



COMPARATORI DI PREZZO E PRATICHE COMMERCIALI SLEALI: LE ESPERIENZE ITALIANA E FRANCESE

CARLA COSENTINO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. I comparatori di prezzo: un *tertium genus* tra pubblicità e informazione. – 3. La riconducibilità nell'ambito della disciplina pubblicitaria delle pratiche commerciali sleali. – 4. Pubblicità ingannevole e comparatori. – 5. Pubblicità comparativa e comparatori. – 6. Nuove forme di comunicazione (anche) pubblicitaria e applicabilità del regime giuridico esistente. – 7. L'esperienza francese.

1. Lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e di forme di comunicazione globalizzate e individualizzate pone rilevanti e complessi quesiti all'interprete, il quale, spesso disorientato, si trova costretto ad un adattamento se non addirittura ad un ripensamento delle consuete categorie giuridiche di cui si avvale.

Nel corso dell'ultimo decennio, con l'affermarsi del c.d. web 2.0, la nuova frontiera della comunicazione si è tradotta nella possibilità per i singoli utenti di essere creatori di informazioni, e, al tempo stesso, giudici, spesso inflessibili, dei beni o dei servizi utilizzati (si pensi, ad esempio, ai siti che consentono di segnalare strutture turistiche o valutare complessi alberghieri e attività di ristorazione). Il diffondersi di una partecipazione, "dal basso" ha determinato il contestuale sviluppo di strumenti che permettono una comparazione tra i diversi beni e servizi presenti sul mercato.

Da un punto di vista *stricto sensu* giuridico, la nascita di tali "servizi" è foriera di diversi problemi, relativi ora alla veridicità delle informazioni diffuse e, di conseguenza, alla credibilità dei servizi medesimi, ora alla tutela dei consumatori dinanzi a quelle indicazioni che, possono atteggiarsi a pratiche commerciali sleali, viziate da profili di ingannevolezza e, quindi, idonee a modificare sensibilmente le scelte di consumo¹ su un certo mercato.

Prima di approfondire i summenzionati profili, occorre, tuttavia, dar conto di una difficoltà di ordine "classificatorio". Diversi siti internet, difatti, non si limitano alla mera classificazione dei prodotti presenti sul mercato, ma indicano, quali primi risultati della

¹ È noto che il Codice del consumo, sulla scorta della disciplina comunitaria, qualifica all'art. 18, lett. m), la decisione di natura commerciale come «la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla».



ricerca, alcuni beni o servizi prodotti da soggetti con i quali il gestore della piattaforma informatica è legato da contratti di sponsorizzazione².

Del resto, anche nel settore finitimo dei motori di ricerca, è prassi diffusa quella di fornire prioritariamente agli utenti i prodotti reclamizzati. Un caso molto noto è quello degli AdWords di Google: la tematica, sotto il profilo giuridico, è stata affrontata anche dalla giurisprudenza transalpina la quale ha ritenuto che tale figura pubblicitaria rientrerebbe all'interno delle pratiche commerciali sleali, dal momento che la natura commerciale della comunicazione non sarebbe riconoscibile, in maniera intuitiva ed immediata, dai consumatori. Sul punto, come si dirà ampiamente nel prosieguo, si è pronunciata anche la Corte di Giustizia, con una decisione che ha sollevato talune perplessità.

La questione, sul piano più ampio, comporta la necessità di confrontarsi con i confini “mobili” delle comunicazioni pubblicitarie, partendo, inevitabilmente, dall'individuazione del *discrimen*, rilevante anche sotto il profilo del bilanciamento tra valori costituzionalmente garantiti, tra pubblicità e informazione.

2. È infatti risaputo che i limiti della comunicazione pubblicitaria e, di conseguenza, della loro tutelabilità sono stati oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Paradigmatica, in tal senso, è l'esperienza statunitense, dove la *Supreme Court* si è occupata, in molteplici occasioni, della riconducibilità nell'alveo del *First Amendment* delle comunicazioni a contenuto pubblicitario.

Il primo *leading case* fu *Valentine v. Chrestensen*, del 1942, nel quale venne elaborata, per la prima volta, la *commercial speech doctrine*³. Secondo quest'ultima, la pubblicità non rientrerebbe nella sfera di protezione del primo emendamento – così come le comunicazioni oscene, profane, offensive o indirizzate verso l'odio⁴ - dal momento che l'elemento commerciale prevarrebbe su quello comunicativo.

² I servizi gestiti, in genere, sono offerti gratuitamente agli utenti. Il ritorno commerciale, per i gestori delle piattaforme, è rappresentato dalla pubblicità distribuita, solitamente, negli spazi laterali dei siti internet ovvero, come nel caso che ci interessa, interponendo, ai risultati cc.dd. naturali della ricerca, quelli relativi a prodotti o servizi sponsorizzati.

³ 316 U.S. 52, 54, 86 L. Ed. 1262, 62 S. Ct. 920 (1942).

⁴ La *hate speech doctrine* – spesso indicata anche come *fighting words doctrine* – fu elaborata dalla *Supreme Court* nel caso *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Alcune decisioni successive temperarono, però, il concetto di *fighting words*, prevedendo che non rientrassero in questa nozione le comunicazioni astrattamente offensive; così in *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), decisione (invero molto contestata, con ben 4 *dissenting opinion*) nel quale fu ritenuta non contraria al primo emendamento la manifestazione nella quale veniva dato fuoco alla bandiera americana e venne ritenuta parzialmente incostituzionale la legge dello Stato di New York che vietava «publicly [to] mutilate, deface, defile, or defy, trample upon, or cast contempt upon either by words or act [any flag of the United States]». Analogamente, in un caso successivo, *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), fu giudicata lecita la maglietta indossata dal Sig. Cohen in un'aula di tribunale e recante la scritta “Fuck the Draft”. In questo caso, la costituzionalità della t-shirt fu ritenuta in relazione al fatto che l'offesa non era diretta verso nessun soggetto specifico e che non si trattava di una condotta (come invece sostenuto dal Giudice Blackmun nella sua *dissenting opinion*), ma di una manifestazione della *freedom of speech*. Rimanendo nell'area del *common law* nordamericano, più restrittiva appare, invece,



La decisione venne in seguito parzialmente rovesciata nei casi *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Council, Inc.*⁵, nel quale si affermò che le manifestazioni pubblicitarie dovessero rientrare nella nozione di libertà di parola, dal momento che assicuravano una migliore informazione al pubblico e, al contempo, la possibilità per lo stesso di formarsi un'opinione sulle diverse offerte di mercato, e in *Bigelow v. Virginia*, dove le comunicazioni commerciali vennero assimilate ad uno dei fattori di cui si compone il *marketplace of information*⁶.

Nel corso del tempo, la giurisprudenza della Suprema Corte si è uniformata alla scissione dicotomica tra *commercially motivated speech* (nel cui ambito rientrano le manifestazioni di commento e critica alla pubblicità, come *warentest* e analisi accademiche) e *commercial speech* (nel cui ambito, in via residuale, vengono ricondotte tutte le pubblicità in senso stretto, ivi compresa la pubblicità c.d. redazionale)⁷. Naturalmente, solo alla prima forma di comunicazione sarebbe accordata tutela dal Primo emendamento della Costituzione americana, mentre l'altra sarebbe disciplinata dalla normativa di settore che riguarda, in generale, le attività commerciali.

La biforcazione tra informazione commerciale e informazione *tout court* è stata affrontata con minori sfumature dalla nostra Corte Costituzionale⁸. Sebbene, per quanto è dato sapere, non si registrino decisioni che si occupano specificatamente ed esclusivamente di tale aspetto, da talune affermazioni incidentali è possibile desumere un orientamento netto della Consulta.

Si legga, ad esempio, quanto affermato nella decisione n 231 del 1985 – pronuncia ampiamente nota, giacché confermò la riserva statale sull'attività radiotelevisiva a livello nazionale: «*la netta distinzione tra le manifestazioni del pensiero delle quali, nei limiti ivi previsti, viene affermata la libertà da un lato, e la pubblicità commerciale, della quale viene sottolineata la natura di "fonte*

l'interpretazione delle Corti canadesi, che fa principalmente leva sul disposto di cui al § 319(1) del *Criminal Code of Canada*, che punisce il *Public incitement of hatred* («*Every one who, by communicating statements in a public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of [a crime]*»).

⁵ 425 U.S. 748, 765 (1976).

⁶ 421 U.S. 809, 813, 818, 820 (1975).

⁷ *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001); *Greater New Orleans Broad. Ass'n v. United States*, 527 U.S. 173 (1999); *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996); *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476 (1995); *Fla. Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S. 618 (1995); *Ibanez v. Fla. Dep't of Bus. & Prof'l Regulation*, 512 U.S. 136 (1994); *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761 (1993); *United States v. Edge Broad. Co.*, 509 U.S. 418 (1993); *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410 (1992); *Peel v. Attorney Registration & Disciplinary Comm'n of Ill.*, 496 U.S. 91 (1990); *Bd. of Trustees of State Univ. of N.Y. v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989); *Shapiro v. Ky. Bar Ass'n*, 486 U.S. 466 (1988); *Posadas de Puerto Rico Assocs. v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626 (1985); *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.*, 463 U.S. 60 (1983); *In re R.M.J.*, 455 U.S. 191 (1982); *Metromedia, Inc. v. San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n of N.Y.*, 447 U.S. 557 (1980); *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979); *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n*, 436 U.S. 447 (1978); *In re Primus*, 436 U.S. 412 (1978); *Linmark Assocs., Inc. v. Twp. of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977).

⁸ Per quanto datata, un'analisi comparatistica delle soluzioni offerte dagli ordinamenti italiano e statunitense può essere letta in A. CERRI, *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. inf.*, 1995, p. 347 ss.



di finanziamento” degli organi di informazione, dall’altro, sta ad indicare in modo inequivoco che quest’ultima è considerata una componente dell’attività delle imprese, come tale assistita dalle garanzie di cui all’art. 41 Cost., e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al secondo e terzo comma⁹.

Affermazioni analoghe, del resto, sono rinvenibili, in pronunce sia antecedenti che successive a quella appena menzionata, a dimostrazione della rigidità, se così può dirsi, della posizione dei giudici costituzionali italiani¹⁰.

L’analisi comparatistica denota, un approccio più prudente all’interno degli ordinamenti continentali (quanto detto a proposito del sistema italiano, difatti, presenta forti similarità anche nell’interpretazione del *Conseil Constitutionnel* francese)¹¹ rispetto a quanto previsto oltreoceano. È indiscutibile, del resto, che tale discrasia sia incentivata dalla diversa formulazione dell’art. 21 cost. e dell’art. 34 della Costituzione francese del 1958, da un lato, e del *First Amendment*, dall’altro, e, in particolare, dall’assenza, in questo secondo caso, di limiti forti alla manifestazione del pensiero¹².

Un’ulteriore distinzione è data dall’assenza, nell’ordinamento statunitense, di una definizione onnicomprensiva di pubblicità, sganciata dalle singole legislazioni di settore che regolano i singoli aspetti delle comunicazioni commerciali. Al contrario, in Francia e Italia, una simile definizione, circolata per mezzo del modello comunitario, è ripresa dalla Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, che, all’art. 2, lett. 1, definisce la pubblicità come «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi».

3. È noto, peraltro, che il legislatore comunitario ha operato una scissione, nel settore che ci interessa, tra pratiche commerciali sleali e pratiche pubblicitarie ingannevoli e comparative.

Pertanto, per una corretta comprensione – in termini qualificatori e di tutela rimediabile – del fenomeno in parola, pare opportuno operare una ricostruzione del quadro normativo introdotto con l’emanazione della direttiva 2005/29/CE, che si sviluppa, attraverso un sistema “bipolare”, nella disciplina delle cc.dd. pratiche commerciali sleali, recepita nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 146/07, e ancora nelle norme che

⁹ Corte cost., 11 ottobre 1985, n. 231.

¹⁰ Si vedano, in particolare, le sentenze Corte cost., 23 giugno 1965, n. 68 e Corte cost., 14 luglio 1981, n. 148.

¹¹ Cfr., *ex ceteris*, J.J. BIOLOAY *Le droit de la publicité*, P.U.F., Paris, 2ème ed., 1995, p. 18 ss.; Id., *Les différentes formes de message publicitaire: Publicité et Audiovisuel*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille-Economica 1993 p. 105 ss.

¹² Si tratta di una questione nota, ampiamente affrontata in V.ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli 1985, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.



sovrintendono la c.d. pubblicità commerciale ingannevole e comparativa, ricomprese nel D. Lgs. 145/07¹³.

Ripercorrere i caratteri pregnanti della disciplina in oggetto risponde, del resto, alla necessità di operare un'analisi, e ancor prima una ricollocazione sistematica, dell'innovativa figura rappresentata dai cc.dd. *comparison shopping web-sites*, con lo scopo di evidenziare i problemi e i punti di criticità in termini di regolamentazione e tutele che sorgono proprio rispetto alla dirompente diffusione di questo particolare fenomeno di *advertising* generato dallo sviluppo delle reti telematiche¹⁴.

Si accennava, del resto, al fatto che la repentina diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione anche quali terminali sfruttati per lo scambio e l'acquisto di merci e, soprattutto, per la pubblicità la promozione di beni e servizi, ha nella stessa maniera accelerato il processo di "spersonalizzazione" delle transazioni commerciali¹⁵.

All'interno di questo nuovo "schema" commerciale la tradizionale necessità palesata dal consumatore di conoscere realmente e fisicamente la controparte che offre il bene o il servizio richiesto, è stata sostituita dalla importanza decisiva di reperire informazioni e dati quanto più attendibili e precisi¹⁶. Questo elemento rappresenta pertanto il vero e unico punto di criticità che concorre a modificare gli equilibri di mercato, regolando e veicolando le scelte dei consumatori e di conseguenza accrescendo (o diminuendo) l'*appeal* e la reputazione commerciale di ogni operatore commerciale¹⁷.

¹³ Nell'ampia dottrina sul tema si rimanda a C. BERTI, *Messaggio pubblicitario e diritti dei terzi*, Napoli, 1992; F. CAFAGGI, voce «Pubblicità commerciale», in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 493 ss.; V. D'ANTONIO – G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in P. Stanzone – A. Musio (a cura di), *La tutela del consumatore*, Torino, 2009; M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970; F. GATTI, voce «Pubblicità commerciale», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968; E. MARIGONDA, *Pubblicità e consumi*, in AA.VV., *I bambini e i loro diritti*, a cura di P. Cendon, Bologna, 1991, 235; G. M. RICCIO, *La pubblicità e le altre comunicazioni commerciali*, in P. Stanzone – A. Musio (a cura di), *La tutela del consumatore*, Torino, 2009; L. SORDELLI, voce «Pubblicità (disciplina della)», in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 11 ss.; A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, 2004; L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4° ed., Padova, 2008; A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto industriale*, Milano, 2009; V. ZENO-ZENCOVICH, *La disciplina legislativa dell'attività pubblicitaria: ragioni e contraddizioni*, in *Dir. inf.*, 1995, p. 803 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH – F. ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazione*, Padova, 1991, p. 1058 ss.

¹⁴ Il termine "web 2.0" è stato coniato da Tim O' Reilly nel 2004, durante una *convention* svoltasi negli Stati Uniti. Per ulteriori informazioni si rimanda al contributo ospitato nella pagina dello stesso Autore: T. O' REILLY, *What is web 2.0*, in *oreilly.com*.

¹⁵ Cfr. R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 5, p. 327 ss.

¹⁶ La dematerializzazione delle informazioni e l'impossibilità per il consumatore di avere un rapporto, per dir così, "fisico" con il bene accresce le asimmetrie informative tra questo soggetto e i professionisti, cfr. R. PARDOLESI – A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996, p. 407.

¹⁷ Un simile approccio, peraltro, pare essere confermato anche a livello legislativo. È appena il caso di ricordare, infatti, che uno dei principali pilastri su cui poggia la normativa in materia di commercio elettronico



Il primo ambito di cui occorre discutere è pertanto collegato agli artt. 18 – 32 del D. Lgs. 260/05 (c.d. Codice del Consumo), recentemente modificati dal già citato d.lgs 146/07, con il quale è stata introdotta la disciplina delle c.d. pratiche commerciali “sleali” o, per dirla con il legislatore italiano, “scorrette”¹⁸, in un’ottica che per la prima volta pone al “centro” della normativa sulla pubblicità commerciale la figura del “consumatore”¹⁹ mediante la predisposizione di meccanismi di tutela “diretta”, che hanno ampliato sensibilmente il novero delle figure di illecito contemplate o contemplabili²⁰.

(D. Lgs. 70/03) e contratti a distanza (disciplinati, come risaputo, dal Codice del consumo) è da individuare negli obblighi di informazione preventiva che il professionista deve fornire al consumatore.

¹⁸ Il legislatore italiano ha infatti deciso di optare, in sede di recepimento della *supra* citata direttiva, per la dicitura “scorrette” in luogo di “sleali”, al fine di prevenire una possibile confusione con la disciplina della concorrenza sleale ex art. 2598 ss. del codice civile. Cfr. la relazione di accompagnamento del d.lgs 146/2007.

¹⁹ Nel caso di specie la nozione di “consumatore” sarà da ricondurre, in una accezione più ampia e “mobile”, a quella di “consumatore medio”, appartenente al gruppo che rappresenta il target di riferimento della pratica commerciale presa in oggetto. Tale nozione, elaborata dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo all'applicazione alla disciplina della pubblicità ingannevole, è stata ripresa nei considerando della direttiva 2005/29/CE, al n. 18, per cui «E' opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità ingannevole dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio».

²⁰ Sul tema, in via generale si rimanda a AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino, a cura di G. De Cristofaro, 2007, p. 1 ss.; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007; AA.VV. *Cinque voci sulla direttiva comunitaria 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2007, p. 1; T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali». Commento alla direttiva CE n. 29 dell'11 maggio 2005*, in *Dir. Banca merc. fin.*, 2006, n. 2, p. 21; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2007; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 04, p.762; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 173 ss; R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. Com.*, 2006, 361; P. MAGNANI, *Direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv. Soc.*, 2005, p. 962; P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 954 ss.; L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 521 ss. Con riferimento alla letteratura straniera si rimanda invece a AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di Weatherill e Bernitz, Oxford, 2007; G. HOWELLS, H-W. MICKLITZ E T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, 2006; M. RADEIDEH, *Fair Trading in EC law, Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005; AA.VV., *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, a cura di Krejci, Kessler e Augenhof, Wien, 2005; AA.VV., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, a cura di Collins, London-New York, 2004; F. HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Gewerblicher Rechtsschutz - und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2005, p. 629 ss.; H. KÖHLER, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Gewerblicher Rechtsschutz - und Urheberrecht*, 2005, p. 793 ss.; H. COLLINS, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *European Review of Contract Law*, 2005, p.



Il sistema di tutele predisposte in favore del consumatore infatti – insieme alla nozione di consumatore stesso – è transitato da una prospettiva “statica” ad un’altra prettamente “dinamica”, nella quale l’introduzione del concetto di “pratica commerciale” ne ha ampliato il raggio d’azione portandolo al di fuori dell’ambito negoziale o precontrattuale²¹.

In altre parole, si è ritenuto opportuno estendere l’efficacia della normativa ad una fase pre-negoziale: nel caso dei portali di comparazione in analisi tale fase andrebbe ricondotta al momento, per dir così, attivo²² della navigazione, della ricerca e della raccolta delle informazioni riguardanti particolari prodotti e servizi effettuata dall’utente-consumatore. La prospettiva risulta pertanto deviata dal rapporto di consumo e ricondotta all’ambito delle azioni poste in essere dal professionista al fine di stimolare e indurre il consumo stesso.

Il secondo fine, per così dire “indiretto” della normativa in esame è invece riferibile alla figura dell’imprenditore (*rectius*: professionista) e risiede nella volontà del legislatore di incentivare lo stesso ad intraprendere volontariamente “percorsi virtuosi” che portino all’adozione di pratiche commerciali sempre più leali e corrette, soprattutto attraverso l’auspicata diffusione di strumenti autoregolamentativi quali i cc.dd. “codici di condotta”²³.

Secondo l’art. 18, lett. d), del D. Lgs. 206/05, per “pratica commerciale” si deve intendere «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

Tale formulazione andrebbe pertanto a ricomprendere nella maniera più ampia e omnicomprensiva tutte le tecniche di promozione adottate dal professionista al fine di incentivare e indurre al consumo e ricondotte ad un parametro temporale esteso al «prima, durante e dopo un’operazione commerciale»²⁴.

417 ss.; J. STUYCK, E. TERRY, T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 107 ss.

²¹ In questo senso, v. V.C. TUVERI, *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Giur. merito*, 2008, p. 612.

²² Di consumatore “attivo” discorre F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012, p. 735 ss.

²³ Cfr. i Considerando 2 e 20 della Direttiva 2005/29/CE. In ambito pubblicitario, il ricorso all’autoregolamentazione è da tempo oggetto di attenzione: sui relativi limiti si rinvia a S. SICA, *Autodisciplina pubblicitaria e tutela del consumatore oltre il diritto statale?*, in *Vita notarile*, 1994, 1004 s., nonché ad A. MUSIO, *Pubblicità commerciale e self-regulation*, in A. MUSIO - F. NADDEO, *Pubblicità e “Garanti”*, in *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. Stanzone, Salerno, 1998, p. 25 ss.

²⁴ Art. 19, 1° comma, d.lgs 206/05. Secondo F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo*, cit., la volontà del legislatore sarebbe quella di «mettere in relazione un linguaggio destinato ad una massa indefinita di persone, e come tale astratto, generale, codificato secondo standards oggettivi e tecnici, o magari sperimentale, fatto comunque di parole, immagini, suoni, comportamenti, ai quali il professionista affida un certo “messaggio”; con la percezione individuale del singolo destinatario, il quale con il corredo dei suoi interessi, bisogni e aspettative scende sul mercato per “decidere” se quando e come acquistare quel



In questo comparto andrebbero senza problemi ricondotte le pratiche – estremamente mutevoli ed eterogenee nelle dinamiche di attuazione – connesse alla promozione di prodotti e servizi sul *web*.

Seguitando nella rassegna dello schema normativo, viene affrontato il concetto di “scorrettezza” o “slealtà” della pratica commerciale, definita tale «*se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa, o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o alla quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*»²⁵.

Si è proceduto pertanto a valutare il comportamento del professionista-imprenditore entro i parametri della “diligenza professionale”; concetto questo che, estrapolato dai classici canoni civilistici²⁶, si estrinseca nel «*normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*»²⁷.

In questi termini la disciplina della concorrenza *lato sensu* sleale (riguardante dunque la necessità di garantire a tutti gli operatori di un determinato mercato di poter concorrere o avere la possibilità di concorrere in condizioni di “parità” e secondo una logica di mercato), viene integrata da una nozione di concorrenza trasparente e “di qualità”²⁸.

Tali principi, trasfusi dalla disciplina consumeristica ed adattati alla disciplina delle pratiche e delle comunicazioni commerciali²⁹, vengono formulati in modo da garantire che i meccanismi concorrenziali non “schiaccino” – come spesso accade nel *marketing on-line* – i diritti e gli interessi dei consumatori, non inducendo gli stessi «*ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe(ro) altrimenti preso*»³⁰.

“prodotto” e cosa farne dopo. In altre parole, il legislatore assume quale oggetto della sua valutazione – e poi di quella degli altri soggetti istituzionali ai quali si rivolge – i linguaggi dell’impresa utilizzati per la presentazione di un prodotto sul mercato, e lo fa in relazione all’effetto che tali linguaggi possono determinare sul consumatore nel momento nel quale costui decide di acquistare».

²⁵ Art. 20, 2° comma, d.lgs 206/05.

²⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, 15 giugno 2009, n. 5625: il riferimento è ad uno «standard di diligenza particolarmente elevato, non riconducibile ai soli canoni civilistici di valutazione della condotta ed esteso ad una fase ben antecedente rispetto all’eventuale conclusione del contratto».

²⁷ Art. 18, 1° comma, lett. h), d.lgs 206/05.

²⁸ Così R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, cit.

²⁹ Si ritorna, ad esempio alla mutata nozione di “consumatore medio” disposta dall’art. 20, 3° comma del D. Lgs. 206/05, per cui ci si riferisce nello specifico a tutte quelle pratiche commerciali che, «pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera».

³⁰ Art. 21, d.lgs 206/05..



Pare dunque di trovarsi in presenza di un tentativo di contrattualizzazione delle dinamiche pre-negoziali³¹, nel quale gli obblighi di trasparenza e di informazione disposti in favore del consumatore e frutto degli sforzi profusi dal legislatore comunitario negli ultimi decenni, divengono clausole fondamentali estendibili anche al di fuori del “momento” prettamente contrattuale o pre-contrattuale³² e adattabili pertanto alla prassi commerciale “atipica” nata e sviluppatasi primariamente in seno alla diffusione delle *Information and Communication Technologies*.

Tale sistema è caratterizzato, ragionando in estrema sintesi, da un’unica grande fase precedente all’acquisto del bene nella quale l’utente-consumatore si trova a dover scegliere a seguito di un “solitario” processo, che potremmo definire di “negoziante unilaterale”, basato esclusivamente sul confronto delle informazioni captate sul *web*.

Fissato il concetto di “pratica commerciale scorretta”, elevato dal legislatore comunitario alla stregua di una clausola generale³³ e aperta, la disciplina si ramifica – in un’accezione più esemplificativa che restrittiva – con la previsione di due norme generali di divieto, riguardanti le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive e, ancora, di altrettante *black lists*, che fissano tassativamente alcune ipotesi tipiche di pratiche ingannevoli ed aggressive considerate vietate “in ogni caso”.

Citando, per soli fini di completezza, la definizione di pratica commerciale “aggressiva”, considerata come la «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»³⁴, pare opportuno soffermare la nostra attenzione sulla prima categoria di pratiche commerciali descritte dal legislatore comunitario, ovvero su quelle considerate “ingannevoli, a loro volta distinte in azioni od omissioni ingannevoli”³⁵.

³¹ Così F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo*, cit.

³² V. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 6, p. 408 ss. per cui: «In altre parole, la novella attribuisce rilevanza a condotte del professionista che difficilmente lo sarebbero nell'ambito del codice civile. Ciò è ancor più evidente se si prende in considerazione il 2° co. dell'art. 21 c. cons. Qui la scorrettezza è valutata sull'idoneità della pratica ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso in quanto comporti un'attività «che ingenera confusione» con altri prodotti o marchi, ecc.; ovvero in quanto comporti «il mancato rispetto» da parte del professionista di «impegni» previsti in un codice di condotta. Nelle ipotesi menzionate l'ingannevolezza ha ancor meno a che fare che in altre con il raggio tradizionale, laddove mira invece o a confondere il consumatore attenuando le differenze tra i prodotti di un medesimo settore; ovvero a violare impegni di comportamento che il professionista dichiara di aver precedentemente assunto attraverso l'adesione ad un codice di condotta»

³³ V. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impr.*, 2009, 1, p. 73 ss.

³⁴ Art. 24, D. Lgs. 206/05.

³⁵ R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, cit., p. 147 ss.



Per “azione ingannevole”, conformemente al dettato dell’art. 21 Cod. cons., si intende quella pratica commerciale che fornisca informazioni che non rispondono al vero, o ancora corretta ma idonea in qualsiasi modo ad indurre in errore il consumatore rispetto ad alcuni precisi e fondamentali elementi.

Questi ultimi requisiti, elencati in maniera analitica dalla normativa consistono in: *a)* l’esistenza o la natura del prodotto; *b)* le caratteristiche principali del prodotto; *c)* la portata degli impegni del professionista; *d)* il prezzo o il modo in cui questo è calcolato; *e)* la natura e le qualifiche del professionista; *f)* i diritti del consumatore. Infine, si specifica che sarà comunque intesa come ingannevole quella pratica che induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe preso se non fosse stato “investito” dalla pratica sleale in oggetto.

Per “omissione ingannevole” viene infine intesa quella pratica che «*nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*» o, ancora, la pratica per mezzo della quale il professionista “oscuri” o presenti in maniera intempestiva, o ambigua e incomprensibile, le stesse “informazioni rilevanti” al consumatore.

Proprio la previsione del divieto di omissioni ingannevoli pare essere stato ritagliato su misura per adattarsi facilmente all’estrema dinamicità delle pratiche commerciali adottate per mezzo del *web*: tale divieto infatti opererebbe alla stregua di un obbligo di informazione, per dir così, generalizzato, rapportabile volta per volta al caso concreto³⁶, ed estendibile a qualunque tipo di contatto che intercorra tra consumatore e professionista.

Secondo l’art. 22 Cod. cons. inoltre, il professionista è investito dell’onere di comunicare tutte quelle informazioni che si ritengono decisive e che concorrono a “costruire” una manifestazione del consenso del consumatore il più consapevole possibile. Le modalità di comunicazione delle informazioni dovranno infine essere tempestive, ovvero dovranno essere attuate in un lasso temporale idoneo ad incidere realmente sulla capacità di discernimento del consumatore stesso.

Poste queste basi, ciò che rileva ai fini della presente trattazione è il lampante riferimento operato dal legislatore comunitario al potere persuasivo intrinseco

³⁶ Così C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 784 e anche C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 6, p. 418, per cui «Il modello è dato – ancora una volta – dal prototipo del consumatore mediamente avveduto e mediamente informato, che abbia cioè in qualche modo colmato per suo conto l’asimmetria informativa che normalmente contraddistingue il rapporto di consumo. Mentre il limite dell’obbligo è dato dalla consapevolezza del consenso, sicché il professionista “non deve fornire tutte” le informazioni di cui dispone sul prodotto e sul contratto, ma “soltanto quelle rilevanti di cui mediamente si ha bisogno” ai fini di una decisione consapevole. Oltre questo limite, la reticenza non è affatto rilevante e nemmeno può configurarsi il cosiddetto dolo omissivo».



nell'informazione fornita dal professionista, intesa principalmente come quella massa di dati che permette al consumatore medio di operare una decisione rispetto al comportamento commerciale da tenere, informazioni essenziali pertanto e capaci di pilotarne il consenso e la volontà d'acquisto, indirizzandola verso la scelta definitiva di un determinato bene o servizio.

E' proprio questo il segmento strategico nel quale si installano i moderni portali internet che forniscono i servizi di comparazione: un insieme di dati, informazioni, (o ancora commenti di altri utenti), riguardanti alcune tipologie di prodotti o servizi, che inquadrano la volontà del consumatore *on-line* in una logica di ricerca del prodotto o servizio migliore (o è considerato tale) o semplicemente più economico e conveniente (nel caso dei c.d. comparatori di prezzo).

Si assiste pertanto all'attuazione di strategie di *advertising* che fanno della classificazione – e, soprattutto della raccolta ed elaborazione, sotto forma di elenchi classificabili di informazioni – il proprio punto di forza, creando degli strumenti-guida che seguono ovunque l'utente/consumatore (anche grazie alla moltiplicazione delle *apps* installabili sugli *smartphones* di ultima generazione) e che forniscono allo stesso in tempo reale quei flussi di informazioni capaci di orientarne, ma molto spesso di disorientarne le scelte³⁷.

Tali scelte infatti si potranno basare su una percezione positiva del dato fornito, qualora, in maniera diligente e tempestiva il professionista abbia corredato di informazioni precise e corrispondenti al vero le descrizioni dei prodotti presentati, ma molto spesso vengono invece influenzate da percezioni erranee, legate ad informazioni imprecise, non veritiere o, ancora, seppur corrispondenti al vero, poste al consumatore in maniera tale da distorcerne prospettiva e metri di valutazione, convogliando la propria attenzione su un determinato prodotto non perché distinto da oggettivi standard di maggiore qualità o convenienza, ma a causa e per gli effetti di una mera pratica scorretta.

Il ruolo del consumatore/utente medio del mondo "virtuale", pertanto, per certi versi potrebbe essere equiparabile – si consenta il parallelismo – alle mansioni della casalinga intenta a compiere l'atto giornaliero di "fare la spesa", valutando prezzi, indicazioni, ed etichette dei prodotti che trova sugli scaffali del supermercato, con la basilare differenza che il ruolo attivo del consumatore moderno non è influenzato soltanto dagli *input* prodotti dalle campagne di pubblicità commerciale "classica", ma è assistito e supportato da servizi che promettono scelte facili e infallibili assicurando, nella frenesia dell'era moderna, un risparmio sia in termini economici che temporali.

La distanza tra consumatore e professionista, dunque, a seguito dell'ascesa di un commercio e di una promozione che si svolge sempre più di frequente *on-line*, si fa sempre più ampia e, come vedremo nel prosieguo, rischia di vedere eluse ed aggirate le istanze di tutela dei soggetti coinvolti, soprattutto a causa del carattere "mediato" dei rapporti in oggetto.

³⁷ Da una lettura delle condizioni generali di contratto di *Kelkoo*, uno dei "comparatori" più famosi e diffusi, si legge che «Il sito Kelkoo costituisce soltanto una guida all'acquisto su internet».



All'interno di queste nuove figure di contatto commerciale – delle quali un esempio paradigmatico è rappresentato appunto dal sistema del *comparison advertising* – si assiste, infatti, ad un intreccio di rapporti a “sogettività tripartita” (gestore, inserzionista/professionista e consumatore) in cui un ruolo decisivo è ricoperto dal gestore della piattaforma – unitamente alla sua controversa natura giuridica – inquadrato quale “arbitro” neutrale, terzo e imparziale delle scelte commerciali di ogni consumatore.

4. Continuando nella disamina delle norme che disciplinano le pratiche commerciali e la pubblicità, l'altro (e più risalente nel tempo) frangente è rappresentato dalla disciplina della pubblicità ingannevole e, soprattutto della c.d. pubblicità comparativa, concepita dal legislatore al fine di equilibrare le posizioni concorrenziali dei soli operatori del mercato, ovvero dei professionisti³⁸.

La disciplina della pubblicità ingannevole nasce con l'emanazione della direttiva 84/450/CEE³⁹ (seguita in Italia dal D. Lgs. 74/92⁴⁰) e si evolve passando dalla direttiva 97/55/CE sulla pubblicità comparativa⁴¹ (recepita col D. Lgs. 67/2000)⁴², trovando un raccordo sistematico e contenutistico nell'art. 14 della direttiva 2005/29, recepito dal legislatore italiano e confluito nel D. Lgs. 145/07.

L'ambito di applicazione della normativa sulla pubblicità ingannevole è ristretto ai soli rapporti tra professionisti, ovvero di quelle persone fisiche o giuridiche che, secondo una posizione ormai consolidata, operano nella sfera della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale⁴³.

³⁸ Cfr. R. DE MEO, voce «pubblicità ingannevole», in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., agg. III, Torino, 2007, p. 1100 ss.; M. FUSI – P. TESTA – P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993; A.M. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d. lg. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contratto e impr.*, 1992, 426; ID., *La pubblicità ingannevole*, Roma, 1999; L. GIRONE, *La legge n. 49/05 riforma la normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa: maggiori poteri sanzionatori e istruttori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 49 ss.; V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994; D. RISPOLI, *La pubblicità tra mercato e tutela dei cittadini-utenti*, Milano, 1997.

³⁹ Dir. 84/450/CEE del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole (in G.U.C.E. L 250 del 19 settembre 1984). V. F. SAJA, *La direttiva n. 84/450 e il d. lg. di attuazione: funzioni dell'Autorità Garante*, in AA.VV., *La pubblicità. Figure contrattuali, tutela dei consumatori, salvaguardia della concorrenza*, a cura di Vaccà, Milano, 1992, p. 119 ss.

⁴⁰ Cfr. G. ALPA – C. ROSSELLO, *Prime note sulla attuazione della direttiva comunitaria in materia di pubblicità ingannevole (d.lg. 25 gennaio 1992, n. 74)*, in *Dir. Inf.*, 1992, 259.

⁴¹ Dir. 97/55/CE del 6 ottobre 1997 (in G.U.C.E. L 290 del 23 ottobre 1997).

⁴² Per un commento alla fase “intermedia” della disciplina, sviluppatasi con l'emanazione della direttiva 97/55, si veda, tra gli altri, F. FIGURELLI, *Pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2000, 5, p. 883 ss.

⁴³ Sul tema si rimanda alla disamina svolta da A. STAZI, *La nozione di consumatore nella dottrina e nella giurisprudenza comunitaria ed europea*, in *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, a cura di G. Cassano e M.E. Di Giandomenico, Padova, 2010.



In questo senso, l'intervento armonizzatore del legislatore europeo approntato con l'emanazione della direttiva 2005/29 (e con le previsioni in tema di pratiche commerciali scorrette) pare per certi versi completare, ma anche incorporare, la "vecchia" disciplina sulla pubblicità ingannevole, in un rapporto che alcuni hanno definito complementare e di osmosi⁴⁴, sancito con l'individuazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato quale figura preposta alla tutela e alla regolamentazione degli interessi di entrambe le parti in aggiunta ai rimedi civilistici "classici" previsti dagli artt. 2598 ss. del codice civile in tema di concorrenza sleale, nonché alle funzioni svolte dagli organi di autodisciplina pubblicitaria⁴⁵. A nostro avviso, invece, le pratiche commerciali sleali non possono essere sovrapposte così semplicemente alla pubblicità ingannevole non solo, e non tanto, per una presunta differenza, per dir così, ontologica, quanto, piuttosto, per la percezione che della pratica stessa ha il soggetto destinatario della comunicazione commerciale.

Ad ogni modo, pare indubbio che la normativa in esame pone le basi della disciplina generale della c.d. pubblicità commerciale, fissando i concetti fondamentali di pubblicità ingannevole e, ancora, di pubblicità comparativa⁴⁶.

Proprio quest'ultima fattispecie risulta poter essere di grande interesse ai fini della presente analisi, date le funzioni di raffronto tra prodotti che i *comparison web-sites* offrono agli utenti in relazione a vaste categorie di prodotti e servizi. Esempi paradigmatici sono rappresentati dai comparatori di prezzo di voli aerei, o ancora dai comparatori di beni di consumo quali capi d'abbigliamento, scarpe o accessori.

La prima parte – di carattere "sostanziale" – del decreto 145/07 sintetizza alcuni precetti generali destinati ai professionisti e riferibili all'ambito della pubblicità commerciale:

⁴⁴ In questo senso L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 3, p. 165 ss.: «D'altro canto, imprese e consumatori sono entrambi protagonisti e attori del mercato. Già da anni, lo stesso diritto antitrust - anch'esso di matrice comunitaria - si è progressivamente evoluto in senso proconsumeristico, nel senso che ha conferito un crescente rilievo all'analisi dell'impatto delle condotte delle imprese sui consumatori. L'obiettivo ultimo dell'intervento antitrust è, infatti, quello di produrre risultati concreti e misurabili nei loro reali benefici per i consumatori finali. La disciplina del mercato è, dunque, sicuramente la prima forma di tutela del consumatore».

⁴⁵ L'art. 8 del D. Lgs. 145/07 – come anche l'art. 27 del Codice del Consumo - «al fine di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa», offre infatti al professionista la possibilità di optare per il ricorso all'azione di concorrenza sleale (comma 15) o alla "denuncia" del comportamento comunicazionale ingannevole o non lecitamente comparativo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'AGCM opera secondo un procedimento diviso in tre fasi (pre-istruttoria, istruttoria e decisoria), regolato dalla delibera 15.11.2007, n. 17589 e ed è legittimata ad irrogare sanzioni pecuniarie particolarmente pesanti al trasgressore, con un onere della prova che può essere invertito a carico dell'inquisito ai fini della dimostrazione dell'«esattezza materiale dei dati contenuti nella pubblicità». Sul tema si veda S. SIMONE, *Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 10, p. 675 ss. e ancora V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, p. 803 ss.; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediaria*, in *Dir. ind.*, 2011, 1, p. 45 ss.

⁴⁶ Sulla struttura dell'intervento legislativo di recepimento operato in Italia si rimanda a G. DE CRISTOFARO, *Il regime normativo "generale" della pubblicità*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, 2-3, p. 295 ss.



tali disposizioni, invero, non appartengono al testo della direttiva comunitaria, ma sono stati elaborati su iniziativa dello stesso legislatore italiano.

Secondo il disposto dell'art. 2, lett. a), D. Lgs. 145/07, per pubblicità commerciale si intende, conformemente a quanto già ricordato, «*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*». La pubblicità inoltre, per essere lecita, dovrà essere vera, palese e corretta⁴⁷.

Si percepisce immediatamente come la nozione *supra* fornita si installi in un "sottosistema" rispetto alla «*grosse Generalklausel*» che identifica l'insieme delle pratiche commerciali scorrette.

Per pubblicità ingannevole in "senso stretto" si intende invece quel tipo di pubblicità che sia idonea ad «*indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che raggiunge*», e che – vista la tipologia di soggetti (professionisti) alla quale la norma è rivolta – «*a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente*».

All'art. 3, D. Lgs. 145/07, segue poi l'elenco degli elementi di valutazione, indispensabili per guidare l'interprete nell'identificazione di fattispecie di pubblicità ingannevole.

Le cc.dd. "condizioni di ingannevolezza" appaiono simili a quelle previste per le pratiche commerciali scorrette e racchiuse nell'art. 2, lett. a) - g) Cod. cons., essendo anch'esse focalizzate sulle caratteristiche "essenziali" dei beni o dei servizi, sul prezzo degli stessi, o ancora sulla categoria o le qualifiche dell'operatore pubblicitario.

Non pare tra l'altro che possa individuarsi una norma di carattere "predominante", che abbia applicazione prioritaria sul fenomeno dei portali *web* di comparazione, ma sembrerebbe piuttosto che entrambe gli ambiti di tutela (sia quello concernente le pratiche commerciali ingannevoli sia appunto quello sulla pubblicità ingannevole) potrebbero agevolmente essere adattati alla fattispecie in analisi, posta la comune condizione ai fini dell'illicetità della pratica in esame dell' "induzione in errore" dei soggetti coinvolti, siano essi utenti-consumatori, siano ancora professionisti⁴⁸ che vedano pregiudicata la propria posizione concorrenziale all'interno del mercato di riferimento.

5. L'ultima disposizione che chiude il quadro generale riguarda la c.d. pubblicità comparativa. Per ciò che rileva al momento, è opportuno sottolineare come la principale caratteristica dei portali di "comparazione" *on-line* sia rappresentata dalla possibilità di confrontare prodotti o servizi, basata principalmente sulla valutazione dei prezzi o ancora sulle opinioni dei consumatori.

⁴⁷ Art. 1, comma 2°, D. Lgs. 145/2007.

⁴⁸ Nel caso di specie per professionista si deve intendere « qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista ».



Come sostenuto da tempo dalla dottrina, per pubblicità comparativa si intende quel «tipo di pubblicità commerciale nella quale al prodotto (o servizio) pubblicizzato vengono confrontati uno o più prodotti (o servizi) concorrenti, al fine di far risaltare la superiorità o la maggiore convenienza del primo rispetto agli altri»⁴⁹.

Per semplificare maggiormente la comprensione del fenomeno, opereremo una breve sintesi delle tipologie più diffuse di comparatori *on-line*, al fine di evidenziarne caratteristiche e punti di criticità:

- a) comparatori di prezzo di beni materiali (abbigliamento, accessori, libri)⁵⁰;
- b) comparatori di prezzo di beni immateriali (voli aerei, servizi vari)⁵¹;
- c) comparatori di attività commerciali, o ancora meglio *rating – lists* attraverso le quali gli utenti registrati ai portali forniscono delle opinioni di fatto recensendo ristoranti, hotel ecc. e permettendo delle “classificazioni” in base ai “voti” ottenuti⁵².

La figura della pubblicità comparativa, per molto tempo osteggiata dal legislatore europeo⁵³, è stata introdotta e disciplinata per la prima volta con l’emanazione della direttiva 97/55/CE, attraverso la previsione di un rigido schema di preclusioni atte a distinguere primariamente le condizioni di “liceità” della stessa e quindi, indirettamente, le fattispecie illecite⁵⁴.

Per pubblicità comparativa, conformemente a quanto previsto dal legislatore comunitario per ultimo con la direttiva 2005/29/CE si intende qualsiasi tipo di pubblicità che «*identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*»: primo elemento caratterizzante è pertanto l’identificabilità – diretta o indiretta – di un rapporto con un concorrente o ancora con beni o servizi offerti da un concorrente ad opera della tecnica pubblicitaria utilizzata.

⁴⁹ Così M. FUSI, *Sul problema della pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, p. 105.

⁵⁰ In questa categoria, tra i portali web più diffusi si è affermato *Kelkoo* (www.kelkoo.it) o ancora *Ciao* (www.ciao.it).

⁵¹ La diffusione dei motori di ricerca e comparazione dei prezzi dei voli nasce principalmente dall’affermazione delle compagnie aeree *low-cost* e dal contemporaneo accentramento dell’acquisto di biglietti aerei direttamente attraverso i portali web delle compagnie. In un certo modo, siti internet quali *Skyscanner* (www.skyscanner.it) o l’italiana *Volagratis* (www.volagratis.it) si sostituisce (a costo zero), nell’immaginario del consumatore, ai servizi offerti quasi due decenni fa dalle agenzie di viaggio.

⁵² Esempio paradigmatico di questa ultima e molto diffusa categoria di comparatori è *Tripadvisor* (www.tripadvisor.it), nel quale si opera una vera e propria “classifica” mondiale per città e località turistiche - principalmente di ristoranti ed esercizi alberghieri – basata sulle “recensioni” e le “valutazioni” fornite da utenti registrati.

⁵³ Cfr. S. GUIZZARDI, *Pubblicità comparativa e autodisciplina pubblicitaria: prospettive dopo la direttiva CEE*, in *Giur. It.*, 1999, p. 1344 ss.; M. PEITZ - F. BARIGOZZI, *Comparative Advertising and Competition Policy*, School of Business Administration, Working Paper 19/2004, 2004.

⁵⁴ Sul tema v. A. BORRUSO, *La pubblicità comparativa: l’attuazione della Direttiva n. 97/55/CE in Italia e la sua “ratio” economica*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2005, 4, p. 198 ss.; A. MUSIO, *La pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, in *Dir. inf.*, 1999, 01, p. 167 ss. e ancora G. ROSSI, voce «Pubblicità comparativa», in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., I, Torino, 2000, p. 656 ss. e ivi ampia bibliografia – anche straniera – riportata.



L'espressa previsione dell'identificabilità del concorrente o dei beni offerti dal concorrente restringe l'ambito di operatività della disciplina alla sola pubblicità comparativa c.d. diretta, ovvero quella pubblicità che, appunto, ha per oggetto il confronto di beni o servizi di concorrenti il cui nome o segno distintivo sia ben identificato o facilmente identificabile, escludendo la fattispecie della pubblicità comparativa c.d. indiretta – della quale si parlerà in maniera più ampia *infra* – contraddistinta dal fatto che il confronto avvenga su categorie o classi di prodotti concorrenti non facilmente individuabili⁵⁵ o ancora che sia riferita “*solo ad un tipo di prodotto che non consente di riconoscere alcun concorrente in particolare*”⁵⁶.

Segue poi, all'art. 4, una precisa e completa disamina delle condizioni di liceità della pubblicità comparativa, quali: *a)* la non ingannevolezza; *b)* l'aver ad oggetto il confronto di beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi; *c)* il confronto oggettivo di una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso il prezzo; *d)* l'obbligo di non ingenerare fattispecie confusorie sul mercato tra i professionisti, o, ancora, tra operatori pubblicitari o tra marchi e altri segni distintivi; *e)* l'obbligo di non causare discredito o non sia denigratoria di marchi, denominazioni commerciali e altri segni distintivi; *f)* per prodotti contraddistinti da denominazioni di origine la circostanza che si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione; *g)* l'obbligo di non trarre indebito vantaggio dalla notorietà connessa ad un altro marchio; *h)* l'obbligo di non presentare un bene o servizio come imitazione o contraffazione di un altro.

La normativa si estende tra l'altro indifferentemente sia ai potenziali danni subiti dal consumatore sia alla compromissione di rapporti concorrenziali tra professionisti. Con la nuova redazione dell' art. 4, lett. a), D. Lgs. 145/07 infatti il legislatore si è premurato di specificare che la pubblicità comparativa lecita non dovrà primariamente essere né ingannevole a norma degli artt. 21-23 Cod. cons., né “ingannevole” a norma dell'art. 2, lett. b), D. Lgs. n. 145/07.

Con riguardo al requisito della verificabilità, ad esempio applicabile alla comparazione tra prezzi, si specifica che essa debba essere intesa quale dimostrabilità dell'informazione, nel senso che la correttezza del dato fornito debba essere attestabile rispetto a parametri oggettivi tali da poterne confermare la veridicità, nel rispetto dei canoni generali di completezza e chiarezza della comunicazione pubblicitaria.

Ancora su questo tema, ma con riferimento a comparazioni di “prezzi medi” adottati nell'ambito dei supermercati e della grande distribuzione, il giudice comunitario ha puntualizzato che nel caso di comparazione di una moltitudine di beni, al fine di integrare il

⁵⁵ In tal senso S. GATTI, *Pubblicità commerciale*, cit., p. 1060; F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, cit., p. 493 e ss.; A. MUSIO, *La pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, cit.

⁵⁶ Così M. FUSI, *nota a CGE Sez. I*, 19 aprile 2007, n. 381, in *Dir. ind.*, 2007, 4, p. 393. Cfr. ancora V. ACQUAFREDDA, *nota a Trib. Milano*, 02 settembre 2003, *Pubblicità comparativa e illecito concorrenziale per denigrazione*, in *Dir. ind.*, 2004, 6, p. 577 ss. per cui « Nella comparazione indiretta, invece, la contrapposizione tra prodotti o servizi viene compiuta senza alcun riferimento specifico al concorrente “preso di mira” ».



requisito della verificabilità del prezzo, o delle informazioni sarà sufficiente che l'operatore pubblicitario segnali dove e in che modo l'utente possa agevolmente avere completa contezza di tali notizie⁵⁷.

6. Le rigide prescrizioni imposte dal legislatore in tema di pubblicità comparativa c.d. "diretta", condizionano le "mosse" degli operatori del mercato, indirizzandoli, per ovvie ragioni di convenienza economica, verso l'adozione di forme di comunicazione pubblicitaria o, in senso più ampio, di pratiche commerciali, che prevedano delle fattispecie di comparazione di tipo "indiretto", attraverso le quali non si individui – esplicitamente o implicitamente – ma comunque con sufficiente precisione, il concorrente oggetto della comunicazione pubblicitaria, ma si operi un raffronto generico con i *competitors*.

Secondo le più autorevoli opinioni dottrinali e il consolidato parere della giurisprudenza, infatti, la disciplina confluita nel D. Lgs. 145/07 non andrebbe applicata alla comparazione indiretta, alla quale di conseguenza andrebbero estese le prescrizioni generali in tema di pubblicità ingannevole⁵⁸ – o, ancora in una visione che contempla la posizione debole del consumatore medio – la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette⁵⁹.

⁵⁷ CGE, Grande Sez., 19 settembre 2006, Causa C-356/04, in *Racc.*, 2006 I-8501. Per un commento della pronuncia si rimanda a P. ERRICO, *Comparazione del livello generale dei prezzi praticati da catene di grandi magazzini*, in *Dir. ind.*, 2007, 2, p. 192 ss.

⁵⁸ Cfr. A. RAPISARDI, *Il diritto industriale 10 anni dopo. Il punto su ...la pubblicità (Convegno di studi - Milano 20 settembre 2002)*, in *Dir. ind.*, 2002, 4, p. 398 ss.; M. FUSI, *nota a CGE, Sez. I, 19 aprile 2007, n. 381*, in *Dir. ind.*, 2007, 4, p. 393 ss.; M. FUSI – P. TESTA – P. COTTAFARI, *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, 2000, p. 111 ss.; P. AUTERI, *La pubblicità comparativa secondo la direttiva 97/55 CE*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 606; V. MELI, *La pubblicità comparativa fra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 1999, 2, p. 267 ss.; A. BORRUSO, *La pubblicità comparativa: l'attuazione della Direttiva n. 97/55/CE in Italia e la sua "ratio" economica*, cit., per cui: «Secondo tale interpretazione sembra che così si vogliano escludere dall'applicazione della disciplina in esame le fattispecie della comparazione generica e superlativa, individuando, come identificazione esplicita, esclusivamente quella comparativa nominativa e, come implicita, quella nella quale il concorrente viene identificato *per relationem*. Ratio di tale interpretazione, tra l'altro, sembra proprio ravvisarsi nel fatto che la pubblicità comparativa di per sé, ed in generale, non era mai stata vietata dalla legge come illecita, e che il problema si poneva solo riguardo la liceità della comparazione diretta: la disposizione in esame andrebbe cioè a restringere il campo di applicazione della normativa a quelle fattispecie nelle quali i concorrenti, i cui prodotti siano raffrontati con quelli pubblicizzati, sono determinati». Interessante appare anche un confronto con le tendenze interpretative fornite dall'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato nelle valutazioni di numerosi casi. Cfr. sul punto A.M. GAMBINO – V. FALCE – A. STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, in *Conc. e mercato*, 2011, p. 449 ss.

⁵⁹ V. ad esempio F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, cit., per cui «Il divieto ex art. 21 Cod. cons., avuto riguardo all'ampia nozione di pratica commerciale accolta dall'art. 18, consente di ricomprendere ogni modalità comunicativa diretta o indiretta, palese o occulta che l'innovazione tecnologica renda disponibile per alterare l'esatta percezione delle caratteristiche dei beni o servizi offerti». Sul punto v. anche A.M. GAMBINO – V. FALCE – A. STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, cit., per cui «occorre, in tema, registrare la recente tendenza dell'Autorità, indipendentemente dal soggetto che proponga l'istanza di intervento, ad inquadrare la maggior parte dei casi sottoposti all'attenzione della stessa, e relativi all'uso di messaggi pubblicitari comparativi, come esempi di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'art. 21 del Codice del consumo».



Anche alla luce di quanto specificato poc'anzi e secondo una generale interpretazione legata soprattutto alla disciplina e alle distinzioni operate dal Codice di Autodisciplina Pubblicitaria sin dal 1975⁶⁰, tale forma di comparazione dovrebbe ritenersi lecita soltanto qualora venga soddisfatto il fine di informazione del consumatore e, per questi motivi, essa si svolga sulla base di dati veritieri e corretti.

Altre ipotesi di pubblicità comparativa indiretta “storicamente” ammesse come lecite sono quelle che configurano fattispecie di superlazione⁶¹ o ancora di iperbole⁶² purché non ingenerino nel consumatore «*sentimento di sfiducia o di repulsione nei confronti degli altri prodotti concorrenti*»⁶³.

I *comparison shopping web-sites* potrebbero pertanto apparire come una “nuova” e moderna forma di comparazione pubblicitaria di tipo indiretto, nella quale però, un altro elemento fondamentale è rintracciabile nella “mediazione” operata da un soggetto terzo – il gestore della piattaforma *web* – per cui sarebbe più corretto discorrere di una forma di pubblicità comparativa “mediata”.

Naturalmente, tale conclusione può dirsi ammissibile nel solo caso in cui queste piattaforme siano legate da rapporti contrattuali con operatori del settore, ammettendo

⁶⁰ Ad esempio, nel Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (CAP) in vigore sino al 1999, l'art. 15, consentiva la sola comparazione “indiretta” nella quale il concorrente comparato non venga nominato espressamente solo quando «sia intesa ad illustrare sotto l'aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali, dell'attività e del prodotto pubblicizzato». Cfr. G. ROSSI, voce «*Pubblicità comparativa*», cit. e P. CAVALLARO, *La polizza telefonica e l'onore degli agenti di assicurazione*, in *Dir. ind.*, 2000, p. 374 ss. L'attuale art. 15 del CAP ha eliminato il divieto implicito alla comparazione “diretta”, fornendo una nozione più armoniosa rispetto ai precetti comunitari, se non per certi versi più precisa, per cui «È consentita la comparazione quando sia utile ad illustrare, sotto l'aspetto tecnico o economico, caratteristiche e vantaggi dei beni e servizi oggetto della comunicazione commerciale, ponendo a confronto obiettivamente caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili tecnicamente e rappresentative di beni e servizi concorrenti, che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi. La comparazione deve essere leale e non ingannevole, non deve ingenerare rischi di confusione, né causare discredito o denigrazione. Non deve trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà altrui».

⁶¹ Per comparazione superlativa si intende quella forma di comparazione effettuata in modo generico e senza instaurare alcun raffronto comparativo con la concorrenza in altre parole che implica, pur non esplicitandola, una generica comparazione con tutti gli altri prodotti dello stesso genere o con tutti gli altri concorrenti del settore. V. G. MANGIONE, *Osservazioni sulla pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, in *Dir. del comm. intern.*, 1998, 4, p. 1031 s.

⁶² Sul punto si veda V. ACQUAFREDDA, *Pubblicità comparativa e illecito concorrenziale per denigrazione*, cit., che discorre di “iperbole” intesa «come quella comunicazione contenente un'esagerazione o magnificazione dei prodotti o servizi che si reclamizzano. Di solito, una fattispecie del genere viene considerata lecita nel caso in cui contenga una esasperazione della realtà tale da essere facilmente riconoscibile dai consumatori cui si riferisce. Inoltre, la valutazione sulla legittimità di una iperbole pubblicitaria va compiuta, come si dice, case to case, prendendo in considerazione il target di riferimento».

⁶³ Così A. MUSIO, *La pubblicità comparativa alla luce della direttiva 97/55/CE*, cit., con riferimento a Cass., 7 luglio 1959, n. 2157, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1688; App. Milano, 10 ottobre 1969, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, c. 1; Cass., 2 aprile 1982, n. 2020, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, n. 1585; Trib. Milano, 24 gennaio 1985, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1985, n. 1889 e ancora App. Palermo, 8 febbraio 1956, in *Riv. dir. ind.*, 1958, p. 137; App. Milano, 10 ottobre 1969, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, c. 1; Pret. Catania, 23 febbraio 1987, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, n. 377.



investimenti pubblicitari e posizionando i risultati relativi a prodotti/servizi degli investitori prima di quelli degli altri concorrenti. Diversamente, nel caso in cui – come nel *warentest* – ci si limiti a una valutazione neutrale delle offerte sul mercato, allora non si ricadrà in una fattispecie pubblicitaria.

In caso di pubblicità, i requisiti “minimi” di liceità riconducibili alla disciplina dei *comparison shopping web-sites*, andrebbero pertanto principalmente ricercati negli artt. 1, comma 2° e ancora nell’art. 2, lett. *b*) letti in combinato disposto con l’art. 3, lett. *a*) e *b*) del D. Lgs. 145/07, disposizioni queste che potrebbero essere ancora integrate dagli artt. 20, 21 e 22 Cod. cons. (in particolare dalle previsioni in tema di omissione ingannevole) nonché dai generali precetti codicistici sulla concorrenza sleale⁶⁴. Nella prospettiva di una lettura in combinato disposto di queste norme, le informazioni fornite all’interno di tali piattaforme dovrebbero sempre rispettare i parametri di verità, trasparenza, correttezza, completezza e tempestività, non inducendo pertanto in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali le informazioni stesse sono rivolte, siano essi consumatori o, ancora, professionisti concorrenti.

La condizione di “verità” e “correttezza” dell’informazione fornita, o utilizzata all’interno dei *comparison web sites*, appare, ad opinione di chi scrive, molto spesso disattesa, in relazione ad un’ampia varietà di fattori o pratiche adottate.

Prima di tutto, per ciò che concerne la prima macro-categoria, ovvero quella dei comparatori di prezzo, abbiano essi ad oggetto indifferentemente beni o servizi materiali o immateriali, l’informazione iniziale – ed essenziale – alla quale si ha accesso non è quasi mai quella riferibile al prezzo “finale”, il che ad avviso di chi scrive porterebbe a configurare un’ipotesi di “azione o omissione ingannevole” ex artt. 21 e 22, Cod. cons. o, ancora di pubblicità ingannevole ai sensi dell’art. 2, 1° comma, lett. *b*) e dell’art. 1, 2° comma, D. Lgs. 145/07.

Nel percorso che porta infatti il consumatore dalla selezione, alla scelta, sino all’acquisto del bene finale, il prezzo subisce frequentemente delle modifiche e degli aumenti ingiustificati, legati soprattutto ad omissioni o decurtazioni “temporanee” mirate a far “balzare” un determinato prodotto “in testa” alle classifiche di prezzo, o ancora a non meglio specificate “spese aggiuntive” addebitate al momento (o poco prima) della conclusione dell’ordine.

Ancora di frequente tali sistemi di comparazione indiretta e mediata fungono semplicemente da *link* ai siti ufficiali delle case produttrici o dei portali web delle società che vendono direttamente (e a prezzi diversi e spesso più elevati) il servizio richiesto, per cui il

⁶⁴ A tal proposito appare interessante richiamare il commento ad una pronuncia dei giudici di merito del foro romano *ante* direttiva comunitaria del 2005, per cui sarebbe ammessa la pubblicità comparativa indiretta in conformità ai precetti dell’art 2598, n. 2, c.c. «solo quando i riferimenti ai prodotti concorrenti siano veritieri, obiettivi e corretti» tenuto fermo che «tale correttezza e completezza d’informazione sembra, tuttavia, difficilmente realizzabile da un messaggio pubblicitario che, promosso da un soggetto non imparziale, ha come fine suo specifico quello di sedurre il destinatario». V. C. TAVANI, nota a Trib. Roma, 11 luglio 1996, *Pubblicità comparativa e disciplina codicistica*, in *Giust. civ.*, 1997, 7, p. 2009 ss.



consumatore, se non particolarmente accorto, verrebbe indotto ad acquistare determinati prodotti solo perché “attratto” da informazioni poi in alcun modo corrispondenti al vero, con un evidente e innegabile danno anche sul piano speculare della concorrenza⁶⁵.

L'altro elemento utilizzato spesso per “veicolare” le classifiche “di gradimento” sono le recensioni degli utenti, che fungono da veri e propri “passaparola” tra i consumatori, creando nel giro di poche ore delle repentine modifiche dei flussi di richiesta di alcuni prodotti o, ancora, indirizzando le scelte di alcune particolari categorie di utenti (quale quella rappresentata dai turisti) a optare per un determinato comportamento commerciale da attuare.

Fenomeni di “comparazione indiretta” di questo genere sono stati recentemente presi in considerazione dalla giurisprudenza d'oltreoceano e, forse quantomeno frettolosamente, reputati delle semplici ipotesi di “iperbole”, facilmente percepibili come tali dal “lettore medio”⁶⁶.

Dall'altra parte infatti pare indubbio come su questo frangente il potenziale comunicativo di internet rappresenti una “miniera d'oro” per gli operatori del settore, tanto da dare alla luce a vere e proprie (e remunerative) tipologie di marketing “ingannevole” quali quelle nate nel mondo dei blogs denominate “*buzz marketing*”⁶⁷ e “*astroturfing*”⁶⁸.

⁶⁵ Sul tema del linking e nello specifico della tutela dei consumatori on-line l'Autorità Garante si è espresso numerose volte, sottolineando come «il consumatore debba essere immediatamente in condizione di percepire il frazionamento dei dati e l'incompletezza di quelli forniti con la prima finestra» e ancora che «da mera presenza di un link ad un'ulteriore pagina web, pur quando consente l'accesso ad informazioni suppletive, non è, invece, di per sé indicativa della circostanza che il messaggio contenuto nel banner possa risultare incompleto o, peggio, inesatto» poiché «le pagine collegate, quindi, non vengono considerate utili a sanare l'incompletezza del banner quando la comunicazione è strutturata in modo tale da indurre il consumatore medio a ritenere già presenti nella pagina visionata tutti gli elementi essenziali dell'offerta». Così F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, cit., con riferimento a AGCM, 10 aprile 2003, n. 11911, in *Giust. civ.*, 2004, p. 585 s.; AGCM, 5 dicembre 2002, n. 11488, in *Giust. civ.*, 2003, p. 849 ss.; AGCM, 24 luglio 2003, n. 12277, in *Giust. civ.*, 2004, p. 580.

⁶⁶ Cfr. *Seaton v. TripAdvisor, LLC*, 3:11-cv-549 (E.D. Tenn. August 22, 2012 per cui: «*TripAdvisor's list is of the genre of hyperbole that is omnipresent. From law schools to restaurants, from judges to hospitals, everything is ranked, graded, ordered and critiqued. Undoubtedly, some will accept the array of "Best" and "Worst" rankings as impenetrable maxims. Certainly, some attempt to obfuscate the distinction between fact and opinion as part of their course of business. For those that read "eat here," "sleep there" or "go to this law school" and are unable to distinguish measured analysis of objective facts from sensational "carnival barking," compliance will be both steadfast and assured. Nevertheless, the standard, fortunately, is what a "reasonable person" would believe. A reasonable person would not confuse a ranking system, which uses consumer reviews as its litmus, for an objective assertion of fact. It does not appear to the Court that a reasonable person could believe that TripAdvisor's article reflected anything more than the opinions of TripAdvisor's millions of online users.*». Sul tema si rimanda a S. SICA, *Tripadvisor e responsabilità: il Tennessee non convince!*, in *MediaLaws, medialaws.eu* e ancora, all'interessante contributo di J. GRIMMELMANN, *Three Theories of Copyright in Ratings*, in 14 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 851, 2012, NYLS Legal Studies Research Paper No. 12/13.

⁶⁷ Sul tema si rimanda a E. ROSEN, *The Anatomy of Buzz: How to Create Word of Mouth Marketing*, Crown Publishing Group, 2002; S. GARDNER, *Buzz Marketing with Blogs For Dummies*, 2005; M. HUGHES, *Buzzmarketing: Get People to Talk About Your Stuff*, Portfolio Trade, 2005; R. MCDANIEL, *Buzzgoodle Buzz Marketing*, BookSurge Publishing, 2006; L. DE FELICE, *Buzz marketing*, in *Il Sole 24 ore: "Fare business con i social network"*, Milano, 2011.



Nella prima, di carattere più “blando”, si punta a “innescare” dei focolai informativi rispetto ad un *brand* o un certo prodotto o servizio, al fine di ingrandire il flusso di informazioni sullo stesso, agendo da cassa di risonanza a livello telematico (e dunque globale) e quasi a costo zero.

L'*astroturfing* invece può essere definito come la simulazione di consensi attorno ad un prodotto o servizio operato attraverso i *social media*, praticato dalle stesse aziende attraverso la creazione e l'uso di false identità virtuali o, ancora per mezzo di *blogger* di reputazione consolidata; in questo modo “falsando” e manipolando visibilmente gusti e pareri degli utenti e, di conseguenza l'equilibrio concorrenziale del mercato.

In entrambi i casi ci si troverebbe di fronte a delle ipotesi di pratiche commerciali palesemente sleali e ingannevoli, contrarie ai principi di correttezza, diligenza del professionista e verità e completezza dell'informazione prestata, sanciti dalla direttiva 2005/29/CE⁶⁹.

Appare pertanto “essenziale”, sotto almeno due profili strettamente collegati tra loro, il ruolo operato dai gestori della piattaforma. Da un lato, relativamente all'ambito dell'indipendenza, della neutralità e della terzietà delle attività svolte e, dunque, rispetto alla necessità di garantire la prestazione di informazioni vere e corrette, fornite in maniera diligente e senza falsare la percezione dei soggetti destinatari del servizio (es. aprendo la *homepage* di uno dei portali di comparazione più diffusi, è riportato in evidenza accanto al nome del prestatore lo slogan per cui «*Kelkoo valuta cosa offre il mercato per proporti offerte e promozioni interessanti*»).

Dall'altro, invece, in riferimento alla responsabilità del gestore per eventuali violazioni dei precetti sin qui analizzati; e cioè ad un eventuale regime di corresponsabilità con i professionisti che adottano pratiche commerciali sleali ed ingannevoli, a causa del perseguimento di un fine di lucro nell'esercizio della propria attività o, al contrario, ad una posizione di “irresponsabilità” quale mero intermediario, esente da colpa in ossequio al principio di *net neutrality* sancito dall'art. 14 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico in tema di *host provider*.

7. Il servizio operato dai gestori delle piattaforme *web* di comparazione si fonda sull'instaurazione di due rapporti “principali”, entrambi collegati alla figura del prestatore di servizi e alle condizioni generali applicate dallo stesso, con il risultato di dar vita ad un gioco delle “esimenti” che produce il risultato finale di lasciare “vuota”, poco chiara, o non facilmente individuabile la casella corrispondente alla figura del responsabile e, di

⁶⁸ Si veda, ad esempio, G. MONBIOT, *The need to protect the internet from 'astroturfing' grows ever more urgent*, in *theguardian.co.uk*, 24.02.2011; J. ROBERTS, *The ethics of astro-turfing*, in *paidContent.org*, 2012; A. FLAMMINI - F. MENCZER, *Detecting and Tracking Political Abuse in Social Media*, in *Proceedings of the Fijib International Conference on Weblogs and Social Media*, Menlo Park, CA, 2011.

⁶⁹ Si veda sul tema l'interessante contributo di J. POSTMAN, *SocialCorp: Social Media Goes Corporate*, Peachpit Press. p. 119 ss.



conseguenza, di disattendere gli obiettivi minimi di tutela previsti in favore dei consumatori da un lato e della concorrenza tra i vari *players* del mercato dall'altro.

Il gestore, infatti reputa espressamente il proprio servizio quale una mera attività di “orientamento” degli utenti rispetto a “siti terzi” (i c.d. inserzionisti), soggetti ai quali andrebbe addebitata unicamente la provenienza di tutte le informazioni immesse, per cui esso, pur impegnandosi a riportare sul proprio sito con «la dovuta perizia e attenzione» tutte le informazioni e i suggerimenti, precisa che le stesse potrebbero «contenere inesattezze, omissioni, lacune ovvero non essere sistematicamente aggiornate», proclamandosi infine non responsabile in alcun modo per queste attività, non prestando «alcuna garanzia circa l'esattezza dei testi, delle informazioni, delle immagini e di tutti gli altri elementi presenti sul Sito»⁷⁰.

Dall'altra parte l'utente-consumatore accede al portale al fine di valutare i prodotti proposti, procedendo: *a)* all'acquisto diretto, *on-line* e “mediato” attraverso il comparatore o *b)* comunque traendo dei dati utili all'acquisto in un secondo momento del bene stesso, anche mediante le modalità classiche *off-line*.

Né pare possibile dimenticare – e questo costituisce un punto fondamentale nella percezione del fenomeno – che il parametro del consumatore-medio è oggetto di discussione. Se parte della dottrina, infatti, vorrebbe prendere a modello, forse con eccessivo paternalismo, le categorie più deboli e meno attente⁷¹, diversamente, la visione comunitaria, recepita anche dall'AGCM, preferisce considerare il soggetto «*di regola informato e ragionevolmente attento e avveduto*»⁷², conformemente anche al *Considerando* n. 18 della direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali⁷³.

I comparatori insomma funzionerebbero alla stregua di spazi pubblicitari *on-line* organizzati sul modello degli scaffali di un supermercato, “sopra” i quali il professionista-inserzionista acquista spazio, e dunque visibilità, attraverso rodati meccanismi di *pay-per-rank*⁷⁴.

⁷⁰ Dalle condizioni d'uso di *Kelkoo*.

⁷¹ Così, tra gli altri, V. Meli, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, p. 53 s.

⁷² Cfr. *ex ceteris* le decisioni 16 luglio 1998, causa C-210/96, Gut Springenheide e Tusky, Racc. pag. I-4657, punto 31; 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder, Racc. pag. I-117, punto 27; 24 ottobre 2002, causa C-99/01, Linhart e Biffl, Racc. pag. I-9375, punto 31, e Pippig Augenoptik, Racc. I-3095, punto 55.

⁷³ Testualmente: «È opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali».

⁷⁴ Dalla sezione riservata ai negozi *on-line* di *Kelkoo*: «Il nostro motore di ricerca è un potente aggregatore di domanda: molti utenti utilizzano *Kelkoo* per cercare prodotti che vogliono acquistare. Si tratta di utenti molto vicini alla fase di acquisto, che noi indirizziamo al Vostro sito secondo le preferenze e



Il soddisfacimento dei requisiti di neutralità e terzietà del gestore, appare allora quantomeno discutibile, vista anche l'adozione da parte dello stesso di clausole di esonero dalla responsabilità che non sono in alcun modo controbilanciate da adeguate *policies* di autoregolamentazione dei rapporti con gli inserzionisti, ad esempio nella prospettiva di garantire la precisione, l'aggiornamento e la verificabilità delle informazioni sui prodotti "presentati" all'interno dei portali *web* di comparazione e posto anche il fatto che le rigide clausole predisposte inquadrano gli stessi terzi inserzionisti quali unici terminali di responsabilità, ad esempio in caso di violazione delle norme sulla concorrenza o, ancora, sulle pratiche commerciali sleali e la pubblicità ingannevole⁷⁵.

Un'ultima caratteristica pregnante dei portali di comparazione è rappresentata dalla modalità di ricerca dei prodotti o dei beni offerta agli utenti: è infatti possibile accedere a delle pagine nelle quali i prodotti sono raggruppati in maniera generica per tipologia, o classificati in maniera globale per numero di *feedback* positivi o, ancora, è possibile operare delle ricerche generiche digitando la "parola chiave" nella casella di ricerca ospitata sulla homepage e consultando la pagina di visualizzazione dei risultati.

Questo servizio, anche per ciò che concerne le sue modalità di svolgimento, presenta importanti analogie con il sistema di *keyword advertising* adottato dal colosso di Internet *Google*, che è stato oggetto negli ultimi anni di numerose pronunce sia di corti nazionali che comunitarie⁷⁶.

Per *keyword advertising* si intende, in un'accezione generale, quel tipo di pubblicità realizzata su Internet "a partire da parole chiave" che accosta ai risultati c.d. "naturali" delle ricerche svolte da un utente, anche risultati "indotti", ovvero veri e propri annunci pubblicitari, inseriti all'interno di apposite sezioni collocate sulla stessa pagina di visualizzazione dei risultati.

le esigenze espresse nella ricerca. Kelkoo dà inoltre la possibilità ai navigatori di confrontare online le migliori offerte dei principali operatori di e-commerce sul mercato.» (...) «Kelkoo offre una vasta scelta di strumenti tradizionali e innovativi per dare visibilità a un e-tailer o ad un brand. Il nostro core business consiste nella distribuzione delle lead attraverso l'inserimento dei prodotti nel nostro motore di ricerca» «adotta la logica del virtual shelf space management, cioè, come in un supermercato, viene data diversa visibilità e diverso posizionamento all'offerta, in funzione del valore marginale corrisposto».

⁷⁵ Dalle condizioni d'uso di *Kelkoo*: «Il servizio proposto da Kelkoo, infatti, consiste unicamente nell'orientare l'utente su siti terzi dai quali sono state reperite tutte le informazioni disponibili all'utente, senza che da tale attività possa sorgere alcuna responsabilità in capo a Kelkoo stessa. Kelkoo non presta alcuna garanzia circa l'esattezza dei testi, delle informazioni, delle immagini e di tutti gli altri elementi presenti sul Sito Kelkoo, ma riconducibili ad offerte di terze parti, alle quali dovranno essere segnalate ogni e qualsiasi eventuale inesattezza. Kelkoo non è in alcun modo responsabile per la qualità dei prodotti e servizi offerti da terzi e reperibili anche sul Sito Kelkoo».

⁷⁶ Si rimanda, soltanto per ciò che concerne la giurisprudenza comunitaria a CGE, Grande Sez., 23 marzo 2010, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, in *Dir. Ind.*, 2010, 5, p. 429 ss.; CGE, 25 marzo 2010, Causa C-278/08, in *Racc.*, 2010, I-2517; CGE, 26 marzo 2010, Causa C-91/09, in *Racc.*, 2010 I-43; CGE, 8 luglio 2010, Causa C-558/08, in *Racc.*, 2010 I-6963; CGE, 22 settembre 2011, Causa C-323/09, non ancora pubblicata ma reperibile all'URL: curia.europa.eu.



Tali annunci pubblicitari vengono venduti dal gestore della piattaforma (secondo un tariffario che varia rispetto alla visibilità richiesta) all'inserzionista attraverso un sistema che "aggrega" ad una determinata parola ricercabile dall'utente il nome di richiamo e il relativo *link* e il breve messaggio pubblicitario scelto.

Anche nei c.d. "comparatori" le pagine che ospitano i risultati della ricerca presentano appositi riquadri dedicati ai "link sponsorizzati" che evidenziano – o comunque propongono – link a siti *web*, prodotti ed offerte "compatibili" con le ricerche effettuate e pertanto "posizionati" dal gestore seguendo dei sistemi analoghi a quelli operati da *Google*.

Il motivo principale per il quale il servizio *AdWords* è stato posto all'attenzione dei giudici comunitari negli anni passati risiede primariamente nella presunta violazione dei diritti di esclusiva del titolare di un marchio da parte dell'inserzionista senza il consenso del primo, attuata attraverso l'uso di parole chiave: *a)* coincidenti con il marchio registrato e riferite a prodotti identici; *b)* simili o coincidenti con il marchio registrato per beni identici o simili o, ancora, *c)* identiche o simili a marchi che godano di notorietà⁷⁷.

Si tratta, in definitiva, di questioni concernenti principalmente la nozione di "funzione del marchio" in un'ottica di tutela della concorrenza. Prescindendo in questa sede dalle analisi svolte rispetto alla questione principale, le pronunce del giudice comunitario aventi ad oggetto il servizio *AdWords* sono altresì utili per maturare alcune ulteriori riflessioni sui rapporti intercorrenti tra utente, gestore e inserzionista all'interno dei "comparatori", evidenziandone analogie, ma anche alcune differenze.

L'aspetto ad avviso di chi scrive più rilevante concerne il fatto che il servizio *Google AdWords* "venda" a degli inserzionisti spazi pubblicitari, allo stesso modo con cui i gestori delle piattaforme di comparazione vendono spazi pubblicitari all'interno dei propri portali.

Si tratterebbe parimenti di un rapporto di tipo "mediato", ma con una sostanziale differenza: se nei motori di ricerca come *Google* l'utente accede al portale al fine di operare delle ricerche di tipo generalista (fine primario del servizio), nei portali di comparazione l'utente accede poiché «molto vicino alla fase di acquisto»⁷⁸. Fine primario del servizio di comparazione sarebbe appunto l'offerta e il confronto di beni e servizi, posti all'attenzione dell'utente sugli "scaffali" del portale a seguito della vendita degli "spazi" stessi operata dal gestore.

⁷⁷ Cfr. M. RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1604 ss.; L. MANSANI, *La pubblicità tramite parole chiave (keyword)*, in *Studi in memoria di Paola Frassi*, Milano, 2011, p. 471 ss.; E. TOSI, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico «domain grabbing» all'innovativo «key-word» marketing confusorio*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 387 ss.; M. TAVELLA – S. BONAVITA, *La Corte di Giustizia sul caso "AdWords": tra normativa marchi e commercio elettronico*, in *Dir. ind.*, 2010, 441; F. STEFANI, *Profili di liceità dell'uso del marchio altrui come parola chiave nella pubblicità su Internet: note a margine della sentenza Interflora*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 1, p. 100 ss. e, ancora, F. TOGO – T. MALTE-MUELLER, *Responsabilità dell'inserzionista nell'ambito del keyword advertising: quadro comunitario e nazionale*, in *Diritto dell'internet*, a cura di G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, Padova, 2012, p. 527 ss.

⁷⁸ Così recita testualmente la piattaforma di comparazione Kelkoo nella pagina dedicata ai potenziali inserzionisti.



Sollevata questa differenza fondamentale, sarebbe da verificare – anche alla luce delle interpretazioni della giurisprudenza comunitaria sul caso *Adwords* – se considerare il gestore della piattaforma alla stregua di un imprenditore, che operi per fini di lucro - e che pertanto vada ritenuto responsabile (o quantomeno corresponsabile) per eventuali violazioni perpetrate per mezzo del portale web amministrato - o ancora se considerarlo quale *host provider*, che *a)* offra un servizio della società dell'informazione; *b)* svolga un ruolo meramente tecnico; *c)* non sia a conoscenza degli illeciti perpetrati e che, pertanto, fruisca delle esenzioni previste dalla direttiva europea sul commercio elettronico.

Secondo la Corte di Giustizia, in una pronuncia della Grande Sezione⁷⁹, il servizio di posizionamento *AdWords* andrebbe ricompreso tra i servizi della società dell'informazione, aggiungendo inoltre che «*la semplice circostanza che il servizio di posizionamento sia a pagamento, che la Google stabilisca le modalità di pagamento, o ancora che essa dia informazioni di ordine generale ai suoi clienti, non può avere come effetto di privare la Google delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla Direttiva 2000/31*»⁸⁰.

Di conseguenza, nel caso di specie, le esenzioni previste dall'art. 14 della direttiva 2000/31/CE sarebbero da ritenersi estendibili anche al prestatore di servizio di posizionamento su Internet, sempre che esso «*non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia ommesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi*».

Il parere della Corte, da ritenersi in linea generale condivisibile, presenta tuttavia alcuni aspetti degni di maggiore approfondimento. In primo luogo non è stata valutata in maniera rigorosa la mancata neutralità del prestatore in relazione all'attività lucrativa sottesa al servizio di inserzioni di *AdWords*.

Inoltre, a sostegno della propria tesi i giudici hanno enfatizzato – come è accaduto negli ultimi tempi anche in molte pronunce delle Corti nazionali⁸¹ – la distinzione tra ruolo “attivo” o “passivo” dei prestatori del servizio, omettendo però di rilevare il fatto che *Google* avrebbe in realtà il potere di influire sul posizionamento dell'annuncio, modificandolo rispetto al compenso pagato dall'inserzionista e alla “tariffa” applicata.

Analogamente, i servizi di comparazione – che offrono alla stregua di *Google AdWords* “suggerimenti” rispetto a beni da acquistare – operano ammettendo “candidamente” di

⁷⁹ CGE, Grande Sez., 23 marzo 2010, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, cit. Sul tema si rimanda al commento di G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Dir. inf.*, 2010, 4-5, p. 731 ss.

⁸⁰ CGE, Grande Sez., 23 marzo 2010, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, cit.

⁸¹ In giurisprudenza nazionale cfr. Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. Internet*, 2005, p. 74 e Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, in *Dir. inf.*, 2010, p. 474; Tribunale Monza, 2 marzo 2010 n. 770 in *Dir. inf.*, 2010, p. 467, con nota di M.L. BIXIO; Tribunale Roma, 16 Dicembre 2009, in *Dir. inf.*, 2010, p. 278 ss, con nota di L. GUIDOBALDI e ancora L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider*, in *Resp. civ. e prev.*, 7-8, 2010, p. 1568.



fornire una «diversa visibilità e diverso posizionamento all'offerta, in funzione del valore marginale corrisposto»⁸².

Ad “appesantire” maggiormente la posizione dei comparatori vi è inoltre il tipo di servizio prestato: se il *keyword advertising* offerto da *Google* viene considerato una forma di finanziamento del servizio gratuito di ricerca a 360° gradi offerto agli utenti, nei comparatori l'inserzione è l'essenza stessa del servizio svolto e strettamente legato al fine di lucro perseguito dal prestatore. Sarebbe pertanto quantomeno da rivedere la conclamata estraneità del prestatore a qualunque forma di responsabilità.

Della questione, recentemente, è stata investita anche la giurisprudenza francese. Per la prima volta, la Cassazione francese si è pronunciata, il 4 dicembre 2012, sui comparatori di prezzo e sulla loro riconducibilità alle pratiche commerciali sleali⁸³.

La vicenda è, in estrema sintesi, la seguente. Un sito internet, *Leguide.com*, è specializzato in comparazione dei prezzi tra prodotti simili: nel pubblicare i risultati, tuttavia, il portale indica prioritariamente i siti sponsorizzati e, solo successivamente, gli altri. Ciò induce i consumatori – questa è la conclusione dei giudici francesi – a ritenere che i prodotti più convenienti siano i primi, alterando il meccanismo concorrenziale e determinando un falso convincimento, idoneo ad manipolare le scelte commerciali dei consumatori stessi. Pertanto, la “mancanza di una chiara identificazione del grado di priorità” sarebbe “idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore”, integrando una pratica commerciale sleale, contraria al Codice del consumo francese e all'art. 20 della Legge 21 giugno 2004.

La decisione, quindi, poggia sulla possibilità per il consumatore medio di riconoscere agevolmente la natura commerciale di una informazione, anche per mezzo di differenziazioni grafiche (ad esempio, colori, elementi di separazione, e così via discorrendo).

Con riguardo ai concorrenti, infine, la decisione tocca anche la frequente imprecisione informativa operata dai servizi di comparazione. Prescindendo in questa sede da qualsivoglia riflessione su fenomeni più gravi – ma degni certamente di un maggiore approfondimento – quali ad esempio il c.d. *astroturfing*, la pratica adottata dai *comparison shopping web-sites* integrerebbe senza dubbio una fattispecie di pratica sleale e ingannevole – sia con riferimento all'ambito concorrenziale sia a quello consumeristico – attraverso cui l'inserzionista scorretto induce in errore l'utente-consumatore spesso persuadendolo all'acquisto di un bene o di un servizio che probabilmente non avrebbe acquistato e di conseguenza pregiudicando l'integrità e la consapevolezza della propria manifestazione di consenso.

Sarebbe pertanto auspicabile che venisse sollecitata – magari attraverso l'azione rimediale, tempestiva e già ampiamente “rodada” dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato – l'adozione di un sistema di *policies* che imponga adeguati *standards* informativi

⁸² Dalle condizioni d'uso di *Kelkoo*.

⁸³ Il testo della decisione è disponibile sul sito www.legalis.net



in favore del consumatore – primo e vero “arbitro” del mercato concorrenziale – sia con riguardo alle caratteristiche del servizio offerto (e di conseguenza anche ai limiti dello stesso) ma soprattutto che obblighi l’inserzionista (anche attraverso la supervisione del prestatore) ad adeguare costantemente le informazioni fornite riguardo ai prodotti o servizi offerti, al fine di garantire un flusso di dati sempre più precisi, corrispondenti al vero e facilmente verificabili.

Solo in questo modo si potrà evitare che, per il perseguimento di scopi meramente lucrativi si sacrifichi irrimediabilmente la crescita armoniosa e corretta (sia in termini quantitativi che soprattutto qualitativi) dell’offerta di beni e servizi sul *web* operata attraverso strategie commerciali di “comparazione indiretta e mediata”, lasciando spazio soltanto ad un uso incontrollato di pratiche commerciali sleali e distorsive di un mercato “virtuale” sempre meno di “nicchia” e sempre più alla ricerca di un equilibrio “sano” e concorrenziale.