

## Sviluppi giurisprudenziali

### Profili Sostanziali

#### Rapporti tra Codice del Consumo e discipline speciali

Nel corso del 2013 il Tar ha continuato a seguire, nel settore delle comunicazioni elettroniche, l'orientamento affermato dal Consiglio di Stato nelle Adunanze Plenarie del 2012, ritenendo - in base al principio di specialità - applicabile in luogo del *Codice del Consumo*, le disposizioni della disciplina settoriale, costituita *in primis* dal *Codice delle Comunicazioni* sul cui rispetto vigila, con poteri sanzionatori, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Il giudice ha confermato tale orientamento anche dopo l'intervento normativo di cui all'art. 23 comma 12 *quinqüesdecies* del d.l. 6 luglio 2012, convertito dalla legge 7 agosto (Tar Lazio, 30 ottobre 2013 n. 9259 *Okwit - Tekka*; in senso conforme: Tar Lazio, 18 luglio 2013 n. 7273, *Buongiorno - promozione via internet e via sms*; Tar Lazio, 22 luglio 2013 n. 7442, *David2 - servizio in abbonamento*; Tar Lazio, 22 luglio 2013 n. 7464, *David2 - servizio in abbonamento*).

Anche nel settore assicurativo, sebbene in un'unica occasione, il Tar ha ritenuto applicabile per la tutela del consumatore la normativa settoriale costituita dal Codice delle Assicurazioni private che attribuisce all'Autorità di regolazione - ISVAP una generica competenza nella materia delle assicurazioni private con poteri interdittivi, sanzionatori e prescrittivi. È stata pertanto esclusa, in materia di tutela del consumatore, l'applicazione delle norme generali del *Codice del Consumo* e affermata la competenza dell'ISVAP (Tar Lazio, 17 gennaio 2013 n. 535, *Zurich*).

#### Nozione di professionista

Il giudice ha ribadito che la qualifica di professionista in un'accezione ampia che garantisca l'effetto utile della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette deve essere riconosciuta a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale. Ad avviso del giudice tale interpretazione si pone in un rapporto di continuità rispetto alla giurisprudenza e alla prassi applicativa sviluppatasi nell'ambito della previgente disciplina della pubblicità ingannevole, che riconosceva nel vantaggio diretto proveniente da un'iniziativa promozionale un elemento idoneo alla qualificazione di operatore pubblicitario (Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 106, *Poste shop*).

#### Diligenza professionale

Si consolida ulteriormente l'orientamento dal Consiglio di Stato

(C.d.S., 17 febbraio 2012 n. 853, *Telecom*) secondo cui la violazione delle regole di diligenza e correttezza deve essere valutata in relazione alla fattispecie concreta e sulla base del normale grado di attenzione e competenza connesso alla specifica attività svolta. Il Giudice in particolare ha affermato che sussiste in capo al professionista un obbligo “*di corretta, esaustiva ed inequivoca informazione in merito alle proprietà, ai vanti prestazionali e alle indicazioni d’uso circa i prodotti oggetto di pubblicità*”. Peraltro, nel caso di specie, l’adozione da parte del professionista dei correttivi suggeriti dallo I.A.P., stante il permanere dei profili di illiceità dei messaggi pubblicitari come individuati ai sensi delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, “*non offriva comunque elementi a favore di una valutazione positiva dell’operato della ricorrente in termini di diligenza. Il professionista, infatti, avrebbe comunque dovuto porre in essere tutti gli accorgimenti necessari al fine di evitare che, nella percezione dei consumatori, l’efficacia e le possibilità di impiego dei prodotti fossero equivocate o sovrastimate*” (Tar Lazio, 8 marzo 2013 n. 2481, *Alpecin*).

### Pratiche commerciali scorrette

#### *Nozione di pratica commerciale*

In linea con l’orientamento del Consiglio di Stato (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2012, n. 4753) il giudice di primo grado ha affermato che per integrare una pratica è sufficiente che si tratti di una “prassi” e che questa sia rivolta *in incertam personam*, sicché l’elemento materiale della pratica commerciale scorretta può estrinsecarsi anche in condotte che siano nei fatti soggettivamente identificabili, senza necessità che la stessa debba essere rivolta a una pluralità di consumatori, o clienti, dell’impresa, ovvero concretarsi in condotte reiterate nel tempo, potendo tale dato tutt’al più rilevare quale criterio di valutazione della gravità oggettiva della condotta e del grado di colpevolezza in sede di determinazione dell’entità della sanzione (Tar Lazio, 5 agosto 2013 n. 7837, *Banca Mediolanum*).

#### *Nozione di pregiudizio economico*

Il Tar ha ribadito quanto già affermato da consolidata giurisprudenza amministrativa (C.d.S., sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1813) circa la natura di illecito di mero pericolo dell’illecito consumeristico, posto che l’illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle disposizioni del *Codice del Consumo*, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole per le ragioni dei consumatori, quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva per le scelte che questi ultimi devono poter porre in essere fuori da condizionamenti o orientamenti decettivi. Non sussiste pertanto la necessità di analisi dei concreti effetti pregiudizievoli prodotti dalla pratica commerciale, es-

sendo invece sufficiente che, sulla base di un giudizio prognostico, la stessa sia ritenuta idonea a incidere potenzialmente sulle scelte dei consumatori. Ne consegue che la mancanza di effetti dannosi per i consumatori derivanti dalla pratica commerciale sanzionata, come desumibile dalla presenza di un solo consumatore che ha sollevato lamentele, non costituisce elemento idoneo a elidere il carattere di scorrettezza della pratica. Pertanto gli effetti della condotta, che si pongono in definitiva al di fuori della struttura dell'illecito, possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante (Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 106, *Poste Shop*; Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 104, *Postemobile* e Tar Lazio, 4 febbraio 2013 n. 1177, *Casafin*).

### Valutazione dell'ingannevolezza

#### *Claim nutrizionali*

Nel settore alimentare il Tar ha confermato il principio secondo cui l'onere di chiarezza e di completezza delle informazioni non può non riguardare, *in primis*, la presentazione di un elemento cruciale nella scelta di acquisto dei consumatori, quale la composizione nutrizionale di un prodotto alimentare chiarendo, ad esempio, che l'affermazione circa l'assenza di zucchero in un prodotto è ingannevole allorché detto prodotto si caratterizzi per la mancata aggiunta di zucchero e non per la sua assenza (Tar Lazio, 4 luglio 2013 n. 6596, *Zuegg - Preparazione a base di frutta senza zuccheri aggiunti*).

Con particolare riferimento alle indicazioni nutrizionali comparative volte a enfatizzare il minore contenuto di grassi nel prodotto pubblicizzato, il Tar ha ribadito la corretta applicazione da parte dell'Autorità del Regolamento CE n. 1924/2006 (c.d. Regolamento *claims*). Più nello specifico, e avuto riguardo alle indicazioni comparative, il giudice condivide le valutazioni di scorrettezza della pratica in relazione all'assenza di una chiara indicazione dei prodotti oggetto di comparazione, in quanto *“Non v'è dubbio [...] che la rilevata genericità o assenza di alcun termine di paragone rispetto al claim nutrizionale utilizzato, così come la assenza di pari risalto grafico delle indicazioni comparative costituisca comportamento negligente dell'impresa e, conseguentemente, rientri nel campo di applicazione delle disposizioni richiamate”*.

Nella medesima sentenza, il Tar ha rilevato che non sussistono elementi giustificativi *“per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE in merito alla interpretazione di cui all'art. 9 del Regolamento CE n. 1924/2006 - se, cioè, l'art. 9 debba essere interpretato nel senso di imporre all'operatore che adotti un claim nutrizionale di inserire nel medesimo spazio del supporto media utilizzato con chiarezza e nella medesima enfasi grafica, cromatica e dimensionale il ter-*

*mine di paragone rinviando, eventualmente, al sito internet del professionista per il dettaglio delle stesse informazioni - poiché si tratta di un caso in cui la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione sollevata (Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2011, n. 896)” (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8313, Colussi basso contenuto di grassi/meno grassi).*

Il giudice di primo grado con riferimento a un prodotto a base di frutta, richiamata la pronuncia del Consiglio di Stato su un caso analogo (sentenza n. 3901 del 4 luglio 2012, *Plasmon*), ha confermato le valutazioni di scorrettezza dell’Autorità circa l’impossibilità di qualificare il succo di frutta concentrato come mera frutta senza acqua. Nella sentenza si afferma che “*la corretta informazione al consumo deve tenere presente il parametro medio di conoscenze esistente tra il pubblico dei consumatori*”, pertanto, “*pure al di là dell’opinabilità delle tesi sul rapporto tra lo zucchero e il succo di frutta concentrato, risulta effettivamente ingannevole nascondere comunque al consumatore l’esistenza di quest’ultimo ingrediente, e anzi utilizzare claims quali “senza zuccheri aggiunti”, che fanno intendere altre composizioni*” (Tar Lazio, 4 luglio 2013 n. 6596, *Zuegg - Preparazione a base di frutta senza zuccheri aggiunti*).

#### *Garanzia legale dei prodotti di consumo*

Il Consiglio di Stato, con riferimento alla garanzia legale di conformità dei prodotti di consumo, ha riaffermato importanti principi in ordine agli oneri del venditore. Il giudice, richiamando le previsioni normative - articoli 128-135 del *Codice del Consumo* - concernenti la “*garanzia legale di conformità*” del bene di consumo venduto, obbligatoria per legge in capo al venditore, e la “*garanzia convenzionale ulteriore*”, aggiuntiva alla precedente e assunta autonomamente dal venditore, ha ribadito la necessità che nell’offerta della garanzia convenzionale - proposta dal venditore - debba essere precisato che “*il consumatore è titolare dei diritti previsti dal presente paragrafo e che la garanzia medesima lascia impregiudicati tali diritti (art. 133, comma 2, lett. a), affinché egli non sia indotto a ritenere che la garanzia convenzionale escluda quella legale*” (C.d.S., 5 agosto 2013 n. 4085, *Concessionarie Bettini*).

#### *Omissioni rilevanti*

Ad avviso del giudice, l’assenza di indicazioni sul TAEG costituisce un’omissione di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale (Tar Lazio, 4 febbraio 2013 n. 1177, *Casafin*).

In una pronuncia relativa all'offerta promozionale di un'automobile il Tar ha confermato la decisione di ingannevolezza del messaggio pubblicitario consistente nella diffusione di un *claim* principale recante la dicitura "tasso zero", poi contraddetto nella nota legale figurante nei diversi spot pubblicitari ove si individuano TAN e TAEG superiori allo zero. A parere del giudice è evidente che il consumatore non può desumere solo dalla lettura dei *claim* principali l'offerta promozionale relativa all'acquisto dell'autovettura con pagamento rateale, poiché tale offerta prevede numerose variabili, che vanno dai tassi di finanziamento, al massimo importo finanziabile, le quali peraltro differiscono da autovettura ad autovettura. Nel caso di specie, tuttavia, tutte le condizioni limitative dell'offerta commerciale apparivano alla fine degli spot, e in ragione dello spazio a esse dedicato - in termini di durata e di dimensione dei caratteri utilizzati - risultavano di fatto incomprensibili anche a uno spettatore molto attento. Il giudice ha pertanto valutato come *"la piena intellegibilità di tale indicazione [...] risulta necessaria in considerazione del fatto che le informazioni riportate nel legal sono idonee a modificare la percezione del potenziale acquirente in merito all'esatto contenuto ed alla convenienza dell'offerta pubblicizzata mitigando fortemente il tenore della stessa risultante dal combinato disposto del claim principale"* (Tar Lazio, 18 gennaio 2013 n. 561, Volkswagen Group Italia Spa).

#### *Pubblicità Occulta*

Si confermano alcuni importanti principi valutativi in materia di pubblicità redazionale laddove il Tar afferma che in presenza di un acclarato rapporto di committenza tra l'inserzionista e il proprietario del mezzo di diffusione, le modalità grafiche della rubrica dovrebbero essere tali da consentire un'evidente percezione del messaggio quale pubblicità distinguendolo dalle altre forme di comunicazione al pubblico.

La percepibilità della natura promozionale dell'inserzione viene meno in assenza di una dicitura in grado di esplicitare puntualmente la finalità promozionale perseguita dall'inserzionista e in mancanza di indicatori alternativi in merito alla natura pubblicitaria della rubrica oggetto di sanzione. La sentenza sottolinea come la semplice presenza di un riquadro che riporta la mera specificazione che la rubrica è curata da esperti di una compagnia telefonica accompagnata dal marchio - peraltro non presente in tutte le pubblicazioni - non appare tale da rendere evidente la finalità pubblicitaria anche in considerazione del fatto che, *"il coinvolgimento di esperti di un ben identificato operatore telefonico potrebbe essere inteso come una mera attività di consulenza senza che ad essa si accompagni la finalità di enfatizzare e promuovere il marchio di appartenenza"* (Tar Lazio, 28 marzo 2013 n. 3210, Rcs Periodici Spa).

*Modalità di Presentazione dell'offerta*

Il Tar ha confermato l'orientamento per cui l'ingannevolezza di un messaggio può essere ravvisata in relazione a qualsiasi contesto informativo e può discendere anche dalle “*sole modalità di presentazione dell'offerta*” laddove le stesse si pongano in contrasto con la *ratio* e l'ampia portata della disciplina di tutela dei consumatori. Ciò vale, in particolare, qualora il messaggio contenga vanti di efficacia suscettibili di rendere la reale portata dell'offerta di non chiara e immediata percezione da parte del consumatore in virtù dell'omissione o della più difficile comprensione di elementi essenziali dell'offerta che ne limitano la portata. Nell'esame della fattispecie viene in rilievo il principio secondo cui “*se, quindi, appare lecito fornire dati comprovanti le affermazioni inerenti le caratteristiche del prodotto al fine di evitare di incorrere in deficit informativi, non risulta allo stesso modo legittimo l'utilizzo di dati statistici e scientifici allo scopo di esaltare inesistenti qualità terapeutiche del prodotto stesso*”. (Tar Lazio, 8 marzo 2013 n. 2481, *Alpecin*).

*Completezza informativa del messaggio fin dal primo contatto*

Sul piano della valutazione dell'ingannevolezza della presentazione del prodotto o del servizio il Tar ha confermato l'orientamento secondo il quale grava sul professionista l'onere di rendere disponibili tutte le informazioni rilevanti ai fini dell'adozione di una scelta consapevole. Tali informazioni devono essere disponibili sin dal primo contatto pubblicitario, essendo la verifica di correttezza rivolta al messaggio in sé e alla sua intrinseca idoneità a condizionare le scelte dei consumatori, indipendentemente dalle informazioni rese note in un diverso contesto, e quindi, a effetto promozionale ormai prodotto, sulla base del principio della c.d. autosufficienza informativa (Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 106, *Poste Shop* e Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 104, *Postemobile*).

In altra decisione attinente il settore finanziario trova conferma presso il giudice di primo grado il principio secondo cui 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, a effetto promozionale già avvenuto. In tal senso il giudice ha rilevato come l'assenza di puntuali indicazioni in ordine al TAEG, non consentendo al consumatore di effettuare un'adeguata valutazione dell'effettiva convenienza dell'offerta, è senz'altro idonea a determinare un effetto di “aggancio” dei consumatori e, quindi, il contatto dei medesimi, sicché la pratica è potenzialmente idonea a pregiudicare il comportamento economico degli stessi (Tar Lazio, 4 febbraio 2013 n. 1177, *Casafin*).

### *Asimmetria informativa*

Nel settore della telefonia, il Tar ha confermato che sussiste una significativa asimmetria informativa tra professionista e consumatore, che impone un rafforzamento dell'onere di chiarezza e completezza informativa in capo al primo (Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 106, *Poste Shop*).

Si consolida anche nel settore finanziario il principio secondo cui l'obbligo più stringente di completezza e di chiarezza delle informazioni veicolate consegue alla rilevante asimmetria informativa riscontrabile nell'ambito della commercializzazione dei servizi finanziari (Tar Lazio, 4 febbraio 2013 n. 1177, *Casafin*).

### *Servizi opzionali*

Nel settore del trasporto marittimo, il Consiglio di Stato - pur avendo confermato la sentenza di primo grado (Tar Lazio, n. 5695/2009) secondo la quale non è da considerarsi scorretto porre in capo al consumatore l'onere di deselezionare l'opzione di acquisto della polizza assicurativa per fattispecie verificatesi prima dell'entrata in vigore del Regolamento CE 1008/ 2008 - ha fornito chiare indicazioni per le pratiche poste in essere nella vigenza di tale atto. In particolare, si è espresso per la necessaria prestazione esplicita del consenso mediante *opt in* e non tacita con *opt out*, affermando per il futuro la regola della scorrettezza in sé di siffatte pratica commerciale (C.d.S., 4 marzo 2013 n.1259, *Moby-torni gratis*).

### **Pratiche commerciali aggressive**

Nel settore bancario il giudice di primo grado ha ritenuto configurabile come pratica aggressiva la condotta ostruzionistica tenuta da Mediolanum S.p.a. nell'ambito delle operazioni di estinzione dei conti correnti, in quanto espletate con tempistiche lunghe e non prevedibili dai consumatori ai quali vengono addebitati i costi connessi alla tenuta del conto corrente sino alla data di estinzione contabile del rapporto.

Si conferma un consolidato orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368) secondo il quale anche comportamenti successivi alla vendita del prodotto (nel caso di specie, relativi alla estinzione dei conti correnti) possano costituire pratiche commerciali scorrette; in altri termini, la legge impone al professionista l'obbligo di correttezza anche nelle fasi successive alla stipula del contratto e, quindi, anche nell'ambito delle vicende estintive. Nello specifico la condotta con la quale si impedisce al correntista di interrompere il proprio rapporto contrattuale con la Banca, dilazionando in modo ingiustificato i tempi di chiusura del conto, agisce sul piano della libera determinazione da parte del consumatore di dirigere la propria scelta con-

trattuale nei confronti di un altro professionista e, dunque, sul piano della decisione commerciale.

Osserva il giudice che se è vero, dunque, che non qualsiasi inadempimento a obbligazioni negoziali possa o debba sempre e comunque costituire una pratica commerciale scorretta, appare evidente che *“allorquando 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, od inesatto adempimento reprimibile in via (esclusivamente) negoziale ai sensi degli artt. 1176, 1453 del codice civile, ma, ove sussista il pericolo - come nella fattispecie in oggetto - di uno sviamento della scelta commerciale del consumatore la fattispecie integra pienamente (anche) quella della pratica commerciale scorretta (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4800)”* (Tar Lazio, 5 agosto 2013 n. 7837, *Banca Mediolanum*).

In altra sentenza concernente la promozione a domicilio di opere editoriali cartacee (e/o tecnologiche), il giudice di prime cure ha affermato come le tecniche di vendita impiegate da alcuni agenti Motta fossero riprovevoli, spesso prossime a veri e propri raggiri in quanto facevano credere che il bene ceduto - opere editoriali in più volumi, integrate o meno da supporti multimediali, informatici e di rete - avrebbe potuto essere rivenduto, dopo qualche tempo, con profitto alla Motta ovvero a terzi: in sostanza presentando come un sicuro investimento quello che costituisce invece l'acquisto di un bene godibile, ma improduttivo.

Prosegue il Tar che, comunque, *“se anche non giunti alla frode espressa, i venditori, incuranti tanto delle vigenti norme di tutela dei consumatori, quanto delle più elementari regole di correttezza - civile, prima che commerciale - hanno adottato condotte aggressive ed invasive per ottenere, anche profittando di consumatori deboli, per età avanzata o altro, la stipula del contratto e le proprie provvigioni”* (Tar Lazio, 15 ottobre 2013 n. 8838, *Federico Motta Editore*).

### **Profili Sanzionatori**

#### **Proporzionalità della sanzione**

Il Tar in linea con un orientamento ormai consolidato (sentenza C.d.S n. 4391 del 20 luglio 2011, *Mediamarket*) ha ribadito come il principio di proporzionalità della sanzione costituisce corollario di quello di ragionevolezza e di parità di trattamento, aventi rango costituzionale fondamentale. Tale principio si articola, ad avviso del giudice, nei distinti profili inerenti l'idoneità, ovvero il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito, risultando in virtù di tale parametro legittimo l'esercizio del potere se la



soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo; la necessarietà, ovvero l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo, dovendo in virtù di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei cadere su quella che comporti il minor sacrificio; l'adeguatezza, ovvero la tollerabilità della restrizione per il privato, risultando, in virtù di tale parametro, legittimo l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi. (Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 104, *Poste Shop*).

### Disparità di trattamento

Il Tar ribadisce l'ormai consolidato orientamento (tra le altre C.d.S., 9 giugno 2011 n. 3511, *Prezzi bloccati elettricità*) secondo il quale *“la eventuale sussistenza del vizio di disparità di trattamento rispetto ad un diverso professionista nell'ambito di un differente procedimento per fattispecie analoga, postula in ogni caso l'identità (o almeno la totale assimilabilità) delle situazioni di base poste a raffronto (Tar Lazio, I, 19 maggio 2010, n. 12325) e la completa sovrapponibilità di tutti gli elementi di rilievo delle fattispecie sanzionate (Tar Lazio, I, 13 dicembre 2010, n. 36114; 13 dicembre 2010, n. 36112; 22 novembre 2010, n. 33791; 9 agosto 2010, n. 30466), mentre l'autonomia di ogni singolo accertamento dell'Autorità circa l'esistenza di profili di scorrettezza di pratiche commerciali e la “contestualizzazione” della valutazione delle stesse a fini di determinazione delle pertinenti conseguenze sanzionatorie, determinano una preclusione alla suggerita indagine comparativa, la quale richiederebbe una oggettiva verifica della completa sovrapponibilità delle fattispecie sanzionate, concretamente non percorribile”* (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8309, *Expedia*)

### Rilevanza dell'elemento soggettivo

Nella valutazione della imputabilità della condotta, il giudice ha ritenuto dirimente lo stato soggettivo di buona fede in cui il professionista versava, non avendo partecipato alla predisposizione del messaggio pubblicitario, ma solo alla sua diffusione, dopo che il produttore aveva in precedenza ampiamente pubblicizzato il prodotto a livello internazionale senza che ne derivassero reazioni istituzionali. Il giudice ha pertanto ritenuto *“comprensibile e ragionevole l'affidamento fatto dalla ricorrente sulla legittimità e non ingannevolezza della pubblicità che solo in questa circostanza e nei suoi confronti veniva contestata”* e, di conseguenza, ha ritenuto applicabili i principi generali del diritto sanzionatorio amministrativo, e in particolare dell'art. 3 della l. n. 681/1989, giusta il quale *“nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è*

*responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa*" (Tar Lazio, 23 gennaio 2013 n. 748, *Rivolta Spa*).

In altra sentenza il Tar ha valutato che l'eventuale addebitabilità a terzi di un eventuale refuso nella pubblicazione della parte fotografica del messaggio non possa determinare la elisione della responsabilità in capo al professionista beneficiario del messaggio sussistendo pur sempre, in capo allo stesso, *"il dovere di diligenza professionale che impone la verifica della veridicità delle informazioni contenute nella comunicazione promozionale"*. (Tar Lazio 8 marzo 2013 n. 2481, *Alpecin*)

### Cumulo materiale delle sanzioni

Il Consiglio di Stato ha confermato che, in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, trova applicazione il criterio del cumulo materiale di sanzioni, rilevando contestualmente l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, essendo quest'ultima già stata affrontata e dichiarata manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 280/1999 (C.d.S., 4 marzo 2013 n. 1259, *Moby-torni gratis*).

### Gravità della pratica

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che nel settore del turismo l'informazione sulla gratuità del viaggio di ritorno contenuta nell'offerta *"Vai in Sardegna o Corsica e TORNI GRATIS"* sia idonea di per sé a generare nel consumatore una specifica percezione di convenienza dell'offerta. Nella stessa sentenza il giudice afferma come, il richiamo del connesso pagamento di *"solo tasse diritti e supplementi"* in ragione della minore evidenza grafica, non sia tale da equilibrare la forza attrattiva del preminente messaggio della gratuità, cosicché al consumatore è indirizzato un messaggio nell'ambito del quale le componenti per l'individuazione delle condizioni complete dell'offerta e del suo prezzo complessivo devono essere ricostruite. Ad avviso del giudice, è possibile chiedere a un consumatore ragionevolmente avveduto di procedere a tale ricostruzione, purché le dette componenti siano acquisibili in un unico contesto, nell'ambito del quale non può comparire l'indicazione fuorviante del termine *"Gratis"*, se l'offerta è soggetta a obblighi tariffari e a limitazioni ulteriori. La non immediata e completa percepibilità degli elementi dell'offerta rendono non chiaro il prezzo della promozione e dunque ingannevole il messaggio con una valutazione *"non esentabile dalla connotazione della gravità"* (C.d.S., 4 marzo 2013 n. 1259, *Moby-torni gratis*).

### Dimensione economica del professionista

Il Consiglio di Stato ha ribadito che con il riferimento dell'art. 11 della legge n. 689 del 1981 alle condizioni economiche dell'agente viene affermato un principio generale di proporzionalità e che le condizioni economiche di un soggetto societario devono riferirsi anzitutto alla sua dimensione economica. Su tale presupposto il Collegio conferma che la dimensione economica del professionista, e perciò il suo fatturato, è l'elemento prioritariamente rilevante da assumere per la determinazione della sanzione pecuniaria rilevando altresì come esso non costituisce sempre l'elemento necessariamente di per sé sufficiente, rientrando nel complesso delle "condizioni economiche" anche la ponderazione del risultato di utile o di perdita di esercizio nel cui quadro la sanzione viene comminata (C.d.S., 5 agosto 2013 n. 4085 *Concessionarie Bettini*).

Sui criteri di quantificazione della sanzione il giudice ha riaffermato che la dimensione economica dell'impresa non debba riferirsi esclusivamente al fatturato afferente le linee di produzione oggetto di promozione, bensì alla complessiva dimensione e potenzialità economica dell'impresa (Tar Lazio, 4 luglio 2013 n. 6596, *Zuegg - Preparazione a base di frutta senza zuccheri aggiunti*).

Si consolida l'orientamento presso il giudice di primo grado secondo il quale la valutazione della dimensione economica e dell'importanza del professionista risponde a due diverse finalità in quanto volta, da un lato, a garantire l'effettiva efficacia deterrente della sanzione pecuniaria secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza e, dall'altro, concorre a delineare la gravità della condotta nella considerazione che la dimensione economica del professionista, la sua notorietà - e conseguente credibilità - e la sua posizione nel mercato rendono più efficace la comunicazione pubblicitaria aggravandone la valenza lesiva (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8313, *Colussi basso contenuto di grassi/meno grassi*).

Pertanto, la coerente e corretta applicazione dei parametri di proporzionalità e ragionevolezza della sanzione non può prescindere dalla valutazione della dimensione economica del professionista al fine di garantire l'adeguatezza e proporzionalità della sanzione, la quale, conseguentemente, non può che essere parametrata al fatturato o all'incidenza del prodotto cui la condotta si riferisce (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8313, *Colussi basso contenuto di grassi/meno grassi*).

### Appartenenza al gruppo

Il Tar ha ritenuto coerente con l'applicazione dei criteri dettati dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981 parametrare il giudizio di gravità della con-

dotta, oltre che alla dimensione economica del professionista, anche all'importanza del gruppo societario di appartenenza (Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 104, *Poste Shop*).

Il principio ha trovato conferma in molte altre pronunce nelle quali lo stesso giudice ha valutato sulla base di orientamenti consolidati (Cons. Stato, 12 luglio 2011, n. 4202) come l'importanza e la dimensione economica di una società parte di un gruppo, pur se a essa è riferibile un proprio autonomo bilancio, è di certo maggiore di quella di una società avente un identico bilancio ma non appartenente ad alcun gruppo (Tar Lazio, 8 marzo 2013 n. 2481, *Alpecin*; Tar Lazio, 4 luglio 2013 n. 6596, *Zuegg - Preparazione a base di frutta senza zuccheri aggiunti*).

### Capacità di penetrazione della pratica

Si consolida l'orientamento secondo cui la veicolazione della pubblicità attraverso messaggi a stampa sui principali quotidiani e riviste a tiratura nazionale, nonché sul sito internet, sia una modalità atta a raggiungere "una platea sterminata di utenti e tale da determinare una vasta diffusione del messaggio con conseguente aggravamento della condotta oggetto di sanzione (cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2099)". (Tar Lazio, 8 marzo 2013 n. 2481 *Alpecin*).

Il Giudice di primo grado si è espresso ritenendo proporzionata la sanzione che ha tenuto conto dell'ampiezza della campagna promozionale (spot e internet). Diversamente, ha valutato come ininfluyente, ai fini della quantificazione dell'ammenda, l'incidenza dei prodotti reclamizzati nell'ambito della complessiva attività della società ricorrente (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8313, *Colussi basso contenuto di grassi/meno grassi*).

Sempre sotto il profilo dell'ampiezza della pratica come indice di gravità, il Giudice ritiene valutabili la percentuale (6%) dei reclami aventi a oggetto il profilo oggetto della condotta scorretta relativo nel caso di specie all'estinzione dei conti correnti (Tar Lazio, 5 agosto 2013 n. 7837, *Banca Mediolanum*).

### Circostanze attenuanti

Ad avviso del giudice di primo grado la mera sostituzione del messaggio non incide sulla sussistenza storica dell'illecito e dei suoi effetti sul consumatore, restando comunque accertata la diffusione per un certo tempo di un messaggio idoneo a indurre in errore il consumatore su una delle caratteristiche principali del prodotto, quale la sua composizione; tali modifiche possono al più essere considerate in sede di quantificazione della sanzione. (Tar Lazio, 4 luglio 2013 n. 6596, *Zuegg - Preparazione a base di frutta senza zuccheri aggiunti*; Tar Lazio 17 settembre 2013 n. 8313, *Colussi basso contenuto di grassi/meno grassi*).

Il Consiglio di Stato ha evocato tra gli elementi valutabili in sede di quantificazione della sanzione alcuni comportamenti non qualificandoli tuttavia come “attenuanti”. In particolare, il giudice ha affermato che anche in presenza di comportamenti gravi adottati dal professionista, ai fini della valutazione della proporzionalità delle sanzioni, si possano altresì considerare la non contestata assenza di precedenti procedimenti a carico per pratiche commerciali scorrette, l'intervenuto ristoro dei danni subiti dagli acquirenti e l'avvio di una pratica operativa che, pur non qualificabile quale “impegno” in senso proprio pone le premesse per comportamenti idonei, assumendo tutto ciò quale contesto per una ulteriore valutazione dello specifico elemento delle condizioni economiche delle società in questione, come altresì disposto dell'art.11 della l. n. 689 del 1981 (C.d.S., 5 agosto 2013 n. 4085, *Concessionarie Bettini*).

#### Circostanze aggravanti

Il giudice conferma la configurabilità quale circostanza aggravante del fatto che il professionista sia già stato destinatario di altri provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione delle disposizioni del Codice del Consumo in materia di pratiche commerciali scorrette. La recidiva quale circostanza aggravante, *“non presuppone che il professionista abbia già commesso la medesima pratica commerciale oggetto del procedimento successivo; la sanzione, infatti, deve essere rapportata, tra l'altro, alla “personalità” dell'agente, alla cui ricostruzione, per consolidata giurisprudenza, concorrono appunto anche gli illeciti afferenti al settore genericamente interessato dalla violazione ascrittagli (così, ad esempio, TAR Lazio, 9 agosto 2010, n. 30421; Cass., sez. I<sup>^</sup>, 28 maggio 1990, n. 4970)”* (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8313, *Colussi basso contenuto di grassi/meno grassi*).

#### Perdite di bilancio

Il Consiglio di Stato, con riguardo alla quantificazione della sanzione, esprime l'orientamento secondo cui non possa derivare alcuna incidenza riduttiva della sanzione dalle condizioni economiche del soggetto sanzionato, in quanto lo stesso, che peraltro non aveva allegato in fase di avvio del procedimento alcun elemento inerente la propria condizione economica, non ha prodotto in giudizio alcuna prova della propria capacità economica, *“quindi, con difetto d'idonea documentazione e comprovate deduzioni al riguardo; a sopperire a tali mancanze non possono valere le considerazioni proposte con l'appello né il preteso mancato deposito documentale da parte dell'Agenzia né il risultato di proporzioni matematiche né la produzione solo in questo secondo grado - con correlativa inammis-*

*sibilità - di documentazione fiscale e contabile” (C.d.S., 18 aprile 2013 n. 2143, Gruppo Intermedia).*

#### **Misure Accessorie - Dichiarazione Rettificativa**

Secondo il Consiglio di Stato la pubblicazione sulla stampa di un estratto della delibera, assolve la funzione della misura prevista dall'art. 27, comma 8, del *Codice del Consumo* che è quella di “*impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti*”, e che nel caso di specie (in cui si trattava di vendita di auto usate che indicavano nel quadro strumenti un chilometraggio inferiore rispetto a quello effettivo), sussisteva la necessità “*di rendere al meglio nota la circolazione di mezzi esposti a possibili rischi*” (C.d.S. 5 agosto 2013 n. 4085, *Concessionarie Bettini*).

#### **Profili Procedurali**

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

Il Consiglio di Stato ha confermato il consolidato orientamento secondo cui l'atto di avvio non risulta carente se non indica puntualmente gli articoli del *Codice del Consumo* che si assumono violati, ritenendo sufficiente che il provvedimento di avvio metta in grado il destinatario di apprestare difese pertinenti, informandolo dei comportamenti contestati e del quadro normativo di riferimento; ciò comporta che può essere sufficiente una specificazione dei fatti e del contesto normativo per consentire al professionista (che si suppone edotto del quadro giuridico in cui opera) di rendersi conto della eventuale violazione di norme ulteriori, che appare ipotizzabile sulla scorta di quanto contestato. Il giudice pertanto ha affermato che, in talune fattispecie, soltanto all'esito dell'istruttoria è possibile puntualizzare definitivamente tutte le norme in effetti violate (C.d.S., 5 agosto 2013 n. 4085, *Concessionarie Bettini*).

In modo conforme si è espresso il giudice di primo grado affermando come alcuna lesione del diritto di partecipazione e di difesa procedimentale sia riscontrabile laddove nella rituale comunicazione di avvio del procedimento siano contenuti tutti gli elementi idonei a consentire la comprensione, da parte del destinatario, dello specifico oggetto della verifica avviata dall'Autorità e della precipua scelta istruttoria effettuata (Tar Lazio, 21 gennaio 2013 n. 676, *Solari Bionike defence sun*).

##### **Tutela del contraddittorio**

Il Consiglio di Stato ha affermato che, nel valutare la possibilità per le

imprese convenute di dispiegare nel procedimento difese efficaci, si deve tener conto del fatto che sia stato loro comunicato chiaramente il comportamento contestato e siano state indicate le modalità per l'accesso agli atti (C.d.S., 5 agosto 2013 n. 4085, *Concessionarie Bettini*).

#### Tutela del contraddittorio nei procedimenti di inottemperanza

Il Tar ha ribadito che, per quanto attiene allo svolgimento del procedimento relativo all'accertamento dell'inottemperanza a una precedente delibera, non trovano applicazione le disposizioni in tema di garanzie partecipative applicabili al procedimento istruttorio.

Ad avviso del giudice, *“le previsioni contenute nel Regolamento di procedura trovano il loro fondamento giuridico nella tutela del contraddittorio e dei diritti di partecipazione delle parti nell'ambito dei procedimenti di accertamento delle condotte illecite, mentre, in materia di inottemperanza, risultano applicabili le modalità procedurali di cui alla L. n. 689 del 1981 - prevalente, in quanto disciplina speciale, anche sulla L. n. 241/1990 quale disciplina generale del procedimento amministrativo - che non prevedono alcuna forma di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo assicurando, in ogni caso, garanzie non inferiori al “minimum” prescritto dalla legge generale, sia in termine di contestazione che in termini di diritto di difesa”* (Tar Lazio, 28 marzo 2013 n. 3209, *Enel Energia-Richiesta Cambio Fornitore*).

#### Mezzi di acquisizione della prova

Il Tar ha ribadito il principio secondo cui l'Autorità gode di ampia discrezionalità nella scelta del mezzo istruttorio e che la scelta di avvalersi dello strumento dell'onere della prova, piuttosto che disporre una consulenza tecnica, non integra alcun vizio istruttorio. Ciò in quanto gli elementi di cui l'Autorità era in possesso rendevano legittimo il ricorso alla disposizione regolamentare che attribuisce al professionista l'onere di fornire prove sull'esattezza dei dati di fatto contenuti nella pubblicità. In via generale, il giudice ha concluso che *“nell'ambito del procedimento amministrativo, l'interessato [non] può fondatamente avanzare la pretesa che la fase istruttoria involva in un prolungamento dell'acquisizione di atti e pareri, che si spinga al di là del limite oggettivo costituito dalla univoca conduzione degli elementi già in possesso dell'amministrazione. Una siffatta pretesa involverebbe, infatti, in un'evidente violazione del canone di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, senza che possa profilarsi, di contro, un possibile vantaggio all'interessato. Ne consegue che nella specie non è dato ravvisare nella mancata disposizione da parte dell'Autorità di una consulenza tecnica esterna neanche la de-*

*nunziata compressione del diritto di difesa in contraddittorio della società” (Tar Lazio, 21 gennaio 2013 n. 676, Solari Bionike defence sun).*

### Impegni

Il Consiglio di Stato ha riaffermato il principio secondo il quale l'impegno può condurre a non accertare l'infrazione solo in quanto sia certo che, per effetto dell'impegno, l'illecito viene a cessare, essendo chiara la manifestazione di volontà in tal senso e utili al fine i comportamenti cui ci si vincola. Pertanto, la comunicazione del professionista che non esprima univocamente la volontà di porre termini all'infrazione commessa, in modo da “*eliminare i profili di illegittimità*”, deve considerarsi carente del contenuto proprio sostanziale della fattispecie (Tar Lazio, 5 agosto 2013 n. 4085, *Concessionarie Bettini*).

Il Giudice di primo grado conferma l'ampia discrezionalità dell'Autorità nell'accogliere o respingere le proposte di impegni, valutando come l'accettazione degli impegni non sia atta a produrre quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni con le quali viene accertata la sussistenza e consistenza di un'infrazione. L'Autorità è quindi chiamata a valutare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte, ma anche l'eventuale sussistenza di un rilevante interesse all'accertamento dell'infrazione, restando, in ogni caso, esclusa la possibilità di accettare impegni in ipotesi di “*manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale*”. In tale contesto, è rimesso all'Autorità valutare se la peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero la necessità di stabilire dei principi con riguardo a una fattispecie inedita, o a un mutato assetto di mercato, ovvero, ancora, l'interesse dell'Autorità a irrogare un'ammenda (attesa la funzione deterrente e di monito per gli operatori rivestita da quest'ultima), giustificano - o meno - il rigetto degli impegni presentati (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8313, *Colussi Basso Contenuto Di Grassi/Meno Grassi* ).

### Accesso extraprocedimentale

Il Tar ha riaffermato il principio generale secondo il quale “*il diritto di accesso può essere riconosciuto nei limiti di cui al disposto dell'art. 22, comma 1, lett. b) L. n. 241/1990 secondo cui per soggetti “interessati” si intendono coloro i quali vantano un “interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*, essendo in ogni caso inammissibile l'istanza di accesso preordinata “*ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3, l. n. 241/1990).

Sotto tale profilo, ad avviso del giudice, l'interesse giuridico al quale



fa riferimento il citato art. 24 non può essere individuato in qualunque interesse giuridicamente rilevante vantato da qualsivoglia soggetto, ma deve trattarsi di un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è presentata.

Un interesse del tutto eterogeneo rispetto all'oggetto dell'attività amministrativa posta in essere dall'Autorità, infatti, non può ritenersi un interesse giuridico ai sensi dell'art. 24, co. 7, l. 241/1990 in quanto totalmente estraneo alle finalità, non solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'amministrazione. Nello specifico il Giudice ha valutato che *“[...] gli interessi giuridici considerati dall'art. 24, co. 7, L. 241/1990 devono ritenersi quelli e solo quelli coinvolti dall'azione amministrativa in relazione alla quale la richiesta di accesso, ancorché successivamente alla conclusione del procedimento, sia stata avanzata”*.

Ad avviso del giudice *“l'accesso informativo, quindi, è riconosciuto nei limiti di un interesse personale e diretto della parte richiedente”*. Sul punto, si legge che *“anche l'esigenza connessa all'esercizio del diritto di difesa se, da un lato, può condurre ad attribuire prevalenza - nella logica del bilanciamento dei contrapposti interessi - alle ragioni ostensive rispetto a quelle della riservatezza, del segreto commerciale ovvero delle strategie imprenditoriali, dall'altro, non può in ogni caso superare il necessario presupposto della specifica connessione tra gli atti di cui si ipotizza la rilevanza ai fini difensivi e quelli della procedura rispetto alla quale deve svolgersi l'esercizio del diritto di difesa; tale dimostrazione, peraltro, deve essere fornita deducendo fatti ed elementi di valutazione che, allo stato della procedura da cui scaturisca l'astratta esigenza difensiva appaiano oggettivamente connessi ai documenti da ostendere (Cfr. Cons. Stato, 15 marzo 2013, n. 1568) [...] Diversamente opinando, d'altra parte, si perverrebbe alla paradossale conclusione che ogni Pubblica Amministrazione potrebbe essere destinataria di richieste di accesso indiscriminate, per il solo fatto di formare o detenere stabilmente documenti, anche da parte di soggetti che perseguono un interesse completamente estraneo agli interessi, siano essi pubblici o privati, coinvolti dall'azione amministrativa e, quindi, per fini totalmente diversi da quelli per i quali l'accesso agli atti è stato legislativamente previsto”* (Tar Lazio, 17 settembre 2013 n. 8309, *Expedia*).