

### 3. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

#### Introduzione

Nell'ultimo anno solare completo (1° gennaio - 31 dicembre 2011) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Consiglio di Stato in materia di pratiche commerciali scorrette che confermano sostanzialmente i primi orientamenti del TAR del Lazio in merito all'applicazione della disciplina posta a tutela dei consumatori dal Codice del consumo a seguito delle modifiche apportate nel 2007.

In particolare, risultano consolidati importanti principi in merito alla nozione di consumatore medio, di professionista e di diligenza professionale; agli elementi costitutivi delle fattispecie di pratica commerciale ingannevole e aggressiva, nonché in tema di pubblicità occulta. Il TAR e il Consiglio di Stato hanno, inoltre, confermato i consolidati orientamenti in merito alle regole del procedimento. Si è riscontrato che il giudice amministrativo è più volte intervenuto nella rideterminazione delle sanzioni irrogate dall'Autorità, esercitando la giurisdizione di merito ai sensi dell'art. 134, comma 1, lettera c) del nuovo Codice del processo amministrativo entrato in vigore nel 2010.

357

#### Profili sostanziali

##### *Rapporti tra disciplina generale del Codice del consumo e disciplina settoriale*

Con riferimento ai rapporti tra la disciplina generale contenuta nel Codice del consumo e le discipline settoriali riguardanti il credito, l'energia e le comunicazioni, il Giudice di primo grado ha confermato il principio secondo cui gli strumenti di tutela forniti dal Codice del consumo si aggiungono ai normali strumenti di tutela contrattuale e a quelli derivanti dalle discipline settoriali che, in concreto, si pongono in rapporto di complementarietà e non di alternatività rispetto al Codice del consumo (sentenze n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*; n. 3363 del 18 aprile 2011, *Italserfin*).

Più in particolare, il TAR ha precisato, con riferimento all'attività di vigilanza affidata alle autorità creditizie, che *“l'interesse pubblico primario affidato all'Autorità di settore riguarda dunque la conformazione del mercato del credito (in particolare attraverso i poteri di vigilanza, di regolazione, o anche solo di moral suasion) ai suindicati obiettivi di stabilità, di competitività e di efficienza”* del sistema finanziario nel suo complesso. Pertanto, *“l'Autorità di settore delinea ex ante il quadro degli obblighi specificamente gravanti sugli operatori vigilati, ma non possiede alcuna*

*competenza in ordine alla definizione del modello di professionista diligente ricavabile dal Codice del Consumo, ed applicato di volta in volta, nelle fattispecie concrete, dall'Autorità antitrust*" (sentenza TAR Lazio n. 3363 del 18 aprile 2011, *Italserfin*).

Il TAR ha ricordato che *"le due Autorità, antitrust e di settore, sebbene perseguano entrambe, in via diretta o servente rispetto alla cura dell'interesse pubblico primario di cui sono titolari, la tutela del consumatore, lo fanno attraverso strumenti del tutto diversi"* sicché *"alcuna sovrapposizione può realmente esservi, se non nell'ipotesi in cui l'intervento dell'Autorità antitrust non si limiti a sanzionare, in concreto, una pratica sleale, ma finisca con l'introdurre, surrettiziamente, misure di tipo regolatorio rientranti nelle prerogative dell'Autorità di settore"*.

Il Consiglio di Stato ha confermato in due occasioni tale principio, con particolare riguardo ai settori dell'energia (sentenza n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*) e del credito, ove ha ribadito che il Codice del consumo tutela in via primaria e diretta la capacità di autodeterminazione del consumatore; mentre il Testo Unico Bancario tutela essenzialmente concorrenza, trasparenza, stabilità ed efficienza di credito e risparmio, cioè il sistema creditizio complessivamente considerato e non specificamente il contraente debole (sentenza n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*, con riguardo alle disposizioni sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti degli intermediari finanziari nei confronti della clientela).

Va, tuttavia, segnalato che il Consiglio di Stato ha rilevato, con specifico riguardo al settore delle telecomunicazioni e a quello bancario che vedono il concorso dei poteri di regolazione e controllo di due distinte autorità di vigilanza, come emergano diverse problematiche che potrebbero dar luogo a contrasti giurisprudenziali. Ed ha, pertanto, ritenuto necessario deferire la trattazione delle questioni stesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: si è, ad oggi, in attesa dell'esito di tali giudizi.

Inoltre, il Giudice di primo grado, nella sentenza n. 1811 del 28 febbraio 2011, *Danacol*, ha rigettato la censura del professionista relativa al difetto di competenza dell'Autorità in ragione della presenza di una specifica regolamentazione di settore, ovvero il Regolamento comunitario n. 1924/06 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute. Il TAR ha, infatti, ritenuto sussistente la competenza dell'Autorità in quanto *"l'ambito finalistico delineato dalle previsioni settoriali in parola attiene alla sicurezza della salute umana, ed è pertanto del tutto estraneo a quello preso in considerazione dal Codice del Consumo, incentrato alla protezione del consumatore e degli interessi concorrenziali delle imprese, di talché deve riconoscersi che le prime si pongono in rapporto di complementarietà, e non di alternatività, con il Codice del Consumo, in ragione della diversità degli interessi pubblici sottostanti"* difettando, pertanto *"in concreto sia una ipotesi di potenziale conflitto tra distinti apparati normativi, sia una qualsiasi valutazione dell'AGCM sulla verifica del perseguimento delle specifiche finalità delle norme di settore"*.

### *Nozione di professionista*

Ha trovato sostanziale conferma nelle pronunce del TAR e del Consiglio di Stato un'interpretazione ampia della definizione di professionista ai sensi del Codice del consumo, ricomprendendo chiunque abbia agito nel quadro di un'attività di impresa con il fine di promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio. Non configura elemento indispensabile che il professionista abbia interagito direttamente con il consumatore, in quanto può assumere tale qualifica anche l'operatore intermedio, al quale derivi un vantaggio economico immediato e diretto dal realizzarsi della pratica e vanti una responsabilità editoriale in merito al confezionamento dei messaggi.

Come precisato dal Consiglio di Stato, se non è possibile ritenere che l'immanente obbligo di diligenza gravante su coloro che dalla pratica commerciale traggono comunque dei benefici sia in termini economici che pubblicitari determini sempre e comunque una loro responsabilità editoriale per pratica commerciale scorretta, un'omissione rilevante ai fini dell'iscrizione di una responsabilità a titolo soggettivo sussiste allorquando l'operatore economico non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo sui contenuti delle iniziative promo-pubblicitarie realizzate e diffuse da soggetti terzi, anch'essi interessati alla pratica commerciale; non è sufficiente infatti ad escludere la responsabilità da omesso controllo la circostanza che il soggetto terzo non abbia preventivamente sottoposto la campagna che intende diffondere, ove un sistema di controllo preventivo non sia stato posto in essere.

Sulla base di tale orientamento, i gestori telefonici devono ritenersi co-autori (responsabilità editoriale) delle pratiche se, oltre ad un vantaggio economico immediato e diretto connesso alla diffusione dei messaggi, abbiano prestato il consenso all'utilizzo dei propri loghi e segni distintivi nelle operazioni pubblicitarie relative ai servizi reclamizzati e, inoltre, sia previsto, nei contratti stipulati con il *content provider*, il loro potere (preventivo e successivo) di verifica sul contenuto dei messaggi pubblicitari, a prescindere dal concreto esercizio dei poteri di controllo, per la mancata predisposizione di un sistema di monitoraggio effettivo.

Irrilevante e non idoneo ad escludere la responsabilità del gestore è stato ritenuto l'inserimento, nelle previsioni contrattuali, di clausole di salvaguardia che addossavano unicamente al *content provider* le conseguenze di eventuali profili di illiceità, in quanto diversamente si ammetterebbe la possibilità di disapplicare in via pattizia i criteri legali per la determinazione della responsabilità dell'illecito che sono invece sottratti al potere dispositivo dei soggetti privati.

La figura del co-autore non si configura come un *tertium genus* rispetto al committente ed all'autore, essendo possibile configurare un'ipotesi di concorso di persone nell'illecito amministrativo. Ciò che rileva è che con il suo contegno abbia contribuito, in concorso con altri, alla realizzazione dell'illecito, non solo nel caso in cui tale contributo abbia avuto efficacia causale, ponendosi come condizione indefettibile alla realizzazione della violazione, ma anche in forma di un contributo agevolatore.

(TAR Lazio, sez. I, sentenze n. 1733 del 24 febbraio 2011, *Findomestic*; n. 448 e n. 449 del 18 gennaio 2011, *Coincard*; n. 7033 dell'8 agosto 2011, *SUV a prezzo basso*. Nello stesso senso, Consiglio di Stato, sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia*; n. 1813 del 24 marzo 2011, *Zed sms non richiesti*; n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2*; n. 1811 del 24 marzo 2011, *Zeng loghi e suonerie*; n. 1810 del 24 marzo 2011, *Suonerie.it*; n. 1812 del 24 marzo 2011, *Moby.Dada.Net*; n. 5306 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*; n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; n. 1897 del 29 marzo 2011, *Abbonamento New Europe Media*; n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 SMS gratis*).

La giurisprudenza del TAR ha confermato inoltre il principio secondo il quale la qualifica di professionista può essere riconosciuta ad una società concessionaria di pubblico servizio ai sensi del Codice del consumo, in quanto considerata un' "attività economicamente rilevante e idonea a generare un reddito [...] L'affidamento, in convenzione, di alcuni servizi, non esclude la responsabilità della società concessionaria. [...] Dal punto di vista del Codice del Consumo, pertanto, la mancata predisposizione di adeguati strumenti di controllo in ordine ai servizi esternalizzati, rappresenta indubbiamente, anche secondo il comune buon senso, una condotta non conforme al normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista" (TAR Lazio, sentenza n. 3954 del 9 maggio 2011, *Passante di Mestre*).

### **Nozione di consumatore medio**

Il Giudice amministrativo ha confermato che, ai fini dell'individuazione del modello di consumatore medio, devono essere presi in considerazione fattori sociali, culturali ed economici, fra i quali particolare rilievo va riservato al "contesto complessivo" in cui il consumatore si trova ad agire.

In particolare, il Consiglio di Stato si è soffermato sui settori ad alta evoluzione tecnologica, rilevando che, nel contesto di nuovi e diversificati servizi, i consumatori possono non conoscere nel dettaglio modalità e caratteristiche tecniche di funzionamento e, quindi, possono essere in genere non dotati delle competenze specifiche necessarie per rilevare e fronteggiare l'esistenza di pericoli connessi alla loro fruizione (sentenza n. 5303 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*), specificando che non bisogna fare riferimento al grado di percezione di "un consumatore adulto, smalzito, esperto navigatore del web e perito nell'utilizzazione del computer" (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

Il Giudice di secondo grado ha, inoltre, sottolineato che, al fine di garantire una effettiva tutela del consumatore sotto il profilo dell'informazione consapevole, occorre tenere adeguatamente conto della situazione di contesto quando sia caratterizzata da asimmetria e svantaggio informativi, oltre che da una minore vigilanza del consumatore. Tale è, infatti, l'ipotesi, verificatasi nel caso di specie, in cui venga proposta al consumatore l'affiliazione ad una carta di credito *revolving* nel contesto di un acquisto presso la grande distribuzione.

In particolare, in tale situazione, *“l’esigenza di tutela è correlata alla sollecitazione agli acquisti incentrata sull’affievolimento - proprio di quel determinato tipo di contesto commerciale, facilitante la propensione al consumo - della percezione dell’indebitamento del sottoscrittore e dall’apparente disconnessione con il singolo prodotto da acquistare (anche grazie all’utilizzabilità della carta per ulteriori acquisti e per ulteriori finalità personali: es. prestiti personali o prelievi bancomat)”*. In tale ipotesi, il Consiglio di Stato ha, dunque, ritenuto che *“il modello astratto di consumatore medio è da rapportare al contesto della grande distribuzione al dettaglio, con le caratteristiche comportamentali aggiuntive proprie di quel tipo di contesto, inclusi gli effetti induttivi all’acquisto, anche d’impulso o comunque non preventivato, per di più facilitati da una carta di credito”* (sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*).

Inoltre, il Consiglio di Stato ha chiaramente evidenziato che non si può esigere dal consumatore che lo stesso si attivi per supplire sostanzialmente alle omissioni informative posto che l’onere di “media diligenza” che può gravare su chi si accosta ad una offerta commerciale non può tradursi nell’imposizione di *“obblighi eccedentari rispetto ad un comportamento mediamente avveduto”* (sentenza n. 4392 del 20 luglio 2011, *Mediaworld gli europei che vorrei*).

Infine, il Consiglio di Stato si è soffermato sui consumatori adolescenti, affermando che essi, in ragione della tipologia di servizi offerti nel settore delle telecomunicazioni, rappresentano una categoria di consumatori *“specificamente attratta dalla fruizione dei servizi per telefoni cellulari”* quali ricezione di loghi, suonerie, hit di successo, servizi di intrattenimento (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

### ***Diligenza professionale***

#### ***Nozione***

Si è consolidato in sede di Consiglio di Stato l’orientamento secondo il quale la nozione di diligenza professionale assume rilievo specifico nell’ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell’adempimento delle obbligazioni e di colpa nell’ambito dell’illecito aquilano (sentenza n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*).

Il rispetto della normativa di settore non esclude la possibilità di configurare una pratica come scorretta, né esonera il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono dall’applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore (Consiglio di Stato, sentenza n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*; sentenza n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*; nello stesso senso, anche TAR Lazio, sentenze n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*; n. 3954 del 9 maggio 2011, *Passante di Mestre*).

Tale orientamento ha trovato conferma nella sentenza n. 5307 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*, nella quale il Consiglio di Stato rileva che *“indipendentemente da uno*

*specifico obbligo derivante dalla normativa di settore (il d.m. n. 145/2006)*” le clausole contrattuali determinano la configurazione di una responsabilità editoriale concorrente del gestore mobile che, in quanto destinatario di un beneficio economico dalla pratica commerciale, avrebbe dovuto attivarsi concretamente per monitorare il contenuto dei messaggi diffusi dal *provider* all’utenza.

Si assume consolidato l’orientamento espresso dal Consiglio di Stato, nelle sentenze nn. 5303- 5306 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*, secondo il quale le norme di contrasto alle pratiche commerciali scorrette richiedono ai “professionisti” l’adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da specifiche discipline, ove esistenti, in parte dall’esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice, sempre che siffatte condotte siano loro concretamente esigibili in un quadro di bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l’esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato infatti che, in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica, si verifica una maggiore asimmetria informativa tra consumatore e professionista, di tal che si deve considerare ancor più elevato l’onere di diligenza gravante sull’imprenditore nel fornire al consumatore tutte le informazioni utili per fruire dei servizi senza correre rischi eccessivi. Il Consiglio di Stato, a conferma di quanto espresso dal Giudice di primo grado, ritiene che gli obblighi di vigilanza e controllo sul corretto uso delle numerazioni speciali in sua disponibilità la cui violazione è stata contestata all’appellante trovino il loro fondamento nel canone di diligenza professionale stabilito dal Codice del consumo, definito alla stregua del normale grado di specifica competenza ed attenzione che i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista (sentenza n. 5363 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*).

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3897 del 30 giugno 2011, *Bluexpress Commissioni non chiare*, confermando l’orientamento emerso in primo grado, àncora la contrarietà del comportamento del professionista alla diligenza professionale alla “[...] particolare tipologia del servizio (trasporto aereo)”, rilevando che “i diritti dei passeggeri dovrebbero dunque formare oggetto di un’adeguata ed esaustiva informazione preventiva, rientrando pertanto il correlativo onere fra i doveri di diligenza professionale degli operatori del settore, non potendo altrimenti i passeggeri venirne a conoscenza”. La medesima sentenza sottolinea che rientra nei doveri di diligenza professionale anche una adeguata ed esaustiva informazione preventiva in ordine ai diritti dei viaggiatori relativi alla fase successiva all’acquisto del biglietto (*overbooking* e negato imbarco, cancellazione del volo, ritardo superiore a due ore).

Non è sufficiente invece ad escludere la diretta responsabilità del professionista il fatto che gli adempimenti previsti dalla legge pongano consistenti difficoltà applicative o talune complessità a fronte della ingiustificata durata (oltre un anno) del periodo impiegato per uniformare le proprie



procedure alla normativa sopravvenuta, periodo durante il quale i clienti della banca non hanno ottenuto la soddisfazione di un diritto espressamente attribuito dalla legge (Consiglio di Stato, sentenze n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*; n. 5368 del 26 settembre 2011, *BNL cancellazione ipoteca*). E' stato inoltre confermato, nella sentenza TAR Lazio n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*, l'orientamento secondo cui la configurabilità di una "prassi di settore" non rileva quale esclusione di responsabilità osservando nello specifico che *"l'eventuale condotta di altri operatori economici [...] non costituisce ragione per escludere la scorrettezza della pratica commerciale in esame ove la stessa sia ritenuta tale sulla base della normativa di settore [...]".*

All'osservanza di uno stringente obbligo di diligenza professionale sono tenute le imprese operanti nel settore alimentare nel caso in cui nelle comunicazioni commerciali intendano utilizzare indicazioni sulla salute (specie alla luce del Regolamento CE n. 1924 del 20 dicembre 2006 recante *"Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari"* (Consiglio di Stato, sentenza n. 5115 del 13 settembre 2011, *Alixir*).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, ai fini dell'assolvimento dell'onere di diligenza, il professionista, in un contesto come quello in questione, dovrebbe a partire dal primo contatto comunicazionale tenere un comportamento attivo (*facere*) con effetti visibili tali da compensare la minore vigilanza del consumatore e salvaguardarne il diritto ad un'adeguata ed effettiva informazione (sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*). Ciò in ragione dello squilibrio informativo originario in cui si trova il consumatore medio nel commercio standardizzato, *"aggravato dall'affievolimento della sua capacità di percezione e di salvaguardia generati dall'ambiente della grande distribuzione al dettaglio"*, che imporrebbe una condotta positiva di specifica cautela consumeristica per riequilibrare la nuova azione di induzione al consumo e all'esposizione finanziaria.

Il tutto dovrebbe essere proposto mediante un'informazione preliminare dedicata e il rispetto di una dilazione di riflessione di alcuni giorni. Infatti, perché nella pratica commerciale vi sia equilibrio e lealtà, il consumatore medio, prima di convenire un rapporto pericoloso di credito-debito, deve esser posto in grado di accedere con conoscenza di causa, e con il tempo necessario per una pacata valutazione, al contratto finanziario offertogli e di percepire la differenza, in quel contesto, tra un mezzo di pagamento differito proporzionato alle sue risorse e uno strumento comportante un rischio di sovraindebitamento, pregiudizievole anche per i suoi stessi futuri consumi ordinari. Una congrua messa in guardia - osserva il giudice - compensa non solo lo squilibrio nell'informazione e nell'autonomia contrattuale, ma anche il processo di particolare induzione al consumo. Perciò realizza una tutela anticipata al concreto pericolo di effetto distorsivo.

Il TAR, con sentenza n. 732 del 25 gennaio 2011, *Rinascente - Pagamenti rateizzati*, ha evidenziato come la diligenza professionale, generalmente richiesta, venga ad assumere carattere di accentuata rilevanza alla stregua della fondamentale indicazione di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c. e ciò in quanto

viene in considerazione un criterio di “alta” diligenza professionale, di talché l’obbligo di diligenza è suscettibile di essere valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto di quelli che il caso concreto suggerisce e/o impone.

In altri termini, prosegue il Collegio, *“se non esiste un astratto paradigma suscettibile di integrare un univoco termine di riferimento quanto all’individuazione di un comportamento diligente in capo all’operatore finanziario, la concreta commisurazione del relativo obbligo deve essere necessariamente parametrata con la condotta concretamente esigibile nella particolare fattispecie in considerazione; ovvero, in quel comportamento che, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda negoziale, nonché al complesso di conoscenze riferibili all’operatore finanziario stesso ed alla qualificazione del “contatto” con la clientela, sia suscettibile o meno di essere interpretato come pratica commerciale scorretta, ovvero contrario al dovere di diligenza e, ulteriormente, suscettibile di orientare in maniera decettiva le scelte dei consumatori”*.

La Sezione, dopo aver ripreso la definizione comunitaria della “diligenza professionale” (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 11 Maggio 2005 n. 29), ribadisce l’orientamento giurisprudenziale (sent. TAR Lazio, Sez. I, 8 settembre 2009, n. 8394) in ordine all’esigenza che l’obbligo di chiarezza debba essere congruamente assolto *“sin dal primo contatto pubblicitario, attraverso il quale devono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per una immediata percezione dell’offerta economica pubblicizzata”*.

### **Pratiche commerciali scorrette**

#### *Nozione di pratica commerciale scorretta*

Il Giudice di secondo grado ha confermato che la nozione di pratica scorretta ricomprende anche le condotte attive o commissive legate a un’operazione commerciale, abbracciando quelle successive alla conclusione del negozio giuridico (*“dopo una operazione commerciale relativa ad un prodotto”*), purché a quest’ultimo finalisticamente riconducibili. Pertanto, essa ben può investire gli incombenti successivi all’esaurimento della fattispecie negoziale con riguardo alle prestazioni “tipiche” che individuano la natura del negozio ed a quelle che, seppur ad esso accessorie, si accompagnano necessariamente all’operazione commerciale conclusa.

Il Consiglio di Stato ha aggiunto poi che non qualsivoglia inadempimento ad obbligazioni negoziali possa o debba sempre e comunque costituire pratica commerciale scorretta. Il Codice del consumo non consente infatti detta automatica commistione di profili: allorché, però, si sia in presenza di un preordinato e seriale venir meno agli obblighi negoziali contratti - ovvero anche in fase antecedente alla conclusione del contratto si prometta una prestazione che si sa essere impossibile da fornire - si è ben lungi dal trovarsi al cospetto di un singolo inadempimento, o inesatto adempimento reprimibile in via (esclusivamente) negoziale ai sensi degli artt. 1176, 1453 del codice civile, ma, ove sussista il pericolo di uno sviamento della scelta commerciale del consumatore la



fattispecie integra pienamente (anche) quella della pratica commerciale scorretta (sentenza n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*; sentenza n. 5368 del 26 settembre 2011, *BNL cancellazione ipoteca*).

### ***Nozione di pregiudizio***

Il Consiglio di Stato ha confermato l'orientamento secondo il quale la nozione di pregiudizio per il comportamento economico del consumatore non va fatta coincidere con quella di danno economico, che implica una lesione patrimoniale, ma va intesa nel senso di influenza sul comportamento economico del consumatore nel quadro della tutela della relativa libertà di scelta (sentenze n. 1811 del 24 marzo 2011, *Zeng loghi e suonerie*; n. 6204 del 24 novembre 2011, *Snav*; n. 4392 del 20 luglio 2011, *Mediaworld gli europei che vorrei*). Nello stesso senso, anche TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*).

### ***Criteri di individuazione delle pratiche commerciali autonome***

Il Consiglio di Stato ha pienamente confermato la distinzione delle condotte in più pratiche accertate in relazione alle diverse fasi del rapporto di consumo, e specificamente in ragione del fatto che le omissioni e le ambiguità informative riscontrate riguardavano le distinte fasi della promozione e della vendita dei prodotti commercializzati (modalità di informazione per indisponibilità del bene/modalità di consegna dei beni e trattamento reclami), non necessariamente collegate tra loro, funzionalmente autonome e comunque rispondenti ad interessi differenziati in capo al consumatore (scelta d'acquisto, fase di consegna e reclami). Tutto ciò, seppure in presenza di un dato unitario rappresentato dalla circostanza che le pratiche sono poste in essere nell'ambito della commercializzazione di prodotti via internet (sentenza n. 4391 del 20 luglio 2011, *Mediamarket consegna prodotti*).

### ***Valutazione dell'ingannevolezza***

Il Consiglio di Stato ha confermato che il carattere confusorio ed ingannevole del messaggio pubblicitario può essere valutato sotto il duplice profilo della contraddittorietà delle informazioni fornite e delle modalità (posizione defilata e caratteri grafici piccoli a fronte di espressioni accattivanti poste in evidenza) con cui le informazioni essenziali vengono fornite al consumatore (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

### ***Claim salutistici***

Il Giudice di secondo grado ha confermato la valutazione del TAR di scorrettezza dei messaggi, espressa nel provvedimento dell'Autorità, laddove inducono a ritenere che gli alimenti proposti siano in grado di soddisfare completamente i fabbisogni dell'organismo, in quanto contenenti tutti gli apporti nutrizionali necessari per mantenere il benessere dell'organismo umano, al contempo ingenerando dubbi sull'adeguatezza nutrizionale degli alimenti ad uso comune (sentenza n. 5115 del 13 settembre 2011, *Alixir*).

### *Rilevanza del contesto*

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato i criteri con i quali verificare la completezza informativa del messaggio risentono anche del contesto in cui la pratica si inserisce. Emblematica la sentenza del Consiglio di Stato n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*, con la quale il giudice ha rilevato che “*la particolare posizione di carenza informativa in cui si trova il consumatore in un mercato solo di recente aperto alla libera concorrenza deve indurre il professionista a configurare il messaggio pubblicitario in termini più chiari e completi*”. Tale necessaria completezza informativa deve accompagnare l’offerta sin dal momento in cui, attraverso il lancio pubblicitario, si stabilisce il primo contatto con il consumatore onde “*evitare che lo stesso possa rimanere attratto da un messaggio promozionale che percepisca come conveniente soltanto a causa della sua non piena intellegibilità*”.

La disciplina normativa applicata si attesta su “*una frontiera di protezione del consumatore che si colloca temporalmente in posizione ben più anticipata rispetto alla fase prenegoziale o negoziale vera e propria*”.

Sempre con riguardo alla completezza informativa e alla necessità di chiarezza del messaggio già nella prima fase di contatto con il consumatore, il Consiglio di Stato ha espresso l’orientamento secondo il quale, in base alle regole di comune esperienza della comunicazione, una grande quantità di documenti fra i quali dover cercare l’informazione necessaria, lungi dal superare l’asimmetria informativa di base del consumatore medio, la mantiene nella realtà pratica, perché richiede un comportamento di applicazione e attenzione, cioè di diligenza, particolari da parte del consumatore, quando invece è l’onere di diligenza media a rappresentare, per la norma applicata, il parametro di esigibilità e di responsabilizzazione nella condotta commerciale del consumatore (sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*).

Sulla stessa linea interpretativa si colloca la decisione del Consiglio di Stato n. 4392 del 20 luglio 2011, *Mediaworld gli europei che vorrei*, con la quale si è ribadito che “*il messaggio promozionale (in cui si sostanzia il primo contatto da parte di un operatore professionale su cui grava un onere di particolare diligenza) deve essere caratterizzato ab initio dai canoni di chiarezza e completezza*”. Pur ammettendo che non sia esigibile che il messaggio risulti esaustivo in tutte le caratteristiche proprie di un’offerta complessa, tuttavia non possono tacersi le caratteristiche fondanti dell’offerta.

Nel settore del trasporto aereo si è consolidato, altresì, il principio secondo cui l’incompleta informazione preventiva in ordine ai diritti del viaggiatore nella fase successiva all’acquisto del biglietto, sul sito web, è legittimamente configurata come pratica commerciale scorretta alla luce dei doveri professionali di corretta e completa informazione derivanti dal Codice del consumo, e prescinde dai doveri specifici del vettore aereo derivanti dal Regolamento CE n. 261/2004 in materia di *overbooking* e conseguente negato imbarco, volo cancellato o ritardato (Consiglio di Stato n. 3897 del 30 giugno 2011, *Bluexpress Commissioni non chiare*).

### **Messaggi relativi a prezzi e tariffe**

In sede di Consiglio di Stato con la sentenza n. 5785 del 27 ottobre 2011, *Sardinia Ferries Auto ad 1 euro*, si è affermato l'orientamento secondo il quale, avuto riguardo all'elemento di prezzo, la prospettazione delle condizioni tariffarie deve essere chiaramente ed immediatamente intelligibile e *“non devono dunque essere introdotte a carico del consumatore operazioni di calcolo, quand'anche non macchinose, per pervenire all'esatta percezione del corrispettivo per il servizio di trasporto offerto”*. Il Giudice ha confermato il principio in base al quale la pubblicità del prezzo di un servizio deve indicare tutte le componenti tariffarie e le deve indicare in modo contestuale e con pari evidenza grafica, rilevando come nel caso citato le modalità grafiche di presentazione dell'offerta fossero *“evidentemente sbilanciate nel ruolo informativo agli effetti della corretta ed immediata cognizione da parte del consumatore medio del prezzo del servizio, per l'enfatizzazione del costo base di 1 euro rispetto agli oneri aggiuntivi”*. Nello stesso senso la sentenza del Consiglio di Stato n. 6204 del 24 novembre 2011, *Snav*, che ha confermato la valutazione secondo cui fin dal primo contatto i consumatori devono essere in grado di poter valutare l'offerta economica nei suoi elementi essenziali e avere una percezione precisa dell'esborso finale, almeno attraverso un chiaro riferimento nella pubblicità alle voci variabili che compongono il prezzo.

Di contro il Consiglio di Stato ha escluso che una parziale incompletezza laddove non ricada su informazioni necessarie a comprendere la sostanza dell'iniziativa possa indurre in errore il consumatore fino ad incidere sulla sua libertà di scelta consapevole (sentenza n. 5000 del 5 settembre 2011, *Congress Italia*).

Sulla stessa linea, si è collocata nel settore del trasporto aereo la sentenza del TAR Lazio n. 6916 del 2 agosto 2011, *Tariffe Ryanair*, che ha confermato l'orientamento secondo cui l'indicazione della tariffa 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, al fine di rendere chiara e compiuta l'informazione fornita al consumatore. Il Giudice, in particolare, ha osservato che per quanto attiene alla voce relativa alla prenotazione con carta di credito *“le modalità adottate per veicolare tali informazioni non sono idonee a soddisfare l'evidenziata esigenza di garantire ai consumatori un'informazione trasparente circa il costo complessivo finale dei voli aerei, atteso che, a fronte di un prezzo per tratta di carattere omnicomprendente, anche delle tasse, pari a 10 euro, enfatizzato nel contesto principale del messaggio, va osservato che tale ulteriore voce di costo, aggiuntiva rispetto all'ammontare enfatizzato, viene evidenziata in una maschera visibile in una fase ormai già avanzata della procedura di acquisto del biglietto ed essa è relativa non ad un servizio opzionale, ma all'utilizzo degli strumenti di pagamento utilizzati dalla maggioranza dei consumatori, rappresentando per tale motivo un costo non evitabile”*.

Sul punto, del resto, è stato chiarito che sono da ritenersi ingannevoli i messaggi pubblicitari in cui *“il prezzo finale ed effettivo del servizio non sia quello enfatizzato nel claim principale, ma a tale prezzo si debbano aggiungere”* ulteriori voci di costo *“in base ad indicazioni non contestuali e prive della stessa enfasi”*. Ciò in quanto, *“se, in linea di massima, è l’omissione di alcuno degli elementi da cui dipende il prezzo del servizio pubblicizzato che può indurre in errore il consumatore e rendere ingannevole il messaggio con riguardo a tale profilo, anche le sole modalità di presentazione del prezzo possono indurre in errore il consumatore, e quindi porsi in contrasto con l’ampia previsione della norma richiamata, quando il messaggio pubblicitario enfatizza non il prezzo finale ed effettivo, ma un prezzo base a cui si aggiungono ulteriori costi ed oneri”*.

Secondo il Collegio, è corretto ritenere che *“nel caso di specie, la commissione dovuta per il pagamento con carta di credito diversa da Visa Electronics non costituisce un costo opzionale, ma un costo obbligatorio”*, in quanto lo strumento di pagamento utilizzabile è di fatto uno solo, cioè la carta di credito e per i consumatori che non possiedono la carta Visa Electronics, la commissione costituisce un costo obbligatorio, non avendo gli stessi alcuna possibilità di evitare la sua applicazione.

### ***Pratiche commerciali scorrette in ogni caso ingannevoli***

#### ***Conformità e approvazione di un prodotto***

Nel periodo di riferimento, ha trovato conferma l’orientamento ormai consolidato in base al quale l’utilizzo nei messaggi del logo (nel caso di specie di una importante associazione di medici) *“[...] è idonea a indurre in errore i consumatori in ordine al fatto che il prodotto potrebbe essere approvato direttamente o indirettamente dalla classe medica”* (TAR Lazio, sentenza n. 1811 del 28 febbraio 2011, *Danacol*).

#### ***Disponibilità dei beni offerti***

Con sentenza n. 2084 dell’8 marzo 2011, *Trony - Variazioni Di Prezzi*, il TAR Lazio ha confermato come la prospettazione con enfasi del prezzo dei prodotti oggetto della promozione - come occasioni molto vantaggiose, assolutamente irripetibili e da non perdere - allo scopo di sollecitare immediatamente l’acquisto da parte del maggior numero di acquirenti possibile, induce certamente in errore il consumatore sia con riguardo alla disponibilità del prodotto sia al suo prezzo, alla modalità in cui esso viene calcolato e alla sua effettiva vantaggiosità, impedendogli di compiere una decisione commerciale consapevole.

### ***Pubblicità occulta***

#### ***Nozione***

Con riguardo alla pubblicità non trasparente nella qualificazione delle fattispecie, per come configurate dal Codice del consumo sia nell’ipotesi di

omissione di indicazioni circa l'intento commerciale della pratica stessa (ai sensi dell'art. 22, comma 2 del Codice del consumo) sia nel caso dell'impiego di contenuti redazionali (c.d. *product placement*) nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto (ex art. 23, comma 1, lett. m del Codice del consumo) le pronunce giurisprudenziali hanno confermato la necessità che la natura promozionale perseguita sia valutata non solo alla luce dell'effetto pubblicitario, ma tenendo presente altresì l'esistenza di uno specifico scopo promozionale.

#### *Accertamento mediante elementi presuntivi*

Il Consiglio di Stato ha confermato la giurisprudenza consolidata del Giudice di primo grado, per cui anche in mancanza di una prova storica del rapporto di committenza “*lo scopo promozionale può essere accertato sulla base di (indici presuntivi) elementi gravi, precisi e concordanti tra i quali, in particolare, l'esibizione innaturale del prodotto e la non strumentalità di tale esibizione alle finalità di programma*”. Oltre agli elementi presuntivi assumono rilievo le prove “documentali” di un presunto rapporto di committenza (sentenze n. 113 del 12 gennaio 2011, *Areafilm formula di affiliazione innovativa*; n. 4390 del 20 luglio 2011, *Pubblicità occulta gioielli My Mara*).

Il Consiglio di Stato ha altresì ritenuto che costituissero ulteriori elementi di prova circa l'esistenza di un intento promozionale l'evidenza che i dati e le immagini riportati nell'intervista fossero interamente forniti dal committente e le dichiarazioni pubblicate senza alcuna apparente elaborazione, verifica o riflessione critica della redazione, nonché la stessa tipologia di domande rivolte all'intervistato che, nel caso di specie, non erano mai finalizzate ad ottenere dati più precisi a supporto delle dichiarazioni. Il Giudice ha, pertanto, rilevato che non può ricondursi ad un'attività di tipo giornalistico l'articolo che sia stato “*di fatto totalmente predisposto dalla stessa società cui è dedicato e redatto con modalità che mal si coniugano con il perseguimento delle finalità informative ostentate dall'editore, dissimulando nel loro complesso precise finalità promozionali*” (sentenza n. 113 del 12 gennaio 2011, *Areafilm formula di affiliazione innovativa*).

Con la sentenza del Consiglio di Stato n. 4390 del 20 luglio 2011, *Pubblicità occulta gioielli My Mara*, la natura pubblicitaria accertata dall'Autorità è stata confermata alla luce dell'insistenza delle inquadrature e della “*reiterata e ripetuta visualizzazione del marchio My Mara. Al contempo a conferma della ragionevolezza dell'analisi svolta sui criteri presuntivi si è dato atto che nessuna ragione di natura narrativa o strettamente afferente alla necessità di buona riuscita della trasmissione televisiva imponeva tale protratta ripresa del marchio, né è stato adottato alcun accorgimento o indicazione che rendesse evidente la natura promozionale delle immagini in esame*”. Inoltre, l'intento promozionale risulta confermato, secondo il Giudice, dal fatto che “*la pubblicità occulta dei gioielli figurava anticipatamente nell'elencazione della programmazione pubblicitaria della ditta produttrice dei monili*”.

### *Responsabilità dei professionisti*

Con riferimento al caso da ultimo menzionato, ai fini dell'individuazione delle responsabilità, il Consiglio di Stato ha ritenuto che sussistesse una complice e colpevole protratta omessa vigilanza sia da parte dei soggetti che effettuavano le riprese (società appaltatrice Magnolia) sia della Rai appaltante.

Secondo il Giudice di secondo grado *“Il responsabile della trasmissione deve temperare l'esigenza del protagonista di autodeterminarsi e indossare ciò che vuole con l'esigenza di evitare che il protagonista sfrutti la propria partecipazione per fini illegittimi, dando luogo a una pubblicità occulta”*.

Nella sentenza n. 3353 del 6 giugno 2011, *Speedy Quiz-Loghi e Suonerie Best Capital*, concernente la televendita di loghi e suonerie proposta al pubblico sotto forma di telequiz, il Consiglio di Stato ha ritenuto anche l'emittente responsabile di una condotta omissiva *“riposante nell'avere omissso di evidenziare il carattere promozionale del telequiz, nell'avere riportato la scritta “in diretta” e nell'averlo inserito nella programmazione televisiva”*. In questo caso, il Giudice (con riguardo alla responsabilità dell'emittente) ha ritenuto che non si versava nel campo della negligenza colposa per omessa preventiva verifica del programma, ma *“nel campo del concorso doloso nell'illecito amministrativo”*, in quanto *“La condotta posta in essere è stata sotto il profilo eziologico determinante ai fini della commissione dell'illecito”*; la circostanza che essa non avesse ideato o creato il messaggio pubblicitario per cui è causa non poteva in alcun modo assumere rilievo esimente da responsabilità.

### *Pratiche commerciali aggressive*

Il Consiglio di Stato ha confermato l'orientamento secondo il quale la pratica commerciale aggressiva si distingue dalla pratica ingannevole nella misura in cui, mediante quest'ultima, il professionista si propone di ottenere la stipula di un contratto del cui contenuto il consumatore non è ben consapevole; mediante la pratica aggressiva, invece, il professionista si propone di condizionare la volontà del consumatore, facendogli concludere un contratto della cui convenienza non è convinto.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*, confermando l'orientamento già espresso dal Giudice di primo grado, ha ribadito come la pratica aggressiva si sostanzi *“in una condotta fortemente invasiva, per le pressioni in cui in concreto consiste, delle libertà di scelta del consumatore. Tale condotta quindi non incide, quanto meno necessariamente, sulla possibilità per il consumatore di acquisire gli elementi conoscitivi necessari circa il contenuto del contratto, ma sulla stessa volontà di stipularlo pur in presenza di un giudizio negativo sulla sua convenienza”*.

L'elemento che connota la condotta aggressiva e la distingue dalla pratica ingannevole (al punto che la medesima condotta non può integrare entrambe le fattispecie) è l'indebito condizionamento inteso come coercizione della volontà del consumatore. Il Giudice di secondo grado ritiene, infatti, che la mera ambiguità informativa non trasmoda in un indebito condizionamento



perché non fa fulcro su alcuna situazione necessitante come sarebbe una presumibile situazione di bisogno (o circostanza tragica), né rivela tale condotta carattere coercitivo rispetto alla libertà di determinazione del consumatore (sentenze n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*; n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*; nello stesso senso, TAR Lazio n. 6356 del 15 luglio 2011, *Ducato - Carta revolving*).

Nello stesso senso, anche il TAR Lazio ha escluso l'aggressività della pratica, affermando che *“Se pure va ribadita [...] l'inescusabile negligenza informativa che ha accompagnato la commercializzazione del prodotto, va tuttavia escluso che le concrete modalità rivelate dalla pratica commerciale all'esame abbiano presentato tratti di “molestia”, “coercizione”, o, ancora di “indebito condizionamento”, in quanto suscettibili di connotare la condotta in termini di aggressività”* (sentenze n. 732 del 12 gennaio 2011, *Rinascente Card*; n. 449 del 18 gennaio 2011, *Coincard*).

Il Collegio ha ulteriormente precisato che *“L'asimmetria informativa, che caratterizza le posizioni dell'operatore commerciale e del consumatore non induce, ex se, un necessario giudizio di aggressività della condotta dal primo posta in essere, parimenti dovendosi escludere che la particolare tipologia del luogo di conclusione del negozio giuridico (i locali della Rinascente) possa condivisibilmente accreditare nei termini di cui sopra la pratica commerciale all'esame, attesa la non univoca conclusione all'uopo dimostrata dalle pur peculiari connotazioni di carattere ambientale che caratterizzano i centri commerciali”*.

Il Consiglio di Stato ha ravvisato nel comportamento del professionista Enel quell'elemento di coercizione che qualifica l'indebito condizionamento. Il Giudice di secondo grado, nel confermare l'aggressività della pratica (al pari del TAR), ha rilevato come *“La minaccia del distacco della fornitura, unitamente al sollecito di pagamento (pur in presenza di precisi reclami da parte degli utenti tendenti a contestare l'entità dell'importo fatturato) corrisponde al paradigma di coercizione o di indebito condizionamento configurato dagli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto idonea a limitare la libertà di scelta del comportamento del consumatore”* (sentenza n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*).

Il Giudice di secondo grado ha altresì riconosciuto la natura aggressiva delle pratiche poste in essere da Telecom per la condotta realizzata da tale operatore consistente nell'esigere dal consumatore il pagamento di servizi (anche quelli non richiesti consapevolmente) *“prospettando agli utenti la sanzione del distacco della linea telefonica in caso di mancato pagamento delle telefonate verso le numerazioni satellitari internazionali ovvero l'esecuzione coattiva del credito in caso di traffico verso le numerazioni non geografiche”* (sentenze nn. 5303, 5306, 5307, 5363, 5364 e 5365 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*).

Di contro, il Consiglio di Stato, confermando l'orientamento del TAR, ha ritenuto che i profili dell'aggressività della condotta *“non potessero ravvisarsi nei comportamenti (già qualificati come pratica commerciale ingannevole)*

*tenuti dagli assegnatari delle numerazioni speciali e dei centri servizio". Infatti, pur ammettendo in linea di principio che un professionista possa esercitare anche in via indiretta forme di pressione che condizionando le scelte dei consumatori possano essere sanzionate ai sensi dell'art. 24, nel caso di specie il Collegio non ha ritenuto sussistere tali elementi: "la richiesta a Telecom di fatturazione dei servizi per quanto insistente non può assumere i tratti dell'aggressiva per la ragione assorbente per cui essendo rivolta ad un operatore che si trova in posizione dominante sul mercato della telefonia non ha potuto generare in capo a quest'ultimo alcuna coartazione di ordine morale o materiale nell'adempimento dei servizi di fatturazione e recupero crediti in confronto degli utenti finali. La pressione indebita sulla libertà di costoro deve ascriversi all'autonomo comportamento di Telecom [...] dato che è tale società che ha utilizzato la minaccia del distacco del servizio di fornitura alla rete per ottenere dai consumatori il pagamento indiscriminato delle prestazioni dei servizi a sovrapprezzo" (sentenze nn. 5303, 5306, 5307, 5363, 5364 e 5365 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*).*

Infine il TAR, con sentenza n. 886 del 3 gennaio 2011, *Acea*, ha confermato la decisione di scorrettezza della pratica sotto il profilo dell'aggressività poiché *"determina l'interruzione della fornitura senza fornire ai consumatori informazioni rilevanti in ordine all'esistenza di una situazione di morosità, un termine per regolarizzare la posizione e il preavviso di distacco ad una certa data in assenza di regolarizzazione. E ciò a maggior ragione laddove si consideri che oggetto della fornitura è un bene primario della vita, quale l'acqua, la cui cessazione di erogazione non può essere disposta dal fornitore (in sostanza monopolista) senza la raggiunta certezza in ordine alla consapevolezza del consumatore dell'esistenza della morosità, della necessità di sanarla, delle conseguenze del perdurante inadempimento [...]"*.

## Profili sanzionatori

### *Sindacato del giudice amministrativo*

Il Consiglio di Stato ha ribadito che il giudice amministrativo esercita una giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie dell'Autorità, sottolineando che l'operazione valutativa dell'Autorità non è sindacabile in sede di giudizio di legittimità ove risulti *"congruamente motivata e scevra da vizi logici"* (sentenza n. 2251 del 12 aprile 2011, *Moby.dada.net brani musicali gratis sul cellulare*).

### *Proporzionalità della sanzione*

Il Consiglio di Stato ha ribadito che il principio di proporzionalità costituisce un corollario del principio di ragionevolezza e di congruità e

adeguatezza della sanzione all'illecito contestato, rilevando che *“in via generale, mette conto richiamare il principio generale secondo cui, anche nella materia delle pratiche commerciali scorrette, l'Autorità dispone di un ampio potere discrezionale sia in sede di determinazione dei criteri in base ai quali determinare gli importi delle sanzioni, sia in sede di sussunzione al caso specifico dei criteri determinativi in tal modo prefissati”*, osservando al riguardo *“che l'ampia discrezionalità sanzionatoria spettante all'Autorità (sia in sede determinativa, sia in sede applicativa) è altresì assoggettata al rispetto dei generali principi della ragionevolezza e della proporzionalità”* (sentenza n. 4391 del 20 luglio 2011, *Mediamarket consegna prodotti*).

### **Disparità di trattamento**

Il Consiglio di Stato ha confermato il principio secondo cui, con riguardo alla sussistenza di un vizio di disparità di trattamento rispetto ad un diverso professionista nell'ambito di un diverso procedimento riguardante analoghe fattispecie, *“la valutazione comparativa della condotta dell'Autorità nel valutare e sanzionare le fattispecie sottoposte al suo esame è possibile, a tutto concedere, soltanto laddove i casi prospettati presentino spiccatissime analogie se non addirittura identità”* (sentenza n. 4799 del 24 agosto 2011 ISFAR Post Università delle professioni); mentre rispetto agli altri professionisti parti del medesimo procedimento, *“la non perfetta proporzionalità delle sanzioni distintamente irrogate rispetto al fatturato specifico di ciascuna società sanzionata appare giustificata dalla non piena coincidenza dei comportamenti loro ascritti e dalla corretta distinta valutazione operatane dall'Autorità”* (sentenza n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*).

### **Rilevanza dell'elemento soggettivo**

Il Consiglio di Stato ha confermato che in tema di sanzioni amministrative è necessaria e, al tempo stesso sufficiente, la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa (sentenze n. 1813 del 24 marzo 2011, *Zed sms non richiesti*; n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; n. 2422 del 19 aprile 2011, *Costi sms per il servizio 48469*; n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 SMS gratis*; n. 1897 del 29 marzo 2011, *Abbonamento New Europe Media*).

Con specifico riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche, il Giudice di secondo grado ha altresì precisato che tale prova non può ritenersi assolta *“se le parti sono operatori professionali del settore delle comunicazioni elettroniche che disponevano di strumenti contrattuali e conoscitivi idonei a prendere cognizione ed apprezzare il carattere illecito dei messaggi diffusi attraverso i propri mezzi tecnologici”* (sentenze n. 2251 del 12 aprile 2011, *Moby.dada.net brani musicali gratis sul cellulare*; n. 1897 del 29 marzo 2011, *Abbonamento New Europe Media*).

### *Cumulo materiale delle sanzioni*

Il Consiglio di Stato ha confermato che, in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale (“diversità logica, cronologica e di mezzi di diffusione”) ascritte alla responsabilità dei professionisti, trova applicazione il criterio del cumulo materiale di sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (sentenza n. 3897 del 30 giugno 2011, *Bluexpress Commissioni non chiare*).

### *Gravità della pratica*

#### *Asimmetria informativa*

Il Consiglio di Stato, in più occasioni, ha ricondotto il carattere di gravità della pratica commerciale scorretta al settore di attività dei professionisti, soprattutto ove lo stesso sia caratterizzato, come nelle telecomunicazioni, nell’energia e nel credito, da particolare complessità, da un elevato grado di evoluzione tecnologica e, dunque, da un notevole divario informativo tra il professionista ed il consumatore (sentenze n. 5364, n. 5306 e 5303 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*).

#### *Dimensione economica del professionista*

Il Giudice di primo grado, ribadendo l’applicabilità dei criteri enunciati dall’art. 11 della l. n. 689 del 1981 (richiamato dall’art. 27, comma 13, del Codice del Consumo), ha confermato la rilevanza della dimensione economica dell’impresa quale parametro di cui tenere conto in sede di quantificazione dell’ammenda, trattandosi di elemento di valutazione relativo alle “condizioni economiche” del professionista.

In due occasioni, tuttavia, il TAR ha poi ritenuto corretto, al fine di garantire la proporzionalità della sanzione, tener conto, in sede di valutazione del criterio della dimensione economica del professionista, non del fatturato complessivo dallo stesso realizzato, bensì degli utili di esercizio conseguiti dal professionista o dei soli ricavi derivanti dalla vendita del prodotto oggetto della violazione (sentenze n. 2084 dell’8 marzo 2011, *Trony variazioni di prezzi*, e n. 2565 del 23 marzo 2011, *GIL accappatoio in microfibra*). Avverso tali pronunce l’Autorità ha proposto appello ed è, ad oggi, in attesa dell’esito di tali giudizi di secondo grado. Tuttavia, anche il Consiglio di Stato, secondo un primo orientamento assunto sul punto, tenuto conto della peculiarità del caso di specie, sembra confermare la posizione del TAR sopra illustrata (sentenze n. 5785 del 27 ottobre 2011 *Sardinia Ferries Auto ad 1 Euro*, e n. 5115 del 13 settembre 2011, *Alixir*).

#### *Appartenenza al gruppo*

Il Consiglio di Stato ha chiarito il principio secondo cui l’importanza e la dimensione economica di una società parte di un gruppo è maggiore di quella di una società avente un identico bilancio ma non appartenente ad alcun gruppo. Ciò in considerazione dei vantaggi che l’appartenenza al gruppo è idonea ad apportare al professionista sia sotto il profilo della definizione della

sua importanza nel settore - ove emerge come proiezione del gruppo - sia con riguardo alla sua effettiva dimensione economica, attesa la possibilità di ricevere sostegno finanziario dal gruppo stesso (sentenza n. 4202 del 12 luglio 2011, *Centro “Gli orsi” 120 negozi*).

### *Ruolo dei professionisti*

Con riguardo ai gestori telefonici, il Consiglio di Stato, riformando la sentenza del Giudice di primo grado sul punto, ha affermato la rilevanza del contributo concorsuale nella realizzazione dell'illecito, sia quando allo stesso possa attribuirsi efficacia causale (condizione indefettibile della violazione) sia quando si tratti di un contributo agevolatore (in assenza del quale l'illecito è ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà). Il Giudice ha, pertanto, affermato il principio per cui se ciascun operatore, nel rispettivo settore di attività, ha apportato pari contributo causale in concreto determinante rispetto alla realizzazione dell'illecito non è corretto operare una gradazione delle responsabilità soltanto in ragione della diversità dei compiti svolti, ciò che si riverbera sul piano sanzionatorio (sentenze n. 3895 del 30 giugno 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; n. 1813 del 24 marzo 2011, *Zed Sms non richiesti*; n. 1811 del 24 marzo 2011, *Zeng loghi e suonerie*; n. 1810 del 24 marzo 2011, *Suonerie.it*; n. 1812 del 24 marzo 2011, *Moby.Dada.Net*).

### *Capacità di penetrazione della pratica*

Il Consiglio di Stato ha confermato che la valutazione in ordine alla gravità di una pratica commerciale scorretta non può prescindere dalla valutazione della sua pervasività e della sua potenzialità offensiva, rispetto alla quale è necessario tener conto delle modalità di realizzazione della campagna pubblicitaria, nonché dell'articolazione della stessa specie quando quest'ultima sia caratterizzata da una pluralità dei mezzi utilizzati (ad esempio tramite spot TV, radio, volantino, internet). In particolare, il Consiglio di Stato, confermando la posizione già espressa dal Giudice di primo grado (TAR Lazio sentenza n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*), ha ritenuto che la diffusione tramite web risulta essere un mezzo potenzialmente idoneo a raggiungere una “platea sterminata di utenti” (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

### *Debolezza del consumatore*

Il Consiglio di Stato si è soffermato sulla specificità del target costituito dagli adolescenti nel settore dei servizi di telecomunicazioni. Secondo il Giudice di secondo grado, infatti, la tipologia di servizi offerti (ricezione di servizi di intrattenimento, *chat line*, loghi, suonerie, giochi, informazioni e messaggerie varie) si rivolge, per così dire, ontologicamente ai minori, che configurano in tal senso destinatari particolarmente vulnerabili delle pratiche poste in essere dai professionisti del settore. Ciò si evince, a parere del Giudice, dalla complessiva direzione della campagna pubblicitaria che risulta, nel caso di specie, principalmente diretta al target dei consumatori adolescenti e trova

conferma in “*una serie di studi ufficiali ascrivibili a qualificate organizzazioni italiane, europee e mondiali agevolmente reperibili su internet*” (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, confermato la particolare vulnerabilità dei consumatori alla ricerca di lavoro, chiarendo che, trattandosi di un messaggio diretto, nel caso di specie, a promuovere corsi di formazione per il conseguimento dell’abilitazione professionale, era plausibile che proprio i destinatari di siffatto messaggio, giacché soggetti più interessati al contenuto dello stesso, non possedessero le cognizioni necessarie per adeguatamente discernere le conseguenze reali della iscrizione in albi privatistici ai fini dell’effettivo conseguimento dell’abilitazione stessa (sentenza n. 4799 del 24 agosto 2011, *ISFAR*).

#### *Pregiudizio economico*

Il Consiglio di Stato ha confermato, in sostanza, che il bene giuridico oggetto di tutela diretta della disciplina del Codice del consumo è la libertà di scelta del consumatore, chiarendo che sarebbe riduttivo ritenere che la nozione di pregiudizio per il comportamento economico del consumatore venga fatta coincidere con quella di danno economico, e quindi ricollegata alla mera diminuzione patrimoniale (sentenze n. 1813 del 24 marzo 2011, *Zed sms non richiesti*, e n. 1811 del 24 marzo 2011, *Zeng loghi e suonerie*).

#### *Circostanze attenuanti*

Secondo il Giudice amministrativo possono assumere valenza attenuante ai sensi dell’art. 11 della legge n. 689/81 unicamente quei comportamenti cui sia riconducibile una effettiva funzione riparatoria e ripristinatoria rispetto alle conseguenze della violazione. In particolare, il Consiglio di Stato, accogliendo l’appello sul punto proposto dall’Autorità, ha ritenuto che la cessazione della condotta rileva correttamente ai soli fini della individuazione della durata e non integra una fattispecie di ravvedimento operoso (sentenza n. 5368 del 26 settembre 2011, *BNL cancellazione ipoteca*).

## Profili procedurali

---

#### *Richiesta di intervento*

Il Consiglio di Stato ha confermato che l’Autorità non è vincolata ai profili di decettività segnalati, ma può esaminare la condotta anche sotto angoli prospettici non coincidenti con quelli descritti dal segnalante, sulla base di un principio valido *a fortiori* in virtù del potere di attivarsi anche d’ufficio (sentenze n. 4799 del 24 agosto 2011, *ISFAR*; n. 5785 del 27 ottobre 2011, *Sardinia Ferries Auto ad 1 Euro*).



### ***Comunicazione di avvio del procedimento e tutela del contraddittorio***

Il Consiglio di Stato ha confermato che, nell'atto di avvio, l'Autorità non è tenuta a prospettare nel dettaglio tutti gli elementi dell'indagine, dato che una più accentuata specificazione delle contestazioni si rende possibile soltanto a chiusura dell'istruttoria (sentenze n. 5306 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*; n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*; n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 sms gratis*; nello stesso senso: TAR Lazio, sentenza n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*).

Secondo il giudice amministrativo, quindi, non si può richiedere all'atto di avvio dell'indagine istruttoria una specificazione contenutistica incompatibile con la sua stessa natura di atto prodromico di futuri approfondimenti istruttori, riguardo all'oggetto essenziale dell'indagine (Consiglio di Stato, sentenza n. 5306 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*). Il Giudice ha poi chiarito che, tuttavia, ciò non significa che l'atto di avvio possa avere un oggetto indeterminato od incerto, dovendo al contrario fin da subito essere indicati con precisione i fatti da cui scaturiscono le indagini ed in relazione ai quali sono ravvisabili pratiche commerciali qualificabili come scorrette (Consiglio di Stato, sentenze 5306 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*; n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*; n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 sms gratis*; TAR Lazio, sentenza n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*).

Secondo il Giudice amministrativo, non esiste un principio generale in base al quale la concreta modulazione delle garanzie difensive - comunque da assicurare in fase infraprocedimentale - debba strutturarsi attraverso la immediata formulazione della ipotesi d'accusa né attraverso la integrale ostensione delle fonti di prova a carico. La qualificazione giuridica della condotta ascritta ad un soggetto può risentire della iniziale fluidità della impostazione accusatoria, per poi compiutamente definirsi con l'atto finale, non ravvisandosi alcuna lesione al diritto di difesa ed ai principi del giusto procedimento (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; n. 4799 del 24 agosto 2011, *ISFAR*; n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*; TAR Lazio, sentenza n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*).

### ***Diritto di difesa***

Il Consiglio di Stato ha ribadito che, una volta comunicato l'avvio del procedimento, l'Autorità non è tenuta a mettere al corrente il professionista di ulteriori segnalazioni pervenute nel corso del procedimento: “*in assenza di previsioni che impongano l'ostensione d'ufficio degli atti di iniziativa del segnalante grava sul potenziale destinatario del provvedimento l'onere di farsi parte attiva ai fini di prenderne visione e di estrarne copia, secondo quanto consentito dall'art. 10, legge 7 agosto 1990, n. 241*” (sentenza n. 5785 del 27 ottobre 2011, *Sardinia Ferries Auto ad 1 Euro*).

Il TAR ha precisato che, sebbene le disposizioni del regolamento sulle procedure istruttorie (art. 6) non disciplinino espressamente l'integrazione oggettiva della comunicazione di avvio di un procedimento già aperto, siffatta estensione è logicamente implicata dall'osservanza del principio della partecipazione procedimentale al quale le disposizioni stesse sono ispirate (TAR Lazio, sentenze nn. 448 e 449 del 18 gennaio 2011, *Coincard*).

### *Calcolo del termine finale*

Il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui il termine di conclusione del procedimento è rispettato con l'adozione del provvedimento finale, non assumendo rilievo il momento in cui il provvedimento è stato notificato alla parte, atteso che il provvedimento conclusivo non ha natura recettizia (sentenza n. 6822 del 27 dicembre 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*).

Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, è corretto il computo operato dall'Autorità in relazione al termine di conclusione del procedimento tarato sul termine più lungo previsto nel caso in cui l'operatore abbia sede all'estero, pur trattandosi di un operatore non destinatario della sanzione, dal momento che *“la circostanza che non si sia potuti addivenire alla identificazione della stessa [parte] e che conseguentemente non si sia giunti alla applicazione della sanzione in pregiudizio della medesima non implica certo che la stessa dovesse considerarsi sin dall'inizio esclusa dall'attività accertativa”* (sentenza n. 3353 del 6 giugno 2011, *Speedy Quiz*).

### *Audizione delle parti*

Il Consiglio di Stato ha confermato che l'audizione delle parti nel corso del procedimento costituisce uno strumento funzionale all'acquisizione di elementi istruttori a carattere facoltativo e discrezionale, la cui attivazione è subordinata alla scelta del responsabile del procedimento, che vi provvede previo apprezzamento delle circostanze del caso (sentenze n. 2256 del 12 aprile 2011 *10 sms gratis*; n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; concordemente anche il TAR Lazio, sentenza n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*).

Tale regime, del resto, risponde alla generale esigenza di non aggravio dei procedimenti e si inquadra armonicamente nel sistema ad istruttoria scritta che governa il procedimento amministrativo in materia di tutela del consumatore, che, come delineato dal regolamento sulle procedure istruttorie, appare già caratterizzato dalla più ampia possibilità per il soggetto incolpato di interloquire con l'Autorità (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*, e n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 sms gratis*). In proposito, il Giudice ha chiarito che il mancato espletamento del mezzo istruttorio rileva solo se la parte dimostra che è stata così impedita l'acquisizione di elementi determinanti o che ciò è stato causa di un'errata valutazione delle circostanze di fatto (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; TAR Lazio, sentenza n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*). Né, secondo il Giudice, v'è contrasto con

l'art. 18, comma 2, della legge n. 689/81, dal momento che si tratta di un principio privo di valenza extrasettoriale idonea a renderlo applicabile anche in settori governati da discipline di specie, come la materia delle pratiche commerciali scorrette (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*, e n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 sms gratis*). Del resto, l'art. 27 del Codice del Consumo richiama le disposizioni della legge n. 689/81 in quanto compatibili ed esclude che l'intera sezione II del capo I della legge (artt. 13-31) possa trovarvi ingresso (Consiglio di Stato, sentenza n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2 Promozione servizi a decade 4*).

### ***Comunicazione delle risultanze istruttorie***

Il TAR ha confermato il proprio orientamento secondo il quale 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. Il sistema partecipativo delineato nel regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette è pienamente idoneo a garantire la partecipazione dell'interessato ed è del tutto conforme ai principi sottesi alla legge n. 241/90, senza che sia necessaria una sintesi formale delle risultanze istruttorie nell'ambito della comunicazione di chiusura dell'istruttoria (TAR Lazio, sentenze n. 7134 del 24 febbraio 2011, *Findomestic*; n. 448 e n. 449 del 18 gennaio 2011, *Coincard*).

### ***Parere dell'Autorità di settore***

Il Consiglio di Stato ha confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine al carattere obbligatorio, ma non vincolante del parere reso dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 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, parere da cui l'Autorità ha facoltà di discostarsi senza la necessità di una puntuale confutazione, essendo sufficiente un'adeguata motivazione sul punto (sentenza n. 4390 del 20 luglio 2011, *Pubblicità occulta gioielli My Mara*; concordemente TAR Lazio, sentenza n. 7134 del 24 febbraio 2011, *Findomestic*).

### ***Accertamento rispetto a pubblicità cessate***

Il TAR, nella sentenza n. 7033 dell'8 agosto 2011, *Suv a prezzo basso*, ha confermato che se l'illecito ha carattere istantaneo o comunque durata limitata nel tempo ed è già cessato al momento in cui l'Autorità esercita il suo potere di accertamento, di inibizione e sanzionatorio, non per questo il relativo potere deve ritenersi *medio tempore* venuto meno. Infatti, “*il potere attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha anche e soprattutto una finalità di deterrenza, con la conseguenza che, anche a fronte di un comportamento già cessato, il potere di accertamento ha la funzione di qualificare la pratica come illecita, il potere di inibizione ha la funzione di vietare per il futuro la reiterazione della condotta illecita ed il potere sanzionatorio ha la funzione di indurre il professionista a non compiere ulteriori infrazioni*”.

## Impegni

### Potere discrezionale dell'Autorità

Il Consiglio di Stato, sul presupposto che l'istituto degli impegni si caratterizza per una valenza fortemente derogatoria alle regole generali del procedimento sanzionatorio, ha confermato l'orientamento del Giudice di primo grado circa la sussistenza di un'ampia discrezionalità dell'Autorità nell'accogliere o respingere le proposte di impegni (sentenza n. 3511 del 9 giugno 2011, *ENI Prezzi bloccati elettricità*).

La discrezionalità dell'Autorità si estrinseca: a) nell'accertare se il caso per la sua gravità intrinseca e per la natura manifesta della scorrettezza accertata, merita in ogni caso la finalizzazione del procedimento sanzionatorio (inibita dall'accettazione degli impegni); b) nella valutazione dei contenuti specifici della dichiarazione espressiva dello *ius poenitendi*.

Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, *“l'Autorità ha valutato coerentemente l'opportunità di dare seguito al procedimento di infrazione proprio in ragione della particolare pericolosità della condotta contestata (in un mercato da poco aperto alla concorrenza) e della consequenziale efficacia conformativa (oltre che deterrente) che l'applicazione di una sanzione amministrativa genera tra gli operatori del settore”*.

Il Giudice di secondo grado, con la sentenza n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*, ha sottolineato che *“la presentazione degli impegni avviene in una fase embrionale del procedimento e il parametro valutativo deve essere contestualizzato non con riferimento alla conclusione del procedimento, ma secondo il criterio della c.d. prognosi postuma, tenendo conto dei dati in possesso dall'Autorità al momento in cui furono presentati gli impegni e del progredire dell'istruttoria che era lecito aspettarsi al momento in cui la proposta fu avanzata e respinta [...]”*. La valutazione sulla gravità e idoneità dell'impegno proposto a rimuovere l'illegittimità va fatta avendo presente il quadro probatorio acquisito al momento in cui pervenne la richiesta di accettazione degli impegni.

La discrezionalità nella valutazione degli impegni è stata confermata dal TAR (sent. nn. 448 e 449 del 18 gennaio 2011, *Coincard*) che ha evidenziato come, analogamente ai casi antitrust *“la decisione con impegni comporta una valutazione ampiamente discrezionale da parte dell'Autorità, tenuto conto del fatto che l'accettazione degli impegni non produce quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione”*. Al riguardo *“la peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero la necessità di stabilire dei 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, giustifica di per sé il rigetto degli impegni, attese le finalità di interesse pubblico connesse all'accertamento dell'eventuale infrazione”*.

### Termine per la presentazione degli impegni

Con riguardo alla natura del termine per la presentazione degli impegni previsto dalla norma regolamentare che in più occasioni la giurisprudenza del

TAR ha definito di carattere ordinatorio/sollecitatorio, il Consiglio di Stato, in una isolata sentenza, si è espresso nel senso contrario, ritenendo invece la natura perentoria di detto termine. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *“la perentorietà del termine di presentazione degli impegni ben si inquadra sia con la funzione deflattiva dell’istituto sia con la funzione lato sensu premiale, essendo da stimolo per il destinatario - laddove il professionista possa preconizzare un esito a se sfavorevole del procedimento - a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione dell’istruttoria”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 4737 del 9 agosto 2011, *Consiglio nazionale del notariato*).

### *Impegni e pratiche commerciali manifestamente scorrette e gravi*

L’unico limite all’esercizio del potere discrezionale è costituito dai casi di manifesta scorrettezza e gravità, per i quali la decisione di accettazione degli impegni non è ammissibile.

Il TAR ha poi confermato l’orientamento secondo cui il ricorso all’istituto degli impegni è limitato alle fattispecie di pratiche scorrette di maggiore tenuità e minore impatto socio-economico, stante l’espressa esclusione per le ipotesi di pratiche manifestamente gravi e scorrette (TAR Lazio, n. 7129 del 7 settembre 2011, *Auchan prodotti in offerta non disponibili*). Pertanto, se l’amministrazione procedente valuta, nell’esercizio della propria discrezionalità tecnica, che la pratica commerciale possa ritenersi manifestamente grave e scorretta, la stessa deve rigettare gli impegni proposti (TAR Lazio, sentenza n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*).

Lo stesso Collegio ha ribadito inoltre che *“la percezione della gravità della pratica commerciale, insomma, costituisce un parametro che, se individuato, inibisce l’accettazione degli impegni vincolando la decisione dell’amministrazione, né tale prognosi può costituire vizio dell’atto di diniego in quanto, se il procedimento si conclude senza che sia accertata alcuna violazione o comunque senza l’irrogazione di alcuna sanzione, nulla quaestio, mentre, se il procedimento si conclude, come nel caso di specie, con l’accertamento di un’infrazione, cui segue l’irrogazione di una sanzione, le eventuali censure relative alla sussistenza dell’illecito ed al giudizio di gravità possono essere utilmente proposte avverso tale provvedimento, ma non refluiscono in un vizio di legittimità dell’atto di rigetto degli impegni che, al momento della sua adozione, è stato logicamente adottato e congruamente motivato”*.