

comportavano in realtà esborsi di gran lunga superiori a quanto prospettato.

Di particolare interesse è risultata, inoltre, l'istruttoria nei confronti della società Curativa Srl, attiva nella fornitura di servizi di estetica, che stipulava abbonamenti con i consumatori per cicli di trattamenti estetici e, contestualmente, contratti di finanziamento per tali trattamenti, senza rilasciare la copia-cliente dei contratti stipulati e senza inviarla successivamente, nonostante le numerose richieste ricevute dai consumatori stessi (PS1739 CURATIVA - TRATTAMENTI PER IL VISO).

Il mancato rilascio della copia dei contratti destinata ai clienti è stata considerata una pratica commerciale aggressiva, in quanto non ha consentito agli stessi di conoscere il contenuto dei diritti, oltre che degli obblighi derivanti dai contratti stipulati, limitandone la possibilità di esercizio. Nel provvedimento è stata altresì valutata come aggressiva la condotta della società finanziaria coinvolta, Plusvalore Srl, consistente, da un lato, nell'aver preteso dai consumatori, senza effettuare le opportune verifiche preliminari, il pagamento delle rate di rimborso del finanziamento erogato a Curativa, anche a fronte di contestazioni relative alla mancata fornitura dei trattamenti estetici acquistati o alle modalità poco trasparenti con cui erano stati proposti e stipulati i rispettivi contratti di finanziamento e, dall'altro, nel non avere fornito ai consumatori richiedenti la documentazione contrattuale attestante l'avvenuta stipula dei contratti di finanziamento, adducendo come motivazione la circostanza che si trattava di eccezione a essa non opponibile in quanto attività delegata a Curativa.

Alle due società sono state comminate sanzioni pecuniarie pari a 50 mila euro (Curativa) e 70 mila euro (Plusvalore).

3. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Introduzione

Nell'ultimo anno solare completo (1° gennaio 2009- 31 dicembre 2009), sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette. Si tratta della prima giurisprudenza del giudice amministrativo di primo grado che si sta formando sulla nuova disciplina posta a tutela del consumatore, entrata in vigore nel settembre 2007.

Nel periodo di riferimento, il Tar Lazio ha emesso numerose sentenze in merito alle fattispecie di pratiche commerciali scorrette ingannevoli e aggressive, chiarendo numerosi aspetti della disciplina introdotta con il decreto legislativo n. 146/2007 di recepimento della Direttiva 2005/29/CE. In particolare, si sottolineano i principi affermati dal giudice amministrativo in merito al rapporto tra disciplina generale del Codice del consumo e disciplina settoriale, alla natura delle pratiche commerciali e i criteri per la loro individuazione, alla nozione di “professionista”, di “diligenza professionale” e di “consumatore medio”.

Profili sostanziali

Rapporto tra disciplina generale del Codice del consumo e disciplina settoriale

Con diverse pronunce il Tar Lazio è intervenuto sui rapporti tra la disciplina generale contenuta nel Codice del consumo e le discipline settoriali riguardanti il credito, le comunicazioni, l'energia elettrica e il gas, nonché l'etichettatura di prodotti e di integratori alimentari.

Nelle sentenze riguardanti il caso *Fatturazione per chiamate satellitari* (sentenze del 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza del 7 luglio 2009, n. 6446), il Tar ha evidenziato come “il nuovo quadro di tutela offerta dal Codice del consumo, venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione” (nel medesimo senso Tar Lazio, sez. I, sentenza n. 5628 del 15 giugno 2009, caso Sms Messaggi in Segreteria). Identici principi sono stati pronunciati relativamente al settore dell'energia elettrica e del gas (in tal senso cfr. Tar Lazio, sez. I, sentenza 8 settembre 2009, caso *Enel Energia - Bolletta gas*, n. 8399, e sentenza 8 settembre 2009, caso *Prezzi bloccati dell'elettricità*, n. 8400).

Nella sentenza n. 3696 del 6 aprile 2009, caso *Portabilità dei mutui*, il Tar ha escluso la sussistenza di un contrasto tra la disciplina speciale di settore e il Codice del consumo, ritenendo che la clausola di specialità, di cui all'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo, non potesse essere utilmente invocata “*attenendo la disciplina asseritamente violata ad aspetti (pratiche commerciali) che non necessariamente coincidono (e comunque non esauriscono) le disposizioni poste a tutela della trasparenza*”.

Nella sentenza n. 13779 del 29 dicembre 2009, caso *Società Milkon Alto Adige*, il Tar, muovendo dalla differente natura degli interessi tutelati dall'attività dell'Autorità, finalizzata alla tutela del consumatore e alla tutela

della concorrenza fra imprese, e dal controllo del Ministero della Salute, volto a verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana, ha ritenuto che *“la normativa di carattere generale in materia di tutela dei consumatori non pregiudica l'applicazione della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di salute e sicurezza dei prodotti, ma coesiste con essa”*.

Natura delle pratiche commerciali

In numerose sentenze, il Tar Lazio ha affermato che, ai fini dell'illiceità di una pratica commerciale ai sensi del Codice del consumo, non è necessario dimostrare che essa abbia avuto una concreta attuazione pregiudizievole per i consumatori, essendo sufficiente una sua potenziale lesività tale da ascriverla nell'ambito dell'illecito, non già di danno, ma di mero pericolo (tra queste, sentenza del 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*). Le norme del Codice del consumo in materia di pratiche commerciali sono infatti preordinate a prevenire distorsioni della concorrenza anche in una fase prodromica a quella negoziale e ciò a prescindere dalla presenza di un concreto pregiudizio economico (il Tar Lazio si è pronunciato nello stesso senso sentt. 5 ottobre 2009, n. 9743, *Prezzi bloccati elettricità*; 8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia bolletta gas*; 6 luglio 2009, n. 6457 e altre, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari*; 22 giugno 2009, n. 5916, *M-Platform*; 15 giugno 2009, n. 5626, *Nespresso sconto di 50 euro*).

Gli effetti della condotta – come affermato dal Tar nella sentenza dell'8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia bolletta gas* – *“possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell'ambito dei consumatori”*. In quest'ottica, il numero di consumatori concretamente indotti in errore dalla pratica, pur non rilevando ai fini del giudizio di scorrettezza, *“può assumere significatività quale elemento aggravante della condotta – nel senso di consentire l'individuazione di un rincarato grado di “negligenza” al quale potrà accedere un'omogenea commisurazione dell'apparato sanzionatorio repressivo – laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nei confronti dei consumatori”* (sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*).

Criteri di individuazione delle pratiche commerciali autonome

Nella sentenza del 9 aprile 2009, n. 3722, caso *Enel Energia cambio fornitore*, il Tar Lazio ha enucleato i criteri di individuazione di una pratica commerciale autonoma riconducibili ai seguenti elementi: 1) il comportamento posto in essere da un professionista; 2) l'esistenza di un

prodotto al quale il comportamento è riferibile; 3) la tensione teleologica fra il comportamento posto in essere dal professionista e il prodotto (ovvero, la riscontrabilità nel primo di una preordinazione funzionale delle condotte assunte rispetto all'orientamento delle scelte dei consumatori verso "quel" prodotto); 4) l'articolazione temporale della/e condotta/e del professionista rispetto all'intento promozionale e/o alla collocazione del prodotto sul mercato, con riferimento alle azioni concretamente poste in essere al fine di attirare le attenzioni della (potenziale) clientela sull'oggetto della commercializzazione. Alla luce di tali elementi, il Tar ha precisato che, là dove le condotte poste in essere dal professionista si riferiscano a prodotti non assimilabili ontologicamente, esse devono essere considerate autonomamente, ossia come integranti pratiche commerciali distinte (nel caso di specie si trattava di offerte riguardanti il gas e l'energia elettrica).

Nella stessa decisione n. 3722/09, il Tar ha fatto peraltro presente che il riferimento al prodotto, quale elemento da prendere in considerazione ai fini dell'individuazione della condotta, viene superato in presenza di un'offerta unitaria presentata ai consumatori come inscindibile (nel senso che l'acquisito di un bene impone necessariamente l'acquisto dell'altro).

Sporadicità della condotta

La natura sporadica e occasionale della vicenda denunciata all'Autorità non esclude la sussistenza di una delle ipotesi di pratiche commerciali scorrette stigmatizzate dal Codice del consumo (Tar Lazio, sentenze 11 giugno 2009, n. 5570, *Energas deposito cauzione*, e 26 maggio 2009, n. 5249, *Duerre finanziamento lotto pentole*).

Pratiche commerciali scorrette ingannevoli

Completezza informativa del messaggio pubblicitario

Per orientamento costante dell'Autorità, l'idoneità ingannatoria del messaggio non può essere esclusa dalla circostanza che il consumatore, grazie a fonti informative esterne, in un momento successivo alla consultazione del messaggio possa apprendere informazioni essenziali in merito al contenuto e alle caratteristiche dell'offerta. Poiché il Codice del consumo intende salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore da ogni interferenza ingiusta fin dal primo contatto pubblicitario, sul professionista grava, sin dal primo momento, un preciso onere di completezza e chiarezza nella redazione della propria comunicazione commerciale.

Come confermato dal Tar Lazio nella sentenza del 24 aprile 2009, n. 4138, *Cottonjoy accappatoi in microfibra*, "la completezza e la veridicità di un messaggio pubblicitario va verificata nell'ambito dello stesso contesto di comunicazione commerciale e non già sulla base di ulteriori informazioni

che l'operatore pubblicitario renda disponibili solo a "contatto", e quindi ad effetto promozionale, già avvenuto". La presenza di eventuali elementi di etero-integrazione informativa – si afferma nella sentenza 29 dicembre 2009, n. 13789, *Isoi corso di laurea in osteopatia* – non può infatti assurgere “*ad equipollente valenza rispetto all'osservanza di un obbligo di diligenza (quanto alla completezza, chiarezza ed esaustività del messaggio promozionale) che, invece, è ascrivibile esclusivamente a fatto proprio del professionista*”.

Con riguardo ai messaggi diffusi via Internet, la completezza informativa del messaggio va effettuata attraverso un'attenta analisi della struttura del sito, tenendo conto del fatto che tra i consumatori possono esservene alcuni che si fermano al primo livello informativo (Tar Lazio, sentenza dell'8 settembre 2009, n. 8394, *Prezzi bloccati elettricità*). Nella medesima decisione n. 8394/09 il Tar ha affermato che le caratteristiche essenziali dell'offerta devono risultare chiaramente percepibili sin dalla prima pagina del sito *web* (o, comunque, sin dal primo livello di navigazione).

Con particolare riguardo al prezzo del prodotto, il Tar Lazio ha confermato la scorrettezza, *sub specie* di pratica commerciale ingannevole, dell'indicazione del costo di acquisto al netto di tasse e supplementi, spese od oneri di qualsiasi genere, comunque denominati e comunque rientranti nelle voci previamente determinabili dal professionista, le quali concorrono a determinare l'importo finale che il consumatore deve corrispondere per procurarsi il bene o servizio. Al riguardo, il giudice amministrativo ha ribadito un indirizzo interpretativo consolidato, secondo il quale, al fine di rendere chiara e compiuta l'informazione fornita al pubblico l'indicazione del costo di un prodotto o servizio deve includere ogni onere economico gravante sul consumatore, il cui ammontare sia determinabile *ex ante*, o presentare, contestualmente e con adeguata evidenza grafica e/o sonora, tutte le componenti che concorrono al computo del prezzo finale. Come ribadito dal Tar nella citata sentenza n. 8394/09, infatti, anche le sole modalità di presentazione del prezzo possono sortire un effetto decettivo sul consumatore, soprattutto quando il messaggio pubblicitario enfatizza un prezzo base a cui si aggiungono ulteriori costi e oneri, rendendo il prezzo finale ed effettivo di non chiara e immediata percezione per la macchinosità del calcolo o per la non agevole percezione delle relative informazioni.

Con riguardo alle pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli - le quali sono da considerarsi in ogni caso scorrette e, quindi, vietate - si segnala la sentenza 25 marzo 2009, n. 3124, *Ovito Magicannuccia – Approvati FIMP*, con cui il Tar Lazio ha confermato la scorrettezza, per violazione degli articoli 20, 21, lettere *b)* e *c)*, e 23, lettera *d)*, del Codice del consumo, della commercializzazione di prodotti alimentari e di largo consumo con l'apposizione della dicitura “*approvato FIMP – Federazione dei Medici Pediatri*”. La menzionata dicitura - la quale alludeva a un'approvazione a

opera della federazione dei pediatri - appariva idonea a influenzare le scelte dei consumatori accreditando i prodotti di caratteristiche di particolare affidabilità in ragione della fiducia riposta dai consumatori nella categoria professionale interessata.

Sulle pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli si segnala altresì la decisione del Tar Lazio 14 settembre 2009, n. 8670, *Coop Superstore di Trento*, con cui il giudice ha confermato la scorrettezza, ai sensi degli articoli 20, 21, comma 1, lettere *b)* e *d)*, e 23, lettera *e)*, del Codice del consumo, della pratica commerciale con cui un professionista pubblicizzava la vendita congiunta di due prodotti a un prezzo particolarmente accattivante senza rendere chiaramente percepibile al consumatore l'esistenza di limitazioni nella disponibilità degli stessi. In particolare, il Tar Lazio, alla luce dell'articolo 23, lettera *e)*, del Codice del consumo - ai sensi del quale è in ogni caso ingannevole la pratica che “*invita all'acquisto di prodotti a un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti*” – ha confermato che la generica dicitura “*salvo esaurimento scorte*” riportata nel messaggio era del tutto inidonea, tenuto conto dell'elevato livello di diffusione della campagna pubblicitaria e della quantità di tali prodotti offerta, a far percepire al consumatore medio, con sufficiente chiarezza, l'esistenza di limitazioni della disponibilità dei prodotti. Nella medesima sentenza il Tar ha ritenuto altresì irrilevante – rispetto al carattere scorretto della pratica – la circostanza che i consumatori potessero prenotare i beni in promozione (non disponibili) e che il professionista, a lancio della campagna pubblicitaria avvenuto e a effetto promozionale ormai prodotto, potesse effettuare degli ordinativi integrativi.

Uso ingannevole dei marchi

Con riguardo all'uso dei segni distintivi di un'azienda volti a promuoverne l'attività, il Tar Lazio, nella sentenza 24 aprile 2009, n. 4132, *Onoranze funebri Fadal*, ha confermato il principio secondo cui “*il controllo dell'Autorità riguarda non già il marchio in quanto tale, bensì il contesto comunicativo in cui si inserisce, al fine di verificare se l'uso di una certa denominazione o segno distintivo sia idoneo ad indurre in errore i consumatori e a pregiudicarne il comportamento economico*”.

Pratiche commerciali scorrette aggressive

Nel periodo considerato, il Tar Lazio ha confermato il carattere aggressivo di alcune pratiche commerciali sanzionate dall'Autorità. Nel caso *Energas deposito cauzione*, ad esempio, il Tar, con decisione dell'11 giugno

2009, n. 5570, ha confermato il carattere aggressivo del professionista che, rifiutandosi di versare la cauzione pagata dal cliente, si opponeva all'esercizio da parte del consumatore del diritto attribuito dalla legge di interrompere il rapporto contrattuale e di rivolgersi eventualmente ad un altro fornitore. Parimenti, nel caso *Enel mora per ritardo consegna bolletta*, il giudice – con decisione 27 maggio 2009, n. 5290 – ha confermato l'“*intima aggressività della condotta*” del professionista che, pur avendo recapitato la bolletta per il pagamento dell'energia elettrica in ritardo rispetto ai termini di scadenza, pretendeva dall'utente il pagamento degli interessi di mora per tardivo pagamento, prevedendo inoltre meccanismi di reclamo del tutto inidonei a tenere gli utenti indenni dalla corresponsione dei suddetti interessi. Nel caso *Enel energia bolletta gas*, il giudice ha ritenuto la minaccia di distacco della fornitura, unitamente al sollecito di pagamento, pienamente corrispondente al paradigma di “coercizione” o di “indebito condizionamento” che caratterizza le pratiche aggressive ai sensi degli articoli 24 e 25 del Codice del consumo. Nella sentenza del 15 giugno 2009, n. 5625, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari*, il Tar ha inoltre affermato che tra trasparenza informativa e aggressività della condotta c'è “*naturale contiguità*”.

Pratiche commerciali occulte

Con riguardo alla fattispecie delle pratiche commerciali occulte, il Tar Lazio ha confermato i principi giurisprudenziali elaborati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 146/07. A questo proposito, nel periodo considerato merita di essere segnalata la sentenza del Tar Lazio del 29 dicembre 2009, n. 13749, *Pubblicità occulta gioielli My Mara-Europe Assistance-Isola dei Famosi*. In essa, il giudice di prime cure, nel confermare la scorrettezza delle pratiche consistenti della promozione occulta, nel corso di una trasmissione televisiva, di una linea di gioielli e del marchio “Europ Assistance”, ha innanzitutto ripercorso la consolidata giurisprudenza relativa alla fattispecie della pubblicità occulta ricordando che essa “*elude le naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta; è più autorevole ed affidabile, per il fatto che il messaggio ha l'apparenza di un'informazione neutrale e disinteressata; è, infine, particolarmente efficace, in quanto si presta a carpire l'attenzione anche di coloro che usano distoglierla dai messaggi pubblicitari palesi*”.

Il Tar ha poi rammentato che nell'ambito del divieto di pubblicità occulta ricadono tanto le ipotesi di pubblicità “redazionale”, la quale si rivolge al pubblico con le ingannevoli sembianze di un normale servizio giornalistico, apparentemente riconducibile ad una disinteressata scelta della redazione, quanto il cosiddetto *product placement*, tipico dei film e delle

fiction, consistente nell'esibizione o nella citazione della denominazione, del marchio o dei prodotti di un'impresa in un contesto narrativo o di intrattenimento, a fini promozionali.

Ciò che assume rilievo essenziale, dunque, è la finalità pubblicitaria connessa alla citazione o all'esposizione di un prodotto. In carenza di prove storiche del rapporto di committenza, l'Autorità può procedere per presunzioni, purché esse siano gravi, precise e concordanti.

Nella medesima decisione il Tar ha confermato le due classi di criteri individuati dalla giurisprudenza ai fini dell'accertamento della natura promozionale di un messaggio, vale a dire: l'esibizione casuale o meno, ripetuta o meno, del marchio del prodotto; la strumentalità, o meno, dell'esibizione rispetto all'opera artistica – intellettuale. Il criterio dirimente appare incentrato sulle modalità di raffigurazione del prodotto e, in particolare, sulla “innaturalità” della sua esibizione da valutarsi in relazione all'insistenza sul marchio del prodotto, alla reiterazione delle citazioni o alla gestualità esasperata, forzata o comunque artificiosa dei personaggi. Con riguardo, invece, alla strumentalità della rappresentazione rispetto al contesto, la giurisprudenza amministrativa ha valutato la necessità, ovvero l'utilità, dell'esibizione del prodotto rispetto alle esigenze narrative (vedi anche sentenza 9 aprile 2009, n. 3723, *Area Film-Formula di affiliazione innovativa*).

Rilevanza del contesto di mercato

Il Tar Lazio ha condiviso l'orientamento dell'Autorità alla luce del quale, ai fini del giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale, è necessario tener conto anche del contesto economico e di mercato in cui il consumatore si trova a effettuare le proprie scelte di acquisto.

Con riguardo al mercato dell'energia elettrica e del gas naturale, ad esempio, il Tar ha affermato che la transizione verso un regime di liberalizzazione, proprio perché recente e perché concernente un settore di mercato particolarmente complesso e diversificato, “*non soltanto ha proposto una diversificata configurazione (rispetto al precedente assetto) del rapporto offerta/domanda, ma ha, più in generale proposto un innalzamento del gap di asimmetria informativa fra consumatore ed operatore commerciale*” (sentenza del 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*). Il processo di liberalizzazione energetica – si è ulteriormente precisato nella sentenza del 5 ottobre 2009, n. 9743, *Prezzi bloccati elettricità* – da un lato accentua l'asimmetria informativa, ma dall'altro lato accresce l'onere di diligenza e di informazione a carico dei professionisti. Ciò soprattutto nella fase iniziale della liberalizzazione, caratterizzata da massicce campagne pubblicitarie che richiedono ai consumatori di effettuare confronti di prezzo che richiedono complesse operazioni di calcolo del costo complessivo del servizio.

Nozione di “professionista”

In alcune pronunce riguardanti il settore delle comunicazioni (Tar Lazio, sez. I, sentenza 15 giugno 2009, n. 5920, *Fatturazione per chiamate satellitari*, sentenza 15 giugno 2009, n. 5628, *Sms messaggi in segreteria*), il Tar ha chiarito che la definizione offerta dal Codice del consumo “*esclude la necessità che vi sia un rapporto e/o contatto diretto con il consumatore, essendo sufficiente, ai fini dell'applicazione del Codice, che la condotta venga posta in essere nel quadro di un'attività d'impresa finalizzata alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio*”; per cui, la qualifica di professionista può essere attribuita anche ad un operatore intermedio, la cui attività sia idonea ad incidere sulla libertà di scelta e di autodeterminazione del consumatore.

Il Collegio, confermando un suo precedente orientamento, ha anche osservato che “*nell'ambito di un illecito consumeristico è possibile configurare (...) un'ipotesi di concorso di persone nell'illecito amministrativo, ben potendo l'imputazione di responsabilità reggersi giuridicamente allorché risulti, in concreto, che tale soggetto abbia in realtà con il suo contegno contribuito a porre in essere la condotta sanzionata*”.

Particolarmente rilevante ai fini del riconoscimento dello *status* di professionista è stato considerato il fatto che “l'operatore intermedio” abbia una cointeressenza diretta ed immediata alla realizzazione della pratica commerciale (cosiddetto vantaggio economico).

Quanto alla responsabilità editoriale dell'operatore telefonico in merito ai messaggi confezionati dal *Content provider* è stato osservato che tale responsabilità sussiste in ragione dei poteri di controllo riconosciuti al gestore telefonico, indipendentemente dal loro esercizio (Tar Lazio, sentenza 27 luglio 2009, n. 7558, *10 Sms Gratis*).

La qualifica di professionista in una fattispecie di pubblicità occulta è stata riconosciuta alle società RAI e Magnolia sul presupposto che “*attraverso un comportamento omissivo e non vigilante*” hanno reso possibile la realizzazione della pratica commerciale scorretta (Tar Lazio, sentenza 29 dicembre 2009, n. 13749 *Pubblicità occulta-Gioielli My Mara-Europe Assistance-Isola dei famosi*).

Considerata la definizione estremamente ampia adottata dal legislatore, alla luce della quale è sufficiente che la condotta venga posta in essere nel quadro di un'attività d'impresa “finalizzata” alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio, il Tar ha ritenuto irrilevante ai fini della nozione di professionista la natura dell'Istituto Superiore di Osteopatia – ISO (Tar Lazio, sentenza 29 dicembre 2009, n. 13789, *ISO corso di laurea in osteopatia*).

Nozione di “diligenza professionale”

Con riferimento alla diligenza professionale richiesta nei settori regolamentati, il Tar ha concluso che *“Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai professionisti l’adozione di modelli di comportamenti in parte desumibili da siffatte norme [ossia dalle discipline di settore], ove esistenti, in parte dall’esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice”* (Tar Lazio, sentenze 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza 7 luglio 2009, n. 6446, *Fatturazione per chiamate satellitari*, sentenza 8 settembre 2009, n. 8400, *Prezzi bloccati dell’elettricità*; sentenza 8 settembre 2009, n. 8399, *EnelEnergia/Bolletta gas*). Pertanto, l’assolvimento degli obblighi di informazione e trasparenza nei confronti del consumatore stabiliti dall’autorità di settore non esclude di per sé l’esistenza di una pratica scorretta (Tar Lazio, sentenza 8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia/Bolletta gas*).

Il giudice amministrativo di primo grado ha altresì chiarito che il richiamo alla disciplina di settore non viene effettuato dall’Autorità per sostituirsi alle competenze delle autorità settoriali *“bensì per evidenziare l’elevato standard di diligenza richiesto a professionisti operanti in settori oggetto di regolazione”*, precisando che *“in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica, vi è il naturale innalzamento del gap di asimmetria informativa tra consumatore e professionista, e che, pertanto, ad esso, l’onere di diligenza gravante sull’impresa deve essere costantemente adeguato”* (Tar Lazio, sentenze 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza 7 luglio 2009, n. 6446, *Fatturazione per chiamate satellitari*, sentenza 8 settembre 2009, n. 8400, *Prezzi bloccati dell’elettricità*, sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia/Cambio di fornitore*).

Il fatto che la pratica abbia avuto diffuse ricadute è stato considerato come elemento rilevante in termini di *“rincarato grado di negligenza”* (Tar Lazio, sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia/Cambio di fornitore*).

Nel caso dell’interposizione è stato affermato il principio secondo cui la diligenza richiesta a un professionista *“deve riguardare non soltanto le condotte direttamente poste in essere da quest’ultimo, ma anche le attività che siano state demandate ad altri (e che vengano conseguentemente, nell’immediato interesse del “mandante” o “proponente”); in caso contrario, l’utilizzabilità del modulo negoziale si risolverebbe, infatti, in una sorta di “esimente”*. In quest’ipotesi, il canone della diligenza professionale rileva, in particolare, nei limiti in cui sia pretendibile *“un complessivo atteggiamento di assidua e puntuale attenzione sulla condotta che questi ultimi abbiano posto in essere”* (Tar Lazio, sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, caso *Enel Energia/Cambio di fornitore*).

Nella sentenza del 16 giugno 2009, n. 5695 (*Moby torni gratis*) il Tar ha osservato che la diligenza del professionista (e con essa la verifica in ordine alla eventuale scorrettezza di una pratica da quest'ultimo posta in essere) deve essere guardata anche alla luce della "normale" percepibilità che il messaggio promozionale presenta nei confronti della platea dei suoi potenziali destinatari.

Nozione di "consumatore medio"

La tutela contro la pratica commerciale scorretta deve misurarsi con riferimento al cosiddetto "consumatore medio". Tale nozione – come affermato dal Tar nella sentenza del 9 aprile 2009, n. 3723, *Area film – Formula di affiliazione innovativa* – configurerebbe *"un modello giuridico astratto, volto a bilanciare, secondo il principio di proporzionalità, l'esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale"*. Più in particolare, la nozione di "consumatore medio" *"individua un tipo di consumatore né pienamente informato e avveduto né completamente disinformato e sprovvisto e non coincide, pertanto, con un "tipo" riconducibile ad un consumatore che abbia particolare dimestichezza"* con un certo mezzo di diffusione (così il Tar, con riferimento a Internet, nella sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d'utente*). *"Il richiamo a siffatto modello"* – ha aggiunto il Tar nella decisione n. 3723/09 – *"non esclude però (ad esempio quando la repressione della pubblicità ingannevole è funzionale alla protezione di un diverso e più rilevante bene giuridico rispetto a quello della libera concorrenza) che la stessa tutela debba essere assicurata anche ai consumatori più sprovvisti o non particolarmente vigili"*. La scelta della fascia di collettività sulla quale appuntare la tutela costituisce comunque una determinazione di merito insindacabilmente devoluta all'Autorità.

Per individuare il modello di consumatore medio di riferimento si deve far riferimento non già a criteri meramente statistici o empirici, ma soprattutto a fattori culturali, sociali ed economici e, in particolare, al contesto economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire (sentenze Tar Lazio, 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*, 15 giugno 2009, n. 5628, *Sms messaggi in segreteria*, e 16 dicembre 2009, n. 13023, *Life antirughe Freeze 24/7*, soprattutto in contesti - come quello energetico, delle telecomunicazioni e del credito - caratterizzati da un'asimmetria informativa tra professionista e consumatore particolarmente elevata).

Il Tar ha poi fornito alcune precisazioni con riguardo al livello di conoscenza o competenza che ci si può attendere dal consumatore medio relativamente al prodotto o all'attività del settore merceologico interessato,

affermando nella sentenza 29 dicembre 2009, n. 13789, *ISOI corso di laurea in osteopatia*, che “*deve escludersi la necessità sia che rispetto ad un dato comunicato venga accertata la condizione soggettiva media di intelligenza del consumatore*”, posto che “*l’eventuale differenziato e qualificato livello di conoscenza del settore non appare assurgere ad elemento autonomamente depotenziante la decettività del messaggio*”.

Sanzioni

Presupposti e criteri di quantificazione

La giurisprudenza ha chiarito che “*la quantificazione della sanzione pecuniaria è espressione di un potere tipicamente discrezionale della Autorità*” (così Tar Lazio, sentenza 29 dicembre 2009, n. 13779, *Società Milkon Alto Adige Società Agricola Cooperativa*).

Carattere “educativo” della sanzione

Nella sentenza del 29 dicembre 2009, n. 13749, *Pubblicità occulta gioielli My Mara-Europe Assistance-Isola dei Famosi*, il Tar Lazio ha affermato che le misure afflittive “*non tendono soltanto a colpire il soggetto che abbia commesso un’infrazione, quanto e soprattutto ad ingenerare una indiretta coazione psicologica nei confronti degli altri soggetti, al fine di determinare una contropinta all’eventuale spinta all’infrazione: risultando, per l’effetto, riconoscibile nella sanzione stessa un carattere non già meramente afflittivo, ma anche educativo, risolvendosi essa in una giusta e commisurata reazione rispetto all’infrazione commessa*”.

Nella medesima sentenza, il Tar ha affermato altresì che “*proprio la valenza plurifunzionale della sanzione impone che la commisurazione della stessa sia improntata ad una corretta e piena osservanza degli applicabili paradigmi; ulteriormente imponendo che il pertinente apparato motivazionale dia adeguata contezza dell’intervenuta considerazione di questi ultimi e della ponderata rilevanza degli stessi ai fini della quantificazione della misura afflittiva*”.

Sanzionabilità delle persone giuridiche

Nella sentenza 25 marzo 2009, n. 3123, *Ovito Magicannuccia – Approvati FIMP*, il Tar ha confermato l’applicabilità alle persone giuridiche dell’articolo 11 della legge n. 689/81 e dell’apparato sanzionatorio ivi previsto.

Dimensione economica del professionista

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 maggio 2009, n. 5249, *Duerre finanziamento lotto pentole*, ha confermato la rilevanza della dimensione economica dell’impresa quale parametro di cui tener conto in sede di

quantificazione dell'ammenda, in quanto elemento idoneo ad evidenziare l'affermazione commerciale della società sanzionata. Ciò in ragione di due fattori: il richiamo al suddetto elemento da parte dell'articolo 11 della legge n. 689/81 a fini di deterrenza della sanzione e il fatto che la dimensione economica del professionista è *“idonea di per sé a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e ad aggravarne la valenza lesiva”* (in senso conforme, Tar Lazio, 16 dicembre 2009, n. 13023, *Life antirughe freeze* 24/7; 8 settembre 2009, n. 8395, *Prezzi bloccati elettricità*; 15 giugno 2009, n. 5625, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari*).

Le dimensioni economiche del professionista vanno adeguatamente considerate anche nel caso in cui siano di modesta entità (così Tar Lazio, sentenza del 18 marzo 2009, n. 2779, *KHC Agenzia di rating esterna*).

Rappresentatività del professionista

Nella sentenza 25 marzo 2009, n. 3124, *Ovito Magicannuccia – Approvati FIMP*, il Tar Lazio, nel confermare la sanzione irrogata dall'Autorità, ha sottolineato la *“rincarata gravità”* della pratica commerciale posta in essere da un'associazione di categoria in ragione della rappresentatività e del credito di cui la federazione gode presso i consumatori.

Rilevanza dell'elemento soggettivo

Con riguardo all'elemento soggettivo della condotta, il Tar Lazio nella sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*, ha affermato che l'eventuale riscontro dell'elemento della buona fede non è di per sé idoneo ad escludere l'ascrivibilità al professionista di profili di responsabilità per la diffusione di una pratica. Ciò in quanto il sistema delineato nel Codice del consumo mira ad approntare una tutela oggettiva dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali scorrette. Tale principio, peraltro, *“non si traduce, come è ovvio, nell'addebitabilità in termini puramente oggettivi, della condotta. Piuttosto, pone in evidenza che l'elemento precipuamente valorizzato dalla normazione (comunitaria; nazionale) è quello della intrinseca offensività della condotta stessa; suscettibile, ex se riguardato, di considerazione (evidentemente non esclusiva, ma) prevalente rispetto alla valutazione della condotta stessa, che va conseguentemente considerata: non soltanto rispetto alla sua connotazione intrinseca (elemento psicologico; evento, nesso di riferibilità eziologica del secondo alla prima), ma anche con riguardo alla potenzialità pregiudizievole da essa promanante rispetto ai comportamenti dei consumatori”*.

Nella sentenza 16 marzo 2009, n. 3154 e altre, *Ovito Magicannuccia*, ad esempio, il Tar ha confermato il carattere consapevole della condotta del professionista che, in ragione del contenuto del contratto concluso con la

Federazione non poteva non essere pienamente a conoscenza del fatto che né la Federazione né organismi terzi avrebbero svolto alcun accertamento o verifica sulle caratteristiche qualitative dei prodotti commercializzati con l'apposizione della dicitura “Approvato FIMP” (in senso conforme anche Tar Lazio, sentenza 24 aprile 2009, n. 4138, *Cottonjoy accappatoi in microfibra*).

Capacità di penetrazione del mezzo di diffusione

Con riguardo alla capacità di penetrazione del mezzo di diffusione, il Tar, nella sentenza del 20 febbraio 2009, n. 1824, *HBC-Genesis Vacation Club Gold*, ha confermato che, tra i vari mezzi di diffusione, Internet possiede, in virtù della sua intrinseca capacità di raggiungere una platea indeterminabile di potenziali utenti, una potenzialità lesiva considerevolmente superiore rispetto agli altri strumenti (nello stesso senso sentenza 5 ottobre 2009, n. 9743, *Prezzi bloccati elettricità*).

Relativamente alle modalità di diffusione del messaggio pubblicitario, il Tar, nella sentenza 26 maggio 2009, n. 5249, *Duerre finanziamento lotto pentole*, ha considerato invece irrilevante il mancato svolgimento da parte dell'Autorità di uno specifico approfondimento istruttorio relativamente all'“impatto” della pratica, “*essendo un fatto del tutto noto che il mezzo televisivo è particolarmente pervasivo e che la capacità di penetrazione è tale da conseguire l'effetto promozionale voluto anche solo dopo poche settimane di programmazione*”.

Effetti concreti della pratica commerciale

Nella sentenza n. 8349/09, *Prezzi bloccati elettricità*, il giudice di prime cure ha ribadito che la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette non esaurisce la sua funzione nel garantire una reazione alle lesioni arrecate agli interessi patrimoniali dei consumatori, ma è essenzialmente finalizzata a preservarne la libertà di autodeterminazione. Il limitato impatto della pratica, desunto dall'esiguo numero di contratti stipulati dal professionista per effetto dell'illecito (comunque oggetto di bilanciamento da parte dell'Autorità rispetto ai restanti indici di gravità della condotta), non assume quindi un valore determinante ai fini del giudizio di gravità della condotta.

Circostanze aggravanti ed attenuanti

Con riguardo alle circostanze aggravanti, il Tar Lazio, nelle sentenze del 27 aprile 2009, nn. 4196 e 4202, *Telequiz Christmas Game*, ha affermato che la reiterazione dell'illecito può sussistere a prescindere dalla circostanza che, al momento della diffusione del messaggio, l'Autorità non avesse adottato alcun provvedimento sanzionatorio nei confronti del professionista, atteso che, “*sotto il profilo della personalità dell'agente, appare rilevante*

anche l'aver in precedenza commesso analoga violazione, senza che possa invece rilevare la data del provvedimento sanzionatorio, non trattandosi di una recidiva in senso stretto".

Allo stesso modo, ai fini della sussistenza delle circostanza aggravante consistente nella esistenza di un precedente provvedimento di ingannevolezza o di illecità ai sensi del Codice del consumo, il Tar, nella sentenza 22 giugno 2009, n. 5916, *M-Platform*, ha osservato che non è rilevante la circostanza che nel precedente il professionista abbia usato un mezzo di diffusione del messaggio pubblicitario diverso da quello impiegato nel secondo, tenuto conto del fatto che *"si tratta pur sempre di un precedente idoneo a meglio descrivere la personalità del autore della sanzione"*, di cui tener conto ai fini della quantificazione della sanzione.

Con riguardo alle attenuanti, il Tar – nella sentenza 15 giugno 2009, n. 5625, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari* - ha affermato che, in sede di quantificazione della sanzione, è corretto non considerare come "ravvedimento operoso" quanto fatto dal professionista per dare esecuzione ai plurimi interventi cautelari adottati dall'Autorità per evitare l'accertamento dell'infrazione o per dare attuazione alle delibere dell'autorità di settore.

Nella sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*, il Tar ha poi fatto presente che le iniziative adottate dal professionista al fine di scongiurare l'adozione di una misura cautelare non possono rilevare come ravvedimento operoso *"essendo prive del carattere di libera valutazione e/o scelta che avrebbe potuto essere ponderato in sede di quantificazione della misura sanzionatoria"*.

Nella sentenza del 6 luglio 2009, n. 6457, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari*, il Tar ha ritenuto irrilevante come attenuante il fatto che il professionista avesse conseguito un modesto guadagno dalla realizzazione della pratica commerciale, così come irrilevante è stato giudicato quanto dedotto dal professionista circa il "concorso di colpa" dei consumatori, tenuto conto *"la diligenza media del consumatore non può essere intesa in termini tali da richiedere addirittura l'adozione di misure di controllo e verifica del funzionamento del proprio modem"*.

Circostanze attenuanti e rigetto degli impegni

Nella sentenza sul caso *Nespresso sconto di 50 euro* (sentenza 15 giugno 2009, n. 5626), il Tar ha affermato che il giudizio di inidoneità degli impegni impedisce di valutare questi ultimi, in sede di quantificazione dell'ammenda, quale indizio di un ravvedimento operoso.

Le misure correttive proposte dalla parte alla stregua di impegni, ritenute dall'Autorità insufficienti a rimuovere *in toto* i profili di decettività ipotizzati in sede di avvio, possono invece essere considerate ai fini della valutazione della complessiva gravità dell'illecito e della quantificazione della sanzione (Tar

Lazio, sentenza 8 settembre 2009, n. 8396, *Enel/Prezzi bloccati elettricità*).

Sanzione per aver fornito false informazioni nel corso del procedimento

Nella sentenza del 25 marzo 2009, n. 3124, *Ovito Magicannuccia – Approvati FIMP*, il Tar ha confermato la legittimità della decisione con cui l’Autorità ha irrogato una sanzione di 40 mila euro, ai sensi dell’articolo 27, comma 4, del Codice del consumo, per aver fornito informazioni non veritiere e prodotto documenti incompleti nel corso del procedimento. Nella medesima decisione il giudice amministrativo, nel confermare l’importo della sanzione, ha evidenziato la “rincarata gravità” della condotta della Federazione in quanto associazione sindacale di medici professionisti deontologicamente tenuti al rispetto di peculiari obblighi di correttezza e veridicità, “*anche e soprattutto nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*”.

Cumulo materiale delle sanzioni

Con riguardo al metodo di calcolo delle sanzioni, il Tar, nella sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia cambio fornitore*, ha avallato l’applicazione, in presenza di una pluralità di condotte riferibili al professionista, del criterio del cumulo materiale delle ammende in luogo del cumulo giuridico.

Entità della sanzione e rateazione del pagamento

Nella sentenza del 20 febbraio 2009, n. 1824, *HBC-Genesis Vacation Club Gold*, il Tar, alla luce dell’avvenuta concessione da parte dell’Autorità del beneficio della rateazione del pagamento della sanzione, ha respinto la censura con cui la ricorrente sosteneva che il pagamento dell’ammenda sarebbe stata idonea a determinare un’irreversibile accentuazione della situazione di dissesto finanziario in cui versava.

Profili procedurali

Estensione soggettiva ed oggettiva del procedimento

Nella sentenza del 16 marzo 2009, n. 3149, *Ovito Magicannuccia – Approvati FIMP*, il Tar ha affermato che l’estensione soggettiva ed oggettiva del procedimento per pratiche commerciali scorrette è pienamente legittima nonostante la disomogeneità dei prodotti commercializzati da vari professionisti. Ciò in ragione del “*chiaro elemento di connessione*” tra i prodotti, suscettibile di dar luogo ad un unico svolgimento procedimentale.

Come affermato dal medesimo giudice nella sentenza 19 giugno 2009, n. 5807, *Trenitalia – Condizioni di trasporto e cambio titolo di viaggio*, l'avvio di un unico procedimento anche a fronte di un elevato numero di addebiti “risponde ad un principio di economia dei mezzi procedurali”. In ogni caso la concentrazione in un unico procedimento di un numero di addebiti molto elevato e il carattere plurimo del procedimento avviato dall'Autorità in ragione della molteplicità e della diversità delle pratiche commerciali considerate, di per sé non è affatto indicativa di una lesione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, “atteso che, ove anche fossero stati avviati contemporaneamente un numero di procedimenti pari al numero delle pratiche contestate, è da escludere che il diritto di difesa della ricorrente avrebbe potuto esplicarsi in modo più pieno ed incisivo” (in senso analogo, Tar Lazio, sentenza 29 dicembre 2009, n. 13749, *Pubblicità occulta gioielli My Mara-Europe Assistance-Isola dei Famosi*).

Profili processuali

Termine per il deposito del ricorso

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia del 4 maggio 2009, n. 2788, *Stargame*, ha riaffermato il consolidato principio in base al quale i termini per il deposito del ricorso avverso i provvedimenti dell'Autorità, anche in materia di pratiche commerciali scorrette, sono quelli dimidiati di cui all'articolo 23-bis della legge n. 1034/71.

Comunicazione di avvio del procedimento e tutela del contraddittorio

I procedimenti in materia di pratiche scorrette - Tar Lazio sentenza 15 giugno 2009, n. 5625, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari* - richiedono un articolato impegno istruttorio. Per tale ragione, ai fini della legittimità della comunicazione di avvio del procedimento e del pieno rispetto del principio del contraddittorio, è sufficiente che tale atto riporti gli elementi essenziali utili a consentire al professionista l'individuazione delle pratiche commerciali scorrette oggetto di accertamento, con riguardo sia ai possibili elementi costitutivi fattuali, sia al richiamo ai parametri normativi alla cui violazione essi sono astrattamente ascrivibili (Tar Lazio, sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d'utente*, dell'8 settembre 2009, n. 8396, *Prezzi bloccati elettricità*). All'inverso non è necessario che la comunicazione d'avvio abbia un maggior grado di dettaglio, in

quanto l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttoria, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili della pratica commerciale oggetto dell'indagine, al fine di mettere in grado l'operatore pubblicitario di poter proficuamente partecipare all'istruttoria (vedi anche sentenze 9 dicembre 2009, nn. 12593 e 12594, *David 2-Promozione servizi a decade 4*).

Comunicazione delle risultanze istruttorie

Nella sentenza del 19 giugno 2009, n. 5807, *Trenitalia – Condizioni di trasporto e cambio titolo di viaggio*, il Tar Lazio ha respinto la censura con cui il professionista, oltre a lamentare l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità, impugnava il regolamento sulle procedure in materia di pratiche commerciali scorrette per l'omessa previsione della comunicazione delle risultanze istruttorie alle parti. Al riguardo, il giudice di prime cure ha affermato che la comunicazione delle risultanze istruttorie è prevista soltanto nei procedimenti *antitrust* in ragione delle peculiarità tipiche di tali procedimenti e della particolare complessità dei relativi accertamenti istruttori. Viceversa, come affermato dal medesimo giudice nella decisione del 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d'utente*, il sistema partecipativo delineato nel Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette è pienamente idoneo a garantire la partecipazione dell'interessato, senza che sia necessaria una sintesi formale delle risultanze istruttorie nell'ambito della comunicazione di chiusura dell'istruttoria (in senso analogo anche Tar Lazio, sentenza 21 settembre 2009, n. 9083, *David2-Promozione servizi a decade 4*).

Separazione tra organo preposto allo svolgimento della fase istruttoria e organo giudicante

La separazione tra l'organo preposto alla fase istruttoria (il responsabile del procedimento) e l'organo giudicante (il Collegio) operata dal Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, di cui alla delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, è pienamente idonea a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa (Tar Lazio, sentenza 21 settembre 2009, n. 9083, *David2-Promozione servizi a decade 4*).

Termini dell'istruttoria

Durata del procedimento e calcolo del termine finale

Il Tar Lazio, in diverse pronunce, ha ribadito il principio consolidato in base al quale, ai fini del calcolo del termine per la conclusione del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette (pari a 150 giorni

decorrenti dalla data di protocollo della comunicazione di avvio in caso di acquisizione del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), non si tiene conto del tempo necessario per la notificazione e/o comunicazione del provvedimento finale, fase che non attiene all'*iter* procedimentale (sentenze 15 giugno 2009, n. 5626, *Nespresso sconto di 50 euro*; 9 aprile 2009, n. 3723, *Area Film-Formula di affiliazione innovativa*; 24 aprile 2009, n. 4132, *Onoranze funebri Fadal*).

Viceversa, nel termine di conclusione del procedimento va ricompresa la proroga connessa alla richiesta del parere dell'AGCOM (Tar Lazio, sentenza del 3 luglio 2009, n. 6446, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari*).

Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa

Richiesta di intervento

Ai fini dell'avvio di un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette, l'eventuale richiesta di intervento ha la funzione di mero '*casus belli*', e serve, cioè, solo a mettere in moto il procedimento accertativo che l'Autorità potrebbe comunque avviare d'ufficio (Tar Lazio, sentenza 27 maggio 2009, n. 5290, *Enel mora per ritardo consegna bolletta*).

Avvio di istruttoria, esiguità dei casi in cui si è realizzata la pratica e del numero di denunce

Il giudice di prime cure, nella sentenza 27 maggio 2009, n. 5290, *Enel mora per ritardo consegna bolletta*, ha affermato che la circostanza che vi fossero solo poche denunce di un fatto commercialmente scorretto non significa che la condotta fosse stata limitata ai soli casi denunciati, ben potendo tali casi essere considerati dall'Autorità come indizio di una pratica più ampia.

Richieste di informazioni e consulenze

Nella sentenza 16 dicembre 2009, n. 13023, *Life antirughe freeze 24/7*, il Tar ha confermato la legittimità del regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette nella parte in cui prevede che, nel corso del procedimento, l'Autorità può "*interpellare soggetti privati, tra questi ultimi spesso rinvenendosi autorevoli e prestigiosi istituti scientifici ...La ragione di siffatta, ampia previsione risiede nella circostanza che documenti e informazioni utili ai fini dell'istruttoria possono, come evidente, essere detenute anche da soggetti privati. Detti contributi, peraltro, risultano comunque sottoposti, al pari di ogni altro elemento acquisito, al vaglio critico dell'Autorità*".

La decisione di procedere a perizia ovvero di richiedere una consulenza tecnica, da svolgersi in contraddittorio tra le parti - per principio giurisprudenziale costante, è meramente discrezionale. L'Autorità, infatti,

come affermato nella medesima decisione, può ricorrere a tali strumenti istruttori al fine di acquisire ulteriori elementi ai fini della valutazione della decettività di un messaggio pubblicitario là dove essi non siano altrimenti disponibili o quando quelli di cui dispone non siano ritenuti sufficienti ed esaustivi (in senso analogo, Tar Lazio, 16 dicembre 2009, n. 13023, *Life antirughe freeze* 24/7). Tale scelta (o mancata scelta) può essere censurata laddove essa venga dimostrata affetta da vizi logici, ovvero da un non corretto apprezzamento della realtà.

Per l'acquisizione di consulenze è necessario procedere in contraddittorio con la parte. Tale formalità non è richiesta, invece, per le richieste di informazioni (Tar Lazio, sentenza 12 agosto 2009, n. 8150, *Lierac Morpho Slim*), con riguardo alle quali il Tar ha comunque escluso la possibilità di ravvisare una violazione del contraddittorio, posto che, anche in quest'ultima procedura, "*il contraddittorio viene comunque garantito, alla luce della possibilità per l'operatore di esercitare il diritto di accesso agli atti e di controdedurre sui lavori dell'organo officiato degli accertamenti*" (sentenza del 16 dicembre 2009, n. 13023, *Life antirughe freeze* 24/7).

Audizione delle parti

Nella sentenza del 15 giugno 2009, n. 5626, *Nespresso sconto di 50 euro*, il Tar Lazio ha confermato il carattere facoltativo e discrezionale dell'audizione delle parti nel corso del procedimento. L'audizione delle parti – sia che venga disposta su istanza di parte, che d'ufficio - infatti, è subordinata alla verifica da parte del responsabile del procedimento di un'effettiva esigenza istruttoria, sicché il mancato accoglimento della suddetta richiesta da parte del responsabile del procedimento può rilevare soltanto se l'istante dimostri che il mancato espletamento del mezzo istruttorio ha impedito l'acquisizione di elementi determinanti o ha dato causa ad un'errata valutazione delle circostanze di fatto (in senso analogo Tar Lazio, nelle sentenze del 9 dicembre 2009, nn. 12593 e 12594 e 21 settembre 2009, n. 9083, *David 2-Promozione servizi a decade 4*, del 19 giugno 2009, n. 5807, *Trenitalia – Condizioni di trasporto e cambio titolo di viaggio*, del 9 aprile 2009, n. 3723, *Area Film-Formula di affiliazione innovativa*).

Parere dell'Autorità di settore

Nella sentenza del 29 dicembre 2009, n. 13789, *Isoi corso di laurea in osteopatia*, il Tar ha confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine al carattere obbligatorio ma non vincolante del parere che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è chiamata a rendere nel corso del procedimento per la repressione di condotte commerciali non corrette, laddove la diffusione del messaggio avvenga attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva, o, comunque, mediante

altro mezzo di telecomunicazione. Il Tar ha confermato che l'Autorità ha facoltà di discostarsi da tale parere mediante ostensione di adeguato apparato motivazionale (in senso conforme, Tar Lazio, sentenza 29 dicembre 2009, n. 13749, *Pubblicità occulta gioielli My Mara-Europe Assistance-Isola dei Famosi*).

Con riguardo alla fase consultiva endo-procedimentale, il giudice amministrativo, nella decisione del 12 agosto 2009, n. 8150, *Lierac Morpho Slim*, nel respingere la censura con cui il professionista sanzionato lamentava l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità a causa del mancato esperimento del contraddittorio nella fase di acquisizione del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ha affermato che, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del consumo “*non sussiste alcun obbligo di trasmissione all'operatore economico del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in quanto esso costituisce un atto endoprocedimentale da acquisire per la formazione della volontà provvedimento dell'A.G.C.M., sul quale non deve necessariamente formarsi uno specifico contraddittorio, fermo restando che, attraverso lo strumento dell'accesso agli atti, il parere può essere acquisito dall'interessato sia prima che dopo la conclusione del procedimento*”.

Valutazione degli impegni

Con riferimento all'istituto degli impegni previsto dall'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, il Tar Lazio, nella sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d'utente*, ha ricordato che l'istituto è “*per certi versi esemplato, nella sua struttura e nelle sue finalità, sugli impegni noti alla legislazione antitrust comunitaria*”, già disciplinati dall'articolo 3 del Regolamento n. 17/62 e quindi dall'articolo 9 del successivo Regolamento del Consiglio n. 1/2003.

Potere discrezionale dell'Autorità

Nella sentenza dell'8 settembre 2009, n. 8394, *Prezzi bloccati elettricità*, il Tar Lazio ha ribadito che la valutazione dell'Autorità in materia di impegni ha un carattere ampiamente discrezionale, in quanto “*l'accettazione degli impegni non produce quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione*”, tale per cui “*in taluni casi, la peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero la necessità di stabilire principi con riguardo ad una fattispecie inedita, o ad un mutato assetto di mercato, ovvero ancora l'interesse dell'amministrazione ad irrogare un'ammenda, attesa la funzione deterrente e di monito per gli operatori rivestita da quest'ultima, ben può giustificare il rigetto degli impegni presentati*”.

Accettazione e contenuto degli impegni

Come affermato dal Tar, “concretezza ed efficacia” costituiscono requisiti ontologici degli impegni ai fini della loro accettazione (sentenza 15 giugno 2009, n. 5626, *Nespresso sconto di 50 euro*).

Con riguardo ad impegni modificati dal professionista nel corso del procedimento, il Tar Lazio, nella sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d’utente*, ha stabilito che incombe: “all’operatore professionale che sia “seriamente” intenzionato a porre riparo alla pratica commerciale scorretta l’onere di formulare tempestivamente proposte che siano esattamente calibrate sui profili d’illegittimità della pratica commerciale scorretta contestata, come reso evidente dal breve termine (“entro e non oltre trenta giorni dal ricevimento della comunicazione d’avvio del procedimento”) stabilito dall’articolo 8 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali e scorrette”. Pertanto, l’Autorità non è tenuta né “ad un “riesame” diuturno di impegni già valutati e considerati a giusta ragione inidonei in funzione di una scelta dell’operatore di assumere impegni per così dire “al ribasso”, salvo poi accrescerne volta a volta il contenuto” e né “a sostituirsi” all’operatore professionale nell’indicazione di ulteriori correttivi.

Impegni e pratiche commerciali manifestamente scorrette e gravi

Con riguardo all’ambito di applicazione dell’istituto degli impegni, il Tar, ha affermato che dal coordinamento esegetico tra l’articolo 27, comma 7, del decreto legislativo. n. 206/05 e l’articolo 8 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, “è agevole desumere che la sfera delle pratiche commerciali scorrette alle quali risulta riferibile l’istituto degli impegni è limitata a fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socio-economico, stante l’espressa esclusione per le ipotesi manifestamente scorrette e gravi”. Tale rilievo è confermato dalla circostanza che l’accettazione degli impegni da parte dell’Autorità implica la chiusura del procedimento istruttorio senza l’accertamento dell’infrazione, salva la riapertura nelle ipotesi ivi elencate (Tar Lazio, sentenza n. 8394/09 – *Prezzi bloccati elettricità*).

Impegni e pratiche commerciali aggressive

Con specifico riguardo alle pratiche commerciali aggressive, il Tar Lazio nella sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d’utente*, ha affermato che “non può seriamente revocarsi in dubbio, infatti, che la prospettazione di una pratica commerciale aggressiva (...), integri un profilo di irrefutabile gravità della pratica commerciale, che preclude “ex lege” l’accettazione degli impegni proposti. E’ evidente, infatti, che in una “scala”

di offensività delle condotte commerciali scorrette, le pratiche aggressive, qualificate dall'indebito condizionamento della libertà contrattuale del consumatore, con specifico riferimento all'esercizio delle sue facoltà, assurgono ad un grado particolarmente elevato di oggettiva anti giuridicità".

Impegni e pratiche commerciali già cessate

Il Tar Lazio ha altresì affermato che, tenuto conto del carattere derogatorio dell'istituto, in caso di impegni presentati con riguardo ad una pratica commerciale già esaurita al momento di svolgimento dell'istruttoria, l'Autorità deve verificare previamente l'idoneità di quanto proposto a riparare con effetti retroattivi le condotte poste in essere. In caso contrario, l'accettazione degli impegni si tradurrebbe infatti in un *quid vacui* (sentenza del 15 giugno 2009, n. 5626, *Nespresso sconto di 50 euro*).

Impegni e provvedimento di inottemperanza

Nella sentenza 9 aprile 2009, n. 3723, *Area Film-Formula di affiliazione innovativa*, il Tar Lazio, condividendo il giudizio dell'Autorità, ha affermato che l'istituto degli impegni è incompatibile con il provvedimento di inottemperanza. L'istituto degli impegni, infatti, ha ricordato il Tar, riguardando una pratica commerciale la cui scorrettezza non sia stata ancora definitivamente accertata, risulta inconciliabile con un procedimento di inottemperanza a una delibera precedente nella quale l'Autorità abbia già effettuato tale accertamento.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni

Con riguardo al profilo sanzionatorio, il Tar Lazio, nella sentenza 27 maggio 2009, n. 5290, *Enel mora per ritardo consegna bolletta*, ha affermato espressamente che, in materia di pratiche commerciali scorrette, il suo sindacato non si estende al merito. Il giudice amministrativo può quindi solo annullare, in tutto o in parte, il provvedimento dell'Autorità, ma non può modificare in sede giurisdizionale le ammende irrogate (analogamente Tar Lazio sentenze del 9 dicembre 2009, nn. 12593 e 12594, rese con riguardo al caso *David 2-Promozione servizi a decade 4*; 21 settembre 2009, n. 9083, *David2-Promozione servizi a decade 4*; 19 giugno 2009, n. 5807, *Trenitalia – Condizioni di trasporto e cambio titolo di viaggio*).

In senso contrario, si segnalano la sentenza del 16 giugno 2009, n. 5695, *Moby torni gratis*, e la sentenza 14 settembre 2009, n. 8670, *Coop Superstore di Trento – Offerta Asus fuori produzione*, in cui il Tar Lazio,

con riguardo al potere sanzionatorio dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, ha affermato che *“(sia pure con riferimento a quelle previste dalla legge 10 agosto 1990, n. 287 e in specie dall'articolo 15 in tema di intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante) la giurisprudenza amministrativa è ormai ferma e consolidata nell'ammettere che, ad onta del testuale e circoscritto riferimento della sfera cognitoria del G.A. ai soli ambiti della giurisdizione esclusiva (e dunque non anche ad una giurisdizione estesa al merito), trovi applicazione l'articolo 23 comma 11 della legge n. 689/1981 che consente al giudice non soltanto di annullare, in tutto o in parte, il provvedimento irrogativo della sanzione ma altresì di “modificarlo” “anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta”, ammettendo così un potere riduttivo della misura della sanzione medesima”*.