⁷ Art. 9 comma 2 - Decreto Legislativo 145/2007

2.2.2 D. Lgs. 145/2007

In seguito a tale decreto sono stati attribuiti maggiori poteri, in materia di pubblicità ingannevole, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, tra cui il potere di acquisire informazioni da chiunque ne sia a conoscenza, un potere ispettivo e il potere di accettare impegni da parte dell'operatore pubblicitario. Inoltre anche i suoi poteri sanzionatori sono stati rafforzati: in caso di pubblicità ingannevole, la sanzione stabilita può raggiungere 500.000 euro (partendo da un minimo di 5.000 euro), mentre, prima del 2007, la sanzione poteva andare da 1.000 euro a 100.000 euro. Inoltre, anteriormente al decreto, nei casi più gravi, l'ammenda non poteva essere inferiore a 25.000 euro, invece, in seguito alla nuova normativa, tale quota è raddoppiata. Altre importanti novità in tema di pubblicità ingannevole riguardano: l'AGCM, in caso di emergenza, può disporre anche d'ufficio la sospensione della pubblicità ritenuta ingannevole; un allungamento dei tempi per la fase pre-istruttoria, da 75 a 120 giorni; in seguito alla sospensione della pratica commerciale, il professionista deve dare immediata comunicazione all'Autorità dell'avvenuta esecuzione e infine, in caso di scorrettezza, l'Autorità può ottenere dal professionista l'impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della pubblicità ingannevole e modificandola in modo da eliminare la sua illegittimità.

2.3 “POOL PHARMA-KILOCAL” – INTEGRATORI ALIMENTARI DIETETICI

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell’udienza dell’8 settembre 2010 con il provvedimento n. 21539, ha dichiarato ingannevole la pubblicità degli integratori alimentari dietetici “Kilocal”, condannando il pagamento di un importo pari a 200.000 euro.

Il provvedimento coinvolge due società produttrici di integratori alimentari: la società Pool Pharma S.r.l., in qualità di professionista ai sensi dell’art. 18, lettera b) del Codice del Consumo, la società è attiva nel commercio degli integratori alimentari, nutrizionali e funzionali e l’Aboca S.p.A. Società Agricola, in qualità di segnalante.

I messaggi pubblicitari della durata di 10 secondi, fanno uso del seguente testo:

“Non rinunciare al piacere della tavola! Kilocal, preso dopo un pasto abbondante, riduce le calorie e sgonfia la pancia. Kilocal, meno grassi, meno zuccheri”.

Nello spot televisivo compare la foto statica in primo piano di una donna che sorride mentre assaggia qualcosa e la foto della confezione del prodotto “Kilocal”, accanto al quale è riportato il claim *“1 compressa - calorie”*. Ai margini della pagina sono riportati gli ulteriori claims *“Favorisce la digestione”*, *“Contrasta il fastidioso senso di gonfiore alla pancia”*, *“Nutre la flora batterica e riattiva l’intestino”* e, di

seguito, a caratteri ridotti, l'avvertenza "*Abbinato ad una dieta ipocalorica ed esercizio fisico*".

Il concorrente Aboca ha effettuato una segnalazione relativa alla presunta ingannevolezza dei messaggi pubblicitari diffusi dal professionista del prodotto Kilocal, un integratore volto al controllo e alla riduzione del peso. Ad avviso del segnalante, i messaggi indurrebbero i consumatori a ritenere che il prodotto determini l'effetto di modulare l'assorbimento delle calorie in eccesso dopo un pasto abbondante e funga da correttivo a comportamenti alimentari inadeguati e non comporti rischi per la salute anche se utilizzato in modo continuativo. In merito a ciò, venne richiesto il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (ai sensi dell'art. 27, comma 6 del cod. cons.), poiché lo spot oggetto del provvedimento, veniva trasmesso in via televisiva; tale autorità aveva dichiarato scorretta la pratica commerciale in esame ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, in quanto idonea ad indurre in errore le persone ad acquistare il prodotto pubblicizzato in base ad un'errata percezione della sua reale natura nonché delle sue potenzialità. Nello specifico, il claim utilizzato in apertura: "*Non rinunciare al piacere della tavola!*", accompagnato dalle immagini di piatti particolarmente calorici, induce a credere che il prodotto possa essere usato senza limitazioni da qualsiasi consumatore come rimedio ogni volta che si desidera consumare un pasto abbondante. Parallelamente, le successive affermazioni "*Kilocal, preso dopo un pasto abbondante, riduce le calorie*", "*Kilocal, 2*

comprese dopo i pasti riduce le calorie”, “*1 compressa - calorie*”, “*Kilocal, meno grassi, meno zuccheri*”, prive di indicazioni sulle sostanze di cui si compone il prodotto, attribuiscono allo stesso la capacità di influire nell’assorbimento delle calorie riducendone le conseguenze fisiche sia a breve che a lungo termine.

Il professionista in sua difesa, sostenne che il prodotto Kilocal fosse un integratore regolarmente notificato al Ministero della Salute il quale non aveva compiuto opposizioni né sulla composizione né sulla confezione del prodotto stesso; per quanto riguardo l’efficacia del prodotto, in particolare la proprietà di ridurre le calorie, il professionista ritenne che la stessa emergesse dalla relazione tecnica predisposta dal Gran Giuri dello IAP (Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria) ¹⁸, il quale avrebbe sottolineato come i messaggi pubblicitari dei prodotti volti a promuovere la riduzione delle calorie, quali Kilocal, debbano evidenziare l’utilità degli stessi come rimedio per correggere occasionali eccessi alimentari e non come scusa per lasciarsi andare. In tutti i messaggi si lascia intendere, che anche senza sottoporsi a restrizioni alimentari e in caso di eccessi alimentari il prodotto consenta di per sé di contrastare l’assorbimento di grassi e zuccheri in modo certo, inducendo, oltretutto, i destinatari a comportamenti alimentari che si possono rivelare scorretti, come messo in rilievo dallo stesso Ministero della Salute.

¹⁸ Provvedimento del Gran Giuri 162/04

Si consideri che anche nelle Linee Guida del Ministero della Salute adottate nel 2009, si sottolinea che è fondamentale, nel caso in cui si promuova l'uso di tali prodotti, non enfatizzarne il ruolo, che può essere solo secondario di una dieta ipocalorica adeguata e di uno stile di vita sano e non anche strumento per compensare comportamenti inadeguati. In seguito a tali elementi, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha dichiarato scorretta la pratica commerciale ai sensi degli artt. 20 e 22, commi 1 e 2 del Codice del Consumo, in quanto omette informazioni rilevanti che possono indurre il consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso.

Per quanto riguarda la quantificazione della sanzione, ai sensi dell'art. 27 comma 9 del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione; per quanto riguarda la durata, la campagna pubblicitaria del prodotto si è svolta per due anni 2008-2009.

In base a ciò, l'Autorità deliberò che la pratica commerciale posta in essere dalla società Pool Pharma S.r.l., costituisse una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo e ne vietò l'ulteriore diffusione e che la società Pool Pharma S.r.l. fosse tenuta al pagamento di una sanzione

amministrativa pecuniaria pari a 200.000 euro che doveva essere pagata entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento.¹⁹

¹⁹ Provvedimento n. 21539 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

CONCLUSIONI

E' importante sottolineare come, dal punto di vista delle imprese, la pubblicità abbia sempre svolto un ruolo importante nella concorrenza agendo sia sulla domanda che sui prezzi. La pubblicità, come anche quella ingannevole, ha infatti favorito una maggiore disponibilità dei prodotti e una riduzione dei loro prezzi in quanto gli imprenditori erano spinti ad abbassarli per poter competere con i propri concorrenti, comportando così maggiori vantaggi per i consumatori, i quali però agivano senza rendersi conto che tali forme di pubblicità avvenivano in maniera illecita, ingannandoli attraverso la denigrazione e l'appropriazione di pregi dei prodotti delle imprese concorrenti. Allo stesso tempo però, dal punto di vista dei consumatori, l'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato risulta fondamentale per tutelare i diritti dei cittadini in materia di pubblicità ingannevole; in particolare, prima della costituzione di tale Autorità, i consumatori non venivano tutelati da tali forme di pubblicità, le quali potevano ledere i loro interessi.

La pubblicità quindi è uno strumento efficace nella vita degli individui? E' difficile rispondere a tale domanda anche se è opportuno sottolineare che la pubblicità sia sì efficace ma soprattutto per quei prodotti di basso valore unitario, per i quali non è necessario andare alla ricerca di informazioni aggiuntive o del prezzo più basso, in questi casi infatti la pubblicità avrebbe un ruolo importante come fonte di informazione per i consumatori; nel caso di prodotti ad alto valore unitario, invece,

la pubblicità è ritenuta meno determinante, in quanto non costituisce l'unica fonte di informazione, poiché, dato l'ammontare della spesa da sostenere, il consumatore è incentivato ad effettuare una maggiore ricerca di informazioni presso diverse fonti.

Si può quindi concludere che la pubblicità sia fondamentale poiché permette di aumentare le vendite stimolando i consumatori all'acquisto dei prodotti pubblicizzati, ma l'importante è che ciò non avvenga con la consapevole finalità di ingannare i consumatori per ottenere guadagni più elevati.

BIBLIOGRAFIA

- *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa* – di G.ALPA, il Mulino, Bologna, 1977.
- *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale* – di G.GHIDINI, Giuffrè Editore, Milano, 1968.
- *La pubblicità clandestina, il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi* - di F. UNNIA, Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 1997.
- *Cassazione civile, Sez. I, ordinanza n. 12364 del 18 maggio 2018.*
- *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Provvedimento n. 21539.*

SITOGRAFIA

www.re.camcom.gov.it

www.agcm.it

www.studiocataldi.it

www.cortedicassazione.it