

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

PAOLO MENGOZZI

presentate il 7 settembre 2010<sup>1</sup>

1. La Corte ha già avuto modo di occuparsi in più occasioni della pubblicità comparativa, elaborando una giurisprudenza che è ormai piuttosto nutrita. Nella presente causa, tuttavia, la questione sollevata dal giudice del rinvio, il Tribunal de commerce de Bourges, concerne un aspetto inedito, e cioè la possibilità o meno di applicare le disposizioni sulla pubblicità comparativa ad un confronto che riguarda prodotti alimentari.

2. In tale contesto, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte di confermare o di smentire una giurisprudenza nazionale francese che tende ad escludere la legittimità di una pubblicità comparativa di prodotti alimentari, ritenuti per loro stessa natura non suscettibili di essere messi a confronto.

**I — Contesto normativo**

3. Le disposizioni a cui occorre fare riferimento per fornire una risposta alla questione sollevata sono esclusivamente norme del

diritto dell'Unione. Come infatti osserva il giudice del rinvio nella sua ordinanza, le disposizioni nazionali applicabili, e cioè gli artt. 121-8 e 121-9 del code de la consommation (codice del consumo), si limitano a riprodurre il testo delle norme di diritto dell'Unione all'epoca applicabili.

*A — La direttiva 84/450/CEE come modificata dalla direttiva 97/55/CE*

4. Il testo normativo di riferimento per la presente causa è la direttiva 84/450/CEE<sup>2</sup> (in prosieguo anche: la «direttiva»), come modificata dalla direttiva 97/55/CE<sup>3</sup>.

2 — Direttiva del Consiglio 10 settembre 1984, 84/450/CEE, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (GU L 250, pag. 17). Prima delle modifiche apportate dalla direttiva 97/55/CE, il titolo della direttiva 84/450/CEE era diverso, e rifletteva il contenuto più ristretto del testo normativo («direttiva [...] relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole»).

3 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa (GU L 290, pag. 18).

1 — Lingua originale: l'italiano.

5. L'art. 2, punto 2, della direttiva definisce la «pubblicità ingannevole» come «qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente». Il successivo punto 2 bis definisce invece la pubblicità comparativa come «qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente».

- b) al prezzo o al modo in cui questo viene calcolato, e alle condizioni alle quali i beni o i servizi vengono forniti;
- c) alla natura, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale ed i premi o riconoscimenti».

7. L'art. 3 bis prevede quanto segue:

6. L'art. 3 della direttiva così recita:

«1. Per quanto riguarda il confronto, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: che essa

«Per determinare se la pubblicità sia ingannevole, se ne devono considerare tutti gli elementi, in particolare i suoi riferimenti:

- a) non sia ingannevole ai sensi dell'articolo 2, punto 2, dell'articolo 3 e dell'articolo 7, paragrafo 1;
- b) confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;
- a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, esecuzione, composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sui beni o sui servizi;
- c) confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi;

d) non ingeneri confusione sul mercato fra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente;

e) non causi discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente;

f) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;

g) non tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o a altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;

h) non rappresenti un bene o servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati.

(...)).

8. L'art. 7 della direttiva, infine, è del seguente tenore:

«1. La presente direttiva non si oppone al mantenimento o all'adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei consumatori, delle persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché del pubblico in generale.

2. Il paragrafo 1 non è applicabile alla pubblicità comparativa per quanto riguarda il confronto.

(...)).

B — *La direttiva 84/450/CEE come successivamente modificata dalla direttiva 2005/29/CE*

9. La direttiva 2005/29/CE<sup>4</sup> ha a sua volta modificato la direttiva 84/450/CE. In particolare, per quanto interessa la presente causa, la modifica ha interessato l'art. 3 bis e l'art. 7.

4 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») (GUL 149, pag. 22).

10. L'art. 3 bis della direttiva 84/450/CEE è ora formulato nei termini seguenti:

«Per quanto riguarda il confronto, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: che essa

a) non sia ingannevole ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, e degli articoli 3 e 7, paragrafo 1 della presente direttiva o degli articoli 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno;

b) confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;

c) confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi;

d) non causi discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente;

e) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;

f) non tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;

g) non rappresenti un bene o servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati;

h) non ingeneri confusione tra i professionisti, tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente».

11. L'art. 7 recita ora:

«1. La presente direttiva non si oppone al mantenimento o all'adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei professionisti e dei concorrenti.

2. Il paragrafo 1 non è applicabile alla pubblicità comparativa per quanto riguarda il confronto.

(...».

complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

12. All'epoca dei fatti di cui alla causa principale la direttiva 2005/29/CE era già entrata in vigore. Non era ancora invece scaduto il termine per la sua trasposizione negli ordinamenti nazionali, fissato al 12 giugno 2007<sup>5</sup>.

a) l'esistenza o la natura del prodotto;

b) le caratteristiche principali del prodotto;

(...)

C — *La direttiva 2005/29/CE*

13. Gli art. 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE, ai quali fa ora riferimento l'art. 3 bis della direttiva 84/450/CEE per definire la nozione di pubblicità ingannevole, sono dedicati rispettivamente alle «azioni ingannevoli» e alle «omissioni ingannevoli».

2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

14. L'art. 6 prevede:

«1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione

a) una qualsivoglia attività di marketing del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente;

5 — V. art. 19 della direttiva 2005/29/CE.

(...».

15. L'art. 7 è formulato nei termini seguenti:

«1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

(...)

4. Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto:

a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;

(...)

c) il prezzo comprensivo delle imposte (...).

16. Successivamente alla direttiva 2005/29/CE, le norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa sono state consolidate, senza modifiche sostanziali, nella direttiva 2006/114/CE<sup>6</sup>.

## II — Fatti e questione pregiudiziale

17. La controversia dinanzi al giudice nazionale riguarda due società che gestiscono supermercati. Si tratta, rispettivamente, della società Lidl e della società Vierzon. Quest'ultima, che opera con l'insegna Leclerc, ha pubblicato in data 23 settembre 2006, in un quotidiano locale, una pubblicità comparativa che metteva a confronto gli scontrini fiscali relativi ad una spesa effettuata in quattro diversi supermercati.

18. Gli elenchi dei prodotti acquistati, accompagnati dai rispettivi prezzi, comprendevano 34 prodotti per ciascuno dei supermercati: si trattava di prodotti di uso quotidiano, principalmente alimentari, in larga parte sovrapponibili. I marchi dei vari prodotti non erano indicati. Il prezzo totale di ciascun «carrello della spesa» così individuato mostrava che il supermercato Leclerc era il più conveniente di tutti, con un importo complessivo, per i prodotti indicati, di EUR 46,30. Il supermercato Lidl si collocava al secondo

<sup>6</sup> — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, 2006/114/CE, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata) (GU L 376, pag. 21).

posto, con un prezzo totale di EUR 51,40. Gli altri due supermercati interessati risultavano essere ancora più costosi. La rappresentazione delle quattro liste di prodotti e dei relativi prezzi era accompagnata da uno slogan che sottolineava come i supermercati con l'insegna Leclerc fossero i meno cari.

delle condizioni e del luogo di produzione, degli ingredienti utilizzati e dell'esperienza del produttore».

### III — Procedimento dinanzi alla Corte

19. A causa della pubblicazione della pubblicità appena descritta, Lidl ha citato in giudizio Vierzon dinanzi al giudice del rinvio, ritenendo violate, in particolare, le norme sulla pubblicità comparativa.

21. L'ordinanza di rinvio è pervenuta in cancelleria in data 8 maggio 2009. Hanno depositato osservazioni scritte le parti nella causa principale, i governi ceco, austriaco e francese, nonché la Commissione.

20. Il giudice del rinvio, considerando necessaria, per risolvere la controversia, l'interpretazione della normativa dell'Unione in materia di pubblicità comparativa, ha sospeso il giudizio e ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

22. All'udienza del 1° luglio 2010 sono intervenute le parti nella causa principale, il governo francese e la Commissione.

### IV — Sulla questione pregiudiziale

«Se l'art. 3 bis della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, debba essere interpretato nel senso che non è lecito effettuare una pubblicità comparativa tra i prezzi di prodotti che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi, vale a dire che presentano tra loro un grado di intercambiabilità sufficiente, per il solo motivo che, trattandosi di prodotti alimentari, la commestibilità di ciascuno di tali prodotti e, in ogni caso, il piacere derivante dal loro consumo, cambia completamente in funzione

#### A — La ricevibilità della questione

23. Nelle sue osservazioni scritte il governo francese sostiene, in via principale, che la

questione pregiudiziale deve essere considerata irricevibile. Ciò in quanto l'ordinanza di rinvio non conterrebbe indicazioni sufficienti per individuare in modo esatto i prodotti oggetto della pubblicità comparativa e le loro caratteristiche specifiche.

24. Si deve tuttavia osservare che la questione sollevata dal giudice del rinvio, per quanto legata ad una situazione di fatto descritta in modo relativamente sommario, è in realtà una questione puramente giuridica, espressa in quanto tale con chiarezza. La conoscenza dettagliata delle specifiche circostanze di fatto all'origine della controversia dinanzi al giudice nazionale, per quanto non inutile, non è indispensabile per fornire una risposta — giuridica ed astratta — ad una questione altrettanto astratta.

25. Va inoltre anche ricordato che una riproduzione della pubblicità comparativa oggetto della controversia dinanzi al giudice del rinvio è stata allegata alle osservazioni di una delle parti intervenute nel procedimento dinanzi alla Corte, e fa quindi ora parte del fascicolo di causa. Lo stesso governo francese, all'udienza, si è espresso in termini che appaiono considerare superato il problema della ricevibilità.

26. L'eccezione di irricevibilità deve pertanto essere respinta.

## B — *Il ruolo della direttiva 2005/29/CE*

27. Un problema peculiare della presente causa, che è stato sollevato in particolare nelle osservazioni del governo austriaco, concerne l'eventuale ruolo che, ai fini della risposta alla questione pregiudiziale, deve essere riconosciuto alla direttiva 2005/29/CE. Come ho indicato più sopra esponendo il contesto normativo, tale direttiva era già in vigore all'epoca dei fatti, ma non era ancora giunto a scadenza il termine per la sua trasposizione.

28. In tali casi, la giurisprudenza della Corte impone, nei limiti del possibile, di dare alle norme del diritto nazionale un'interpretazione che non pregiudichi in modo significativo il raggiungimento degli obiettivi di una direttiva il cui termine di recepimento non è ancora scaduto<sup>7</sup>.

29. Nel presente caso, tuttavia, ritengo che la questione fondamentale sia quella di comprendere se l'eventuale presa in considerazione della direttiva 2005/29/CE potrebbe, in concreto, modificare la soluzione che deve essere fornita al giudice nazionale. La risposta a tale interrogativo è, a mio avviso, di segno negativo.

30. Osservo innanzitutto che la direttiva 2005/29/CE ha introdotto, per quanto qui

<sup>7</sup> — Sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e a. (Racc. pag. I-6057, punto 123), e 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, VTB-VAB (Racc. pag. I-2949, punto 39).

interessa, solo alcune precisazioni in materia di pubblicità ingannevole: la questione sollevata dal giudice del rinvio, tuttavia, non riguarda le condizioni che permettono di qualificare una pubblicità come ingannevole, ma soltanto la possibilità di applicare in via generale ai prodotti alimentari le condizioni relative all'ammissibilità della pubblicità comparativa. Il fatto che una delle condizioni di liceità della pubblicità comparativa sia la natura non ingannevole della stessa non cambia la circostanza che la questione non riguarda la definizione della pubblicità ingannevole.

di «compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione, la realizzazione del risultato perseguito»<sup>8</sup> dalla direttiva più recente.

32. Non considero dunque necessario che, al fine di dare una risposta al giudice del rinvio, la Corte tenga in considerazione il contenuto della direttiva 2005/29/CE.

### C — *La natura dei diritti invocati*

31. In ogni caso, anche se si volessero prendere in considerazione le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE, mi sembra chiaro che non si porrebbe alcuna difficoltà particolare. In concreto, infatti, tale direttiva si è limitata a fornire, soprattutto con i suoi artt. 6 e 7, richiamati nel riformulato art. 3 bis della direttiva 84/450/CE, una serie di chiarimenti che hanno precisato, *ma non modificato, e tantomeno stravolto*, la nozione di pubblicità ingannevole contenuta nella direttiva 84/450/CE come modificata dalla direttiva 97/55. Non si vede pertanto come un'interpretazione della nozione di pubblicità ingannevole focalizzata solo sul testo della direttiva 84/450/CEE applicabile all'epoca dei fatti, più vago e generico, potrebbe, per utilizzare la formulazione della Corte, rischiare

33. La controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio concerne due soggetti privati. Ci si potrebbe pertanto chiedere se la questione sollevata non implichi un'applicazione cosiddetta «orizzontale» di una direttiva, contraria alla costante giurisprudenza della Corte secondo la quale, in linea di principio, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta direttamente valere nei suoi confronti<sup>9</sup>.

34. Osservo tuttavia che, come ha correttamente rilevato il governo francese nelle sue osservazioni, il giudice nazionale è chiamato, nell'ambito della presente controversia, ad interpretare una disposizione di diritto interno

<sup>8</sup> — Sentenza VTB-VAB, cit. alla nota 7 (punto 39).

<sup>9</sup> — V. ad esempio, da ultimo, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Küçükdöveci (Racc. pag. I-365, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

che ha trasposto in modo sostanzialmente letterale la direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE.

che possano comportare una distorsione della concorrenza, svantaggiare i concorrenti e avere un'incidenza negativa sulla scelta dei consumatori»<sup>11</sup>.

35. Di conseguenza, considerando in particolare l'obbligo dei giudici nazionali di interpretare le disposizioni nazionali che recepiscono una direttiva, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva stessa, per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima<sup>10</sup>, non si pone, neppure sotto tale profilo, alcun problema di irricevibilità e/o di pertinenza della questione pregiudiziale posta dal Tribunal de commerce de Bourges.

37. Sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza della Corte ha costantemente affermato l'obbligo di interpretare le disposizioni della direttiva in senso favorevole alla pubblicità comparativa, sia pure facendo sempre attenzione a proteggere i consumatori da un'eventuale pubblicità ingannevole<sup>12</sup>.

*D — La direttiva 84/450/CEE e la pubblicità comparativa: considerazioni generali*

36. L'art. 3 bis della direttiva, che elenca le condizioni di liceità della pubblicità comparativa in generale, ha l'obiettivo di «stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori, consentendo ai concorrenti di mettere in evidenza in modo obiettivo i vantaggi dei vari prodotti paragonabili, vietando al tempo stesso prassi

38. Si deve ricordare che la nozione di pubblicità comparativa configurata dalla direttiva è molto ampia. La sola condizione per l'esistenza di una pubblicità comparativa è infatti che esista un messaggio, sotto qualsiasi forma, che faccia riferimento, anche in modo implicito, ad un concorrente o ai beni o servizi che esso offre. Non è neppure necessario che esista un confronto vero e proprio tra i beni e i servizi del soggetto che si fa pubblicità da un lato, e quelli del concorrente dall'altro<sup>13</sup>.

39. La disciplina della pubblicità comparativa contenuta nella direttiva, inoltre, ha natura esaustiva. Di conseguenza, eventuali

10 — V. ad esempio, da ultimo, sentenza 28 gennaio 2010, causa C-406/08, Uniplex (UK) (Racc. pag. I-817, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

11 — Sentenza 18 giugno 2009, causa C-487/07, L'Oréal e a. (Racc. pag. I-5185, punto 68).

12 — *Ibidem*, punto 69 e giurisprudenza ivi citata.

13 — Sentenza 25 ottobre 2001, causa C-112/99, Toshiba Europe (Racc. pag. I-7945, punto 31).

disposizioni nazionali più restrittive in tale materia non possono trovare applicazione<sup>14</sup>.

e denominazioni, e non sono pertanto qui applicabili.

E — *Le condizioni di liceità della pubblicità comparativa in generale*

40. Le condizioni di liceità della pubblicità comparativa in generale sono enunciate all'art. 3 bis, n. 1, della direttiva. Le condizioni in questione sono otto in totale, ed hanno natura cumulativa: è sufficiente che una sola di esse sia violata per rendere la pubblicità comparativa illecita<sup>15</sup>. Ai fini della soluzione della presente questione pregiudiziale, tuttavia, sono rilevanti soltanto le prime tre condizioni. Le altre condizioni riguardano infatti l'uso o il riferimento a marchi, segni distintivi

41. La prima condizione di liceità della pubblicità comparativa concerne la sua natura non ingannevole. Ho già avuto modo di accennare a tale requisito, e vi ritornerò più avanti<sup>16</sup>. Rimane tuttavia il fatto che, nella sua questione, il giudice del rinvio non interroga la Corte relativamente alla nozione di pubblicità ingannevole: il quesito, infatti, concerne esclusivamente la possibilità di applicare, in via generale ed astratta, le norme sulla pubblicità comparativa a prodotti alimentari.

42. Più direttamente pertinenti ai fini della presente causa sono invece la seconda e la terza condizione di liceità. La seconda condizione impone, come si è visto, che la pubblicità comparativa «confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi». A tale proposito la giurisprudenza della Corte, tenendo in considerazione il favore per la pubblicità comparativa manifestato dal legislatore della direttiva, ha avuto modo di precisare che la citata condizione di liceità non deve essere interpretata in modo troppo restrittivo. In particolare, tale condizione è stata interpretata nel senso che i beni oggetto della comparazione devono semplicemente presentare

14 — Sentenza 8 aprile 2003, causa C-44/01, Pippig Augenoptik (Racc. pag. I-3095, punto 44). Per contro, in materia di pubblicità ingannevole la direttiva, nella sua versione applicabile ai fatti della causa principale, realizzava soltanto un'armonizzazione minima, che permetteva al legislatore nazionale di applicare norme più restrittive, in particolare a tutela dei consumatori (ibidem, punto 40), a patto di non intaccare le norme relative alla pubblicità comparativa relativamente alla forma e al contenuto del confronto (ibidem, punto 44). Si deve peraltro osservare che, dopo la direttiva 2005/29/CE, la normativa dell'Unione deve ora considerarsi esaustiva anche in alcuni ambiti della disciplina della pubblicità ingannevole, poiché gli Stati membri sono ora liberi di prevedere norme più restrittive in materia soltanto per la tutela dei professionisti e dei concorrenti (cfr. il sesto «considerando» della direttiva 2005/29/CE, nonché il nuovo testo dell'art. 7 della direttiva 84/450/CEE).

15 — Cfr. l'undicesimo «considerando» della direttiva 97/55/CE, ai sensi del quale «(...) le condizioni della pubblicità comparativa devono essere cumulative e soddisfatte nella loro interezza (...)». V. anche sentenza Pippig Augenoptik, cit. alla nota 14 (punto 54).

16 — V. infra, paragrafi 54 e ss.

«un grado sufficiente di intercambiabilità per il consumatore»<sup>17</sup>.

43. La terza condizione di liceità, infine, impone che la pubblicità comparativa «confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo» dei prodotti comparati. A tale proposito, si deve precisare che è lecita una pubblicità comparativa in cui, come nel presente caso, il prezzo sia l'unico elemento sulla base del quale i prodotti sono confrontati<sup>18</sup>.

44. A questo punto, dopo avere chiarito quali siano, in linea generale, le condizioni di liceità della pubblicità comparativa pertinenti nella presente causa, passerò ad esaminare il cuore del problema sollevato dal giudice del rinvio, cioè l'applicabilità delle predette condizioni ad un confronto relativo a prodotti alimentari.

#### *F — Applicazione della direttiva ad una pubblicità comparativa di prodotti alimentari*

45. Come si è visto, il nucleo centrale della questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio concerne la possibilità di applicare

le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di pubblicità comparativa, in via generale, ad un confronto di prodotti alimentari. Osservo in proposito che la pubblicità su cui si controverte nella causa principale non riguarda, in realtà, soltanto prodotti alimentari. Ad esempio, nelle ultime posizioni delle liste di prodotti confrontati troviamo alcuni detersivi. In ogni modo, la stragrande maggioranza dei prodotti comparati è effettivamente costituita da alimenti, il che spiega e giustifica il tenore della questione pregiudiziale.

46. Il fatto che la comparazione riguardi, nel caso in esame, non singoli prodotti, ma liste di prodotti, non crea alcun problema di liceità della pubblicità comparativa. Questo specifico tipo di pubblicità è stato infatti già riconosciuto legittimo dalla giurisprudenza della Corte, a condizione che i prodotti inseriti nelle liste messe a confronto siano, a loro volta, a due a due confrontabili<sup>19</sup>. La verifica dell'esistenza di tale condizione di liceità spetta naturalmente al giudice del rinvio, ma sulla base degli elementi del fascicolo sembra di poter affermare che, nel caso di specie, la condizione in questione sia soddisfatta, poiché i prodotti inseriti in ciascun «carrello della spesa» sono elencati in un ordine specifico e appaiono essere fungibili rispetto a quelli che sono collocati nella medesima posizione in tutti gli altri «carrelli della spesa».

17 — Sentenze 19 settembre 2006, causa C-356/04, Lidl Belgium (Racc. pag. I-8501, punto 26), e 19 aprile 2007, causa C-381/05, De Landtsheer Emmanuel (Racc. pag. I-3115, punto 44).

18 — Cfr. l'ottavo «considerando» della direttiva 97/55/CE, il quale osserva che «(...) il confronto dei soli prezzi di beni e servizi deve essere possibile se rispetta determinate condizioni, in particolare quella di non essere ingannevole». V. anche sentenza Lidl Belgium, cit. alla nota 17 (punto 56).

19 — Sentenza Lidl Belgium, cit. alla nota 17 (punti 34-36).

47. La direttiva 84/450/CE non contiene alcuna eccezione esplicita o disposizione particolare per i prodotti alimentari. Non si vede pertanto su quale base si potrebbe considerare illecita, in via generale, una pubblicità comparativa di prodotti alimentari, in particolare alla luce del principio interpretativo che impone di preferire sempre, in caso di dubbio, un'interpretazione della direttiva in senso favorevole alla pubblicità comparativa<sup>20</sup>. Inoltre, la Corte ha già avuto modo di occuparsi di pubblicità comparative di prodotti alimentari, e non è mai emerso, in queste occasioni, un problema legato alla presunta non applicabilità della direttiva a tali prodotti<sup>21</sup>. Non si deve infine neppure dimenticare che, tra le condizioni di liceità della pubblicità comparativa elencate all'art. 3 bis, n. 1, della direttiva, figura, alla lett. f), una disposizione che riguarda i prodotti con denominazione di origine, la quale non avrebbe senso se i prodotti alimentari non potessero essere oggetto di confronto.

48. Ho già ricordato più sopra che, nell'interpretazione della Corte, il fatto che i beni messi a confronto rispondano ai medesimi bisogni o abbiano lo stesso obiettivo, secondo quanto richiesto dall'art. 3 bis, n. 1, lett. b), della direttiva, significa che tali beni devono presentare un sufficiente grado di intercambiabilità<sup>22</sup>. Mi sembra chiaro che tale formula non richiede che i prodotti alimentari confrontati abbiano le medesime caratteristiche gustative. A condizione, beninteso, che non si integrino gli estremi di una pubblicità ingannevole, come si vedrà più avanti. La Corte si è

posta nel medesimo ordine di idee quando ha affermato la liceità di una pubblicità comparativa che metta a confronto un prodotto senza denominazione di origine ad un prodotto che ne è provvisto<sup>23</sup>.

49. Del resto, come ha correttamente rilevato la Commissione nelle sue osservazioni scritte, se la pubblicità comparativa potesse legittimamente avvenire soltanto tra prodotti uguali, o comunque interamente sovrapponibili nelle loro caratteristiche, essa perderebbe gran parte del suo senso, che è proprio quello di mettere a confronto prodotti diversi, mettendone in evidenza i relativi pregi (e difetti).

50. Sulle modalità specifiche della verifica dell'esistenza di un grado di intercambiabilità sufficiente dei prodotti messi a confronto, la giurisprudenza della Corte ha posto alcuni punti fermi. Si tratta di una valutazione che spetta al giudice nazionale, che deve compierla sulla base degli obiettivi della direttiva e dei principi fissati dalla giurisprudenza. Tale giudice deve svolgere il suo esame tenendo conto sia dello stato attuale del mercato che delle possibili evoluzioni dello stesso, senza necessariamente limitarsi alle abitudini di consumo esistenti in un solo Stato membro o in una regione specifica. In tale valutazione, inoltre, può giocare un ruolo anche l'immagine che

20 — Cfr. supra, paragrafo 37.

21 — V., ad esempio, sentenze *Lidl Belgium e De Landtsheer Emmanuel*, entrambe cit. alla nota 17.

22 — Cfr. supra, paragrafo 42.

23 — Sentenza *De Landtsheer Emmanuel*, cit. alla nota 17 (punto 66).

l'operatore pubblicitario intende imprimere al prodotto<sup>24</sup>.

51. Non è possibile indicare a priori a quali fattori il giudice nazionale possa attribuire un rilievo decisivo ai fini della valutazione dell'intercambiabilità, per i consumatori, dei prodotti messi a confronto: si tratta infatti di una valutazione che deve essere fatta caso per caso, considerando le specifiche caratteristiche della situazione<sup>25</sup>. Elementi come la qualità dei prodotti messi a confronto o la loro appartenenza ad una determinata gamma possono, però, essere fattori importanti a tale proposito, qualora essi possano avere un'influenza sulla sostituibilità, per i consumatori, dei prodotti comparati.

52. Premesso quindi che le differenze gustative esistenti tra i prodotti alimentari messi a confronto non rendono una pubblicità comparativa illegittima, tale pubblicità sarà lecita soltanto a condizione che: a) esista tra i prodotti un'intercambiabilità sufficiente, cosa che spetta al giudice nazionale verificare; b) la pubblicità non sia ingannevole (tornerò su tale aspetto nei prossimi paragrafi); c) siano soddisfatte le altre condizioni di liceità di cui all'art. 3 bis, n. 1, della direttiva.

24 — Ibidem (punti 33-37 e 43).

25 — Rinvio, a tale proposito, alle mie conclusioni presentate il 30 novembre 2006 nella causa De Landtsheer Emmanuel (cit. alla nota 17, paragrafi 98-105).

53. Se si introducesse la *totale equivalenza gustativa* tra i criteri di liceità della pubblicità comparativa in materia di prodotti alimentari, si otterrebbe il medesimo risultato che si avrebbe dichiarando la direttiva del tutto inapplicabile ai prodotti stessi. Come infatti ha messo in evidenza il governo della Repubblica ceca nelle sue osservazioni scritte, una simile condizione, non prevista dal legislatore, introdurrebbe nel controllo della liceità della pubblicità comparativa un elemento di tipo soggettivo, che permetterebbe sempre ad un concorrente di bloccare una pubblicità comparativa di un suo rivale sostenendo che, tra i rispettivi prodotti, esistono differenze di qualità e/o di gusto.

#### *G — La verifica della natura non ingannevole della pubblicità*

54. Come ho già avuto modo di rilevare in precedenza, il giudice del rinvio non chiede alla Corte di fornirgli indicazioni in materia di pubblicità ingannevole. Poiché tuttavia la natura non ingannevole della pubblicità è una delle condizioni fondamentali per la liceità di una pubblicità comparativa, e poiché ci si potrebbe chiedere se la nozione di pubblicità ingannevole applicabile ai prodotti alimentari sia diversa dalla nozione «ordinaria», mi sembra opportuno svolgere in proposito alcune brevi considerazioni.

55. La definizione generale di pubblicità ingannevole si trova, come si è visto, all'art. 2, n. 2, della direttiva 84/450/CEE<sup>26</sup>. Gli elementi essenziali di tale definizione sono due. In primo luogo, la pubblicità ingannevole induce in errore le persone alle quali è rivolta (o, quanto meno, può potenzialmente indurle in errore). In secondo luogo, in conseguenza della sua prima caratteristica, la pubblicità ingannevole può pregiudicare il comportamento economico del pubblico a cui si indirizza, oppure ledere un concorrente del soggetto autore della pubblicità.

56. La valutazione della natura ingannevole di una pubblicità spetta sempre al giudice nazionale: si tratta infatti di una verifica che deve essere compiuta sulla base delle specificità di ciascun caso concreto, tenendo conto in particolare dei consumatori ai quali la pubblicità è indirizzata, utilizzando quale riferimento il profilo di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto<sup>27</sup>.

57. Nel caso in esame, senza voler privare il giudice nazionale della sua esclusiva competenza in proposito, mi sembra possibile individuare alcuni punti fermi, che dovranno essere tenuti presenti per determinare se i consumatori destinatari della pubblicità comparativa in esame siano stati tratti in inganno, o abbiano corso il rischio di esserlo.

58. Innanzitutto, il fatto che la pubblicità comparativa in esame non indichi il marchio dei prodotti comparati non può essere considerato, in generale, come costitutivo di una pubblicità ingannevole. È vero infatti che la Corte ha affermato che, in taluni casi, la non indicazione dei marchi dei prodotti comparati può costituire una pubblicità ingannevole. Ciò, tuttavia, come è stato precisato nella sentenza Pippig, si verifica soltanto qualora il marchio dei prodotti possa condizionare sensibilmente la scelta dei consumatori, riguardando il confronto prodotti concorrenti i cui rispettivi marchi presentano una notevole differenza in termini di notorietà<sup>28</sup>.

59. In altri termini, l'omessa indicazione dei marchi può configurare una pubblicità ingannevole soltanto in casi piuttosto limitati: la soglia di riferimento fissata dalla Corte nella precitata sentenza Pippig è molto alta. Si trattava infatti, in quel caso, della mancata indicazione dei marchi di lenti per occhiali: un prodotto, quindi, che si colloca in tutt'altra categoria, in termini di prezzo e di funzionalità, rispetto a una serie di generi alimentari di prima necessità. E non si deve neppure dimenticare che, anche in quel caso, la Corte ha comunque rimesso al giudice nazionale la decisione sulla natura ingannevole o meno della pubblicità.

26 — Sentenza Lidl Belgium, cit. alla nota 17 (punto 76).

27 — Sentenze 16 gennaio 1992, C-373/90, X (Racc. pag. I-131, punto 15); Pippig Augenoptik, cit. alla nota 14 (punto 55), e Lidl Belgium, cit. alla nota 17 (punti 77-78 e giurisprudenza ivi citata).

28 — Sentenza Pippig Augenoptik, cit. alla nota 14 (punto 53).

60. Di conseguenza, fermo restando che solo il giudice del rinvio potrà pronunciarsi sul punto, mi sembra difficile che, nel presente caso, la mancata indicazione dei marchi dei prodotti messi a confronto possa costituire un comportamento che integra gli estremi della pubblicità ingannevole. Diverso sarebbe invece il caso se, ad esempio, la mancata indicazione dei marchi dei prodotti messi a confronto fosse utilizzata dall'operatore pubblicitario per creare nei consumatori un'idea erronea dei prodotti stessi. Si potrebbe pensare all'ipotesi di un confronto concepito in modo da suggerire, in modo ingannevole, che il prodotto offerto ad un prezzo notevolmente più basso abbia lo stesso marchio del prodotto più caro.

61. La non indicazione dei marchi potrebbe essere significativa, per contro, se essa rendesse impossibile individuare i prodotti che sono messi a confronto. Come infatti la giurisprudenza ha affermato, i prodotti oggetto della comparazione devono essere identificabili «individualmente e concretamente»<sup>29</sup>. Se, come nel presente caso, la pubblicità identifica i prodotti in modo generico («margarina», «crema da spalmare», «passata di pomodoro» ecc.) e senza precisarne il marchio, potrebbe sussistere il rischio che i prodotti messi a confronto non siano identificabili con sufficiente precisione. Si tratta comunque, anche qui, di una valutazione che spetta al giudice nazionale. Qualora infatti, ad

esempio, i prodotti messi a confronto siano gli unici di quel tipo venduti nei supermercati interessati (cioè, per riprendere gli esempi del paragrafo precedente, la sola margarina, la sola passata di pomodoro ecc.), o siano per loro stessa natura perfettamente fungibili rispetto ai prodotti concorrenti, non si porrà alcun problema di mancata o impossibile identificazione degli stessi.

62. La Corte ha altresì avuto modo di rilevare che anche le modalità utilizzate per scegliere gli specifici prodotti per formare il «carrello della spesa» oggetto di pubblicità comparativa potrebbero, in astratto, configurare una pubblicità ingannevole. In particolare, ciò potrebbe avvenire se la scelta dei prodotti potesse produrre nei consumatori l'erronea convinzione che *tutti i prodotti* dell'operatore pubblicitario siano meno cari di *tutti i prodotti* dei suoi concorrenti<sup>30</sup>. Osservo tuttavia che tali affermazioni giurisprudenziali non sono pertinenti nel caso di specie. Esse sono state infatti elaborate dalla Corte relativamente ad una situazione in cui una pubblicità comparativa confrontava non specifici prodotti, ma il livello generale dei prezzi praticati da supermercati concorrenti. Nel caso in esame, invece, non siamo in presenza di affermazioni generali relative ai prezzi, che sarebbero sempre più bassi in un supermercato piuttosto che in un altro. La pubblicità comparativa sulla quale si deve pronunciare il giudice del rinvio, come si è visto, mette infatti a confronto un numero ben preciso e determinato di prodotti in vendita presso supermercati

29 — Sentenza Lidl Belgium, cit. alla nota 17 (punto 61).

30 — Ibidem (punto 83).

concorrenti. Il fatto che tale comparazione sia accompagnata da un generico slogan relativo alla maggiore convenienza del supermercato dell'operatore pubblicitario, senza alcuna indicazione quantitativa e/o numerica, mi sembra del tutto irrilevante.

## V — Conclusioni

63. Alla luce delle considerazioni svolte, propongo alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale del Tribunal de commerce de Bourges nei termini seguenti:

«Ai sensi della direttiva del Consiglio 10 settembre 1984, 84/450/CEE, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, è lecita una pubblicità comparativa che confronti, sulla sola base del prezzo, prodotti alimentari che, anche se diversi dal punto di vista gustativo, presentano tuttavia un sufficiente livello di intercambiabilità. Spetta al giudice nazionale verificare il rispetto di tale condizione, nonché delle altre condizioni previste dall'art. 3 bis della direttiva 84/450/CEE, e in particolare di quella relativa al divieto di pubblicità ingannevole».