

IP154 - FISH FACTOR-RIGENERAZIONE CARTILAGINE

Provvedimento n. 23882

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 settembre 2012;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO, in particolare, l'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in base al quale, in caso di inottemperanza ai provvedimenti di urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la propria delibera n. 22940 del 3 novembre 2011, nell'ambito del procedimento PS7386, con la quale l'Autorità ha accertato la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere, nel periodo settembre 2010 - giugno 2011, da Avantgarde S.p.A., consistente nel promuovere, il prodotto "*Fish Factor Articolazioni*" e presentarlo ai consumatori, attraverso un'ampia campagna pubblicitaria che ne evidenziava alcune proprietà salutistiche incentrate sulla efficacia nel "rigenerare/ricostruire" le cartilagini delle articolazioni "danneggiate";

VISTA la propria delibera n. 23351 del 6 marzo 2012, nell'ambito del procedimento IP154, con la quale l'Autorità ha contestato a Avantgarde S.p.A. la violazione dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo per non avere ottemperato alla suddetta delibera n. 22940 del 3 novembre 2011;

VISTA la propria delibera del 4 luglio 2012, con la quale l'Autorità ha prorogato di sessanta giorni il termine di conclusione del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Con provvedimento n. 22940 del 3 novembre 2011, l'Autorità ha deliberato la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere dal professionista consistente nell'aver promosso l'integratore alimentare denominato Fish Factor vantando particolari proprietà salutistiche e terapeutiche non rispondenti al vero.

2. In particolare, con il provvedimento di cui sopra si è ritenuto che le indicazioni utilizzate dal professionista per promuovere Fish Factor in ragione della sua capacità di "agire sulle cause del dolore articolare" e/o di "ricostruire le cartilagini" non erano autorizzate e, quindi, spendibili in base alla disciplina comunitaria, né comunque rispondenti alle documentazione scientifica disponibile, traducendosi in indicazioni false e ingannevoli sulle vantate caratteristiche del Prodotto.

3. Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha vietato l'ulteriore diffusione o continuazione della pratica commerciale.

4. A seguito della notifica del predetto provvedimento il professionista ha trasmesso una relazione nella quale si dava conto delle iniziative assunte¹. In particolare, le misure – che coincidevano con gli impegni presentati nel corso del procedimento - consistevano nell'eliminazione dei claim (sia scritti che vocali) relativi ad una possibile idoneità di *Fish Factor Articolazioni* ad agire sulle cause del dolore e a ricostruire/rigenerare le cartilagini che erano stati sostituiti con il claim "favorisce la funzionalità articolare". Tali cambiamenti avrebbero riguardato anche il sito web del professionista, specificamente per quanto attiene ai vanti di ciascuno degli ingredienti del prodotto in questione².

5. Inoltre, si sarebbe proceduto ad "eliminare quelle specifiche rappresentazioni grafiche che appaiono, ai sensi del provvedimento in questione, suggerire il concetto di ricostruzione/rigenerazione" e, in particolare, dai video (spot di 15 secondi); la nuova grafica si limiterà a mostrare una cartilagine sulla quale si depositano delle perle di Fish Factor. In particolare, con riferimento al "[...] *concept del maglione smagliato che si ricostruisce*" vi sarà un primo piano sul viso dell'attrice che intende trasmettere una sensazione di generale benessere, aspetto che si pone del tutto in linea con il concetto di fondo degli integratori alimentari, ovvero quello di ottenimento di effetti fisiologici e benefici³.

6. Sulla base delle informazioni acquisite, ed in particolare della predetta memoria, è emerso che il professionista non ha pienamente ottemperato al provvedimento del 3 novembre 2011, n. 22940 non avendo eliminato del tutto i profili

¹ [Con nota pervenuta in data 13 dicembre 2011 (cfr. doc. 25 del fascicolo PS7386).]

² [Cfr. doc. 25 (supra), all. 1. Si tratta di sostituzioni ed integrazioni di parti di testo esistenti che illustrano le caratteristiche della glucosamina, dell'acido ialuronico, della vitamina C e degli Omega 3. Nello specifico, le sostituzioni riguardano i termini "ricostruzione", "assicura", "esercitano un'azione antinfiammatoria" cambiati nei termini "favorisce/favoriscono".]

³ [Infine, il professionista comunicava che "[...] non sarebbero stati diffusi ulteriori messaggi a mezzo stampa".]

di scorrettezza accertati. Infatti, mentre le modifiche apportate ai claim rimuovevano i profili di ingannevolezza rilevati nel predetto provvedimento, risultava permanere un profilo di scorrettezza nei messaggi diffusi attraverso spot per effetto della "nuova" configurazione grafica in quanto non presenta sufficienti elementi di discontinuità rispetto ai messaggi precedenti, tali da spiegare adeguatamente i reali effetti del prodotto.

7. Ad esempio, lo spot televisivo da quindici secondi - analoghe considerazioni valgono per gli spot più brevi essendo gli stessi estratti da quello di quindici secondi - conserva gli stessi fotogrammi di quello oggetto di accertamento istruttorio (inclusa l'attrice che mostra benessere dopo l'assunzione del prodotto), tranne quello, stralciato, relativo alla sequenza della maglia che si ricostruisce. L'unica modifica apportata al vecchio spot risulta essere la diversa inquadratura dell'attrice nel medesimo fotogramma che riproduce la stessa con il braccio dolorante disteso, che non mostra più quella parte di maglia che nei messaggi contestati era oggetto di ricostruzione, essendo l'immagine "tagliata" poco al disopra del gomito, mantenendo tuttavia l'immagine della maglia lacerata e quindi continuando a prospettare il prodotto come idoneo a risolvere la lacerazione.

8. Anche l'immagine relativa al deposito del prodotto sulla cartilagine, pur privato ora nei nuovi fotogrammi del profilo dell'articolazione usurata che diviene regolare per effetto dell'azione di gocce del prodotto che vi arrivano sopra, appare comunque veicolare un effetto certamente non riferibile ad un mero integratore.

9. Pertanto, con provvedimento del 6 marzo 2012, n. 23351, l'Autorità ha contestato a Avantgarde S.p.A. di aver violato la delibera del 3 novembre 2011, n. 22940.

10. Con sentenza n. 7491/2012, depositata in data 3 settembre 2012, il TAR ha integralmente respinto il ricorso avverso al provvedimento n. 22940 del 3 novembre 2011, come pure dichiarato inammissibile il ricorso promosso avverso l'avvio del procedimento in questione trattandosi di atto endo-procedimentale.

II. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE

11. Successivamente alla comunicazione del provvedimento di contestazione dell'inottemperanza, avvenuta in data 20 marzo 2012, il professionista ha consegnato, in data 27 aprile 2012, una memoria difensiva *"... al fine di dimostrare l'erroneità dell'addebito dell'inottemperanza"*⁴.

12. Il professionista, nella predetta memoria, in merito alle iniziative poste in essere per ottemperare al provvedimento fa presente che:

a) *"[...] ha in buona fede ritenuto di poter riprendere la diffusione del solo spot televisivo, opportunamente emendato, confidando di aver eliminato tutti quegli elementi che erano stati qualificati come ingannevoli nel Provvedimento finale ... e che, in ogni caso, dal 3 marzo 2012 gli spot televisivi in questione non sono più in programmazione"*;

b) le modifiche apportate ai claim sono tali da non *"[...] lasciare residuare dubbi in merito alla natura di integratore alimentare del Prodotto, essendo l'azione sulle funzioni fisiologiche il tratto che definisce e caratterizza gli integratori alimentari"*.

Inoltre, più in generale, Avantgarde rileva che:

c) la valutazione di un messaggio pubblicitario *"[...] deve essere compiuta avendo riguardo alla sua presentazione complessiva"* mentre nel caso in questione, continua il professionista, anche se ha preso formalmente atto delle numerose ed incisive modifiche apportate ai claim e agli elementi grafici della campagna promozionale, l'Autorità *"[...] sembra omettere poi di valutare in maniera organica ed unitaria il nuovo messaggio"*;

d) si è in presenza di una *"speciale tenuità del fatto"* poiché le censure di inottemperanza riguardano uno soltanto dei messaggi (lo spot televisivo), *"[...] mentre tutti i profili relativi alle indicazioni nutrizionali sono stati sanati (come riconosciuto dall'Autorità nel provvedimento 23351/2012), con un ambito di estensione oggettivo del procedimento estremamente circoscritto"*;

e) *"nel caso in oggetto non ricorrano i presupposti né di un'inottemperanza formale (che si riscontra allorché un'impresa persista nel riprodurre formalmente gli stessi comportamenti sanzionati, laddove nel caso in oggetto la Società ha modificato i messaggi e ne ha dato evidenza all'Autorità) né di un'inottemperanza sostanziale (caratterizzata da comportamenti elusivi da parte dell'impresa sanzionata: nel caso di Fish Factor, la Società è intervenuta sui claim, sugli elementi discorsivi, sulle immagini ritenute ingannevoli, sulla descrizione dei singoli componenti del prodotto, etc.)"*;

f) nel caso in cui l'Autorità dovesse comunque ritenere che *"[...] la Società non abbia ottemperato al Provvedimento finale e, dunque, intenda procedere all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, chiede comunque che l'importo di quest'ultima sia determinato in misura simbolica o nel minimo edittale alla luce della speciale tenuità del fatto e delle numerose circostanze attenuanti [esposte nella memoria]"*;

g) *"l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria ha disposto, in data 26 luglio 2011, l'archiviazione di un analogo procedimento avviato nei confronti della Società valutando positivamente la sospensione della campagna pubblicitaria e la revisione della campagna alla luce dei rilievi sollevati"*⁵.

⁴ [In data 7 settembre 2012 è pervenuta un'ulteriore memoria difensiva nella quale vengano riproposte le argomentazioni difensive, nonché considerazioni sul provvedimento principale in merito alla durata dell'infrazione.]

⁵ [Giovà rilevare come il professionista abbia prodotto solo la lettera di comunicazione di tale decisione senza produrre la contestazione avanzata nell'ambito del procedimento IAP.]

III. VALUTAZIONI

13. Alla luce degli elementi raccolti, si ritiene che il comportamento posto in essere dal professionista costituisce inottemperanza alla delibera n. 22940 del 3 novembre 2011 in quanto le modifiche poste in essere dopo la notifica del provvedimento agli elementi grafici dei messaggi stessi (spot video di 15 secondi) non appaiono sufficienti ad eliminare i profili di scorrettezza accertati in quanto mantengono una serie di elementi di continuità con i messaggi grafici precedenti, tali da mantenere alcuni profili di ingannevolezza circa l'efficacia del prodotto e non adeguatamente chiarire il diverso e limitato effetto ad esso riconducibile.

14. In particolare, l'unica modifica apportata al vecchio spot risulta essere la diversa inquadratura dell'attrice nel medesimo fotogramma che la riproduce con il braccio dolorante disteso, che non mostra più quella parte di maglia lacerata che nei messaggi contestati era oggetto di ricostruzione in quanto l'immagine risulta "tagliata" poco al di sopra del gomito, mantenendo tuttavia in precedenza l'immagine della maglia lacerata. Tale rappresentazione, tenendo anche conto dall'ampia diffusione dei messaggi precedenti incentrati proprio su questo aspetto, risulta idonea a mantenere una prospettazione scorretta dell'efficacia del prodotto quale adatto alla ricostruzione della cartilagine, riproponendo i medesimi profili di ingannevolezza sanzionati con la citata delibera.

15. Diversamente da quanto sostenuto nella memoria difensiva del 23 aprile 2012, è proprio una valutazione complessiva dello spot televisivo modificato, e non delle singole modifiche, che permette di evidenziare la grande similitudine fra quello originale esaminato nel provvedimento di accertamento e quello modificato. Infatti, il professionista ha mantenuto le medesime sequenze, inclusa quella relativa alla maglia lacerata e alla maglia "rigenerata" salvo una diversa inquadratura di quest'ultima, eliminando esclusivamente quelle relative all'azione ricostruttiva della maglia. Tutto ciò risulta in grado di ingenerare un effetto memoria nei consumatori che continuano a percepire la promozione del prodotto come immutata, corroborato dal concetto relativo alla capacità del prodotto di "ricostruire" le cartilagini attraverso il passaggio dall'immagine della maglia rotta a quella senza lacerazioni.

16. Priva di rilievo è in questo ambito la valutazione e qualsiasi "affidamento" derivante dalla valutazione del Comitato di controllo dello IAP, sia in quanto trattasi di valutazione intervenuta prima della delibera di conclusione del procedimento principale (adottata il 3 novembre 2011), sia in quanto proprio nel provvedimento erano puntualmente delineati i profili di scorrettezza che il professionista doveva rimuovere per ottemperare allo stesso.

17. Alla luce degli elementi acquisiti, tenendo comunque atto del comportamento pro-attivo del professionista, si ritiene che il comportamento posto in essere dal medesimo abbia costituito inottemperanza alla delibera del 3 novembre 2011, n. 22940, per i diversi profili contestati in sede di avvio del presente procedimento, ovvero con riguardo alla riproposizione del messaggio spot televisivo con modalità che non introducono sufficienti elementi di discontinuità rispetto ai messaggi precedenti e tali da spiegare il diverso e limitato effetto del prodotto rispetto a quanto prospettato nello spot televisivo originale.

IV. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

18. Nel caso di specie, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Non trova infatti, applicazione l'aumento a 5.000.000 di euro dell'importo massimo della sanzione di cui all'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, operato dall'articolo 23, comma 12-quinquiesdecies, del Decreto Legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modifiche con legge 7 agosto 2012, n. 135 (GU n. 173/L del 14 agosto 2012), in quanto la condotta oggetto del presente provvedimento è stata posta in essere prima del 15 agosto 2012, data di entrata in vigore della predetta norma.

19. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

20. Con riguardo alle condizioni economiche del professionista, si tratta di una società con ricavi nel 2010 di circa 97 milioni di euro e utili per circa 4,4 milioni di euro.

21. Con riguardo alla gravità e durata della violazione, si considera che il professionista ha comunque provveduto a sospendere la campagna stampa e a riprenderla solo dopo aver effettuato le modifiche precedentemente descritte ai claim di efficacia del prodotto, sia nei messaggi promozionali che sul suo sito web in Internet, come richiesto dal provvedimento dell'Autorità n. 22940 del 3 novembre 2011. Inoltre, per quanto attiene alla durata dalla documentazione in atti, risulta che gli spot televisivi modificati che integrano la condotta di inottemperanza sono andati in onda successivamente al 13 dicembre 2011, data di comunicazione della iniziative di ottemperanza al provvedimento n. 22940, fino al 3 marzo 2012.

22. Considerati tali elementi, e tenuto conto della durata dell'inottemperanza relativa alla delibera n. 22940 del 3 novembre 2011, si ritiene congruo irrogare a Avantgarde S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 30.000 € (trentamila) euro.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che il comportamento della società Avantgarde S.p.A., consistito nell'aver violato la delibera del 3 novembre 2011, n. 22940, nei limiti di cui in motivazione costituisce inottemperanza a quest'ultima;

b) di irrogare alla società Avantgarde S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 30.000 € (trentamila) euro.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49 del decreto legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in considerazione della natura dell'illecito e per assicurare al pubblico la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella