

alla promozione si accompagni un'effettiva offerta del prodotto, non si versa in materia di pratica commerciale, nozione che, appunto, richiede che l'azione od omissione sia inerente alla vendita o alla fornitura di un bene o servizio.

In tema di definizione dei contorni oggettivi della nozione, poi, si è chiarito come sia necessario, per integrare gli estremi di una pratica commerciale, che la condotta del professionista non sia rivolta ad un numero determinato di destinatari, bensì ad una platea - anche soltanto astrattamente - indefinita di consumatori (provvedimento PS/19 TELE2 – CONTRATTI A DISTANZA). Sul punto, l'Autorità ha affermato in particolare che: "... sembra rientrare in tale nozione ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, o servizio, che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata nei confronti di una categoria generalizzata di consumatori, a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista ed un singolo utente."

Quanto alla figura di "consumatore", in stretto ossequio alla formula legislativa di cui alla lettera *a*) dell'articolo 18, tale è stata ritenuta soltanto la persona fisica che agisce per fini estranei alla propria attività commerciale. In proposito, numerosissime sono state le archiviazioni per inapplicabilità del Codice del consumo, per essere state indirizzate, condotte asseritamente ingannevoli o aggressive, a professionisti nell'ambito della propria attività commerciale o professionale.

Più controversa è risultata la qualifica di "professionista", soprattutto nei casi nei quali la pratica commerciale è stata ascritta ad enti pubblici. In tale ipotesi l'Autorità ha affermato (si allude in particolare ad una fattispecie relativa all'erogazione di servizi finanziari da parte di un istituto professionale) la prevalenza dell'aspetto oggettivo del prodotto offerto, reso in concorrenza con i professionisti operanti nel settore creditizio, rispetto alla qualificazione soggettiva dell'ente. In proposito, secondo l'Autorità "...se è vero che l'erogazione di prestazioni creditizie da parte dell'Inpdap è soggetta ad un regime normativo pubblicistico (...), nel caso di specie la pratica scorretta ascrivibile all'Ente esula completamente dall'attività istituzionale relativa alla gestione del Fondo per il credito, risolvendosi in una forma di pubblicità volta ad attrarre i consumatori in concorrenza con l'attività creditizia di impresa svolta dalle banche ai sensi dell'articolo 10 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385. La natura pubblica del soggetto che opera con strumenti privatistici nei confronti dei consumatori, pertanto, non osta alla

sua qualifica in termini di “professionista” ed alla conseguente applicazione della disciplina di cui al Titolo III del Codice del consumo” (PS/698 INPDAP PRESTAZIONI CREDITIZIE).

Sempre in tema di qualifica soggettiva, si segnala il provvedimento PS/411 (OVITO - MAGICANNUCCIA APPROVATI FIMP) avviato, tra gli altri, nei confronti della Federazione Italiana Medici, associazione rappresentativa di professionisti e, in quanto tale, rientrante nella definizione di cui all’articolo 18 lettera *b*) del Codice del consumo. La Federazione, peraltro, è stata destinataria anche del provvedimento PS/411B per aver fornito informazioni non veritiere, ai sensi dell’articolo 27, comma 4 del Codice del consumo, in risposta ad una richiesta di informazioni. L’Autorità, in considerazione della natura della stessa Federazione, ha irrogato una sanzione determinata nel massimo edittale previsto dall’articolo 27, comma 4, del Codice del consumo, pari a 40 mila EUR ed a tale decisione è pervenuta sottolineando il ruolo delle associazioni professionali, quali figure soggettive dalle quali è lecito attendersi un livello particolarmente qualificato di diligenza professionale.

La pratica commerciale, in virtù dell’articolo 20, comma 2, del Codice del consumo, è scorretta quando ricorrano due elementi: a) contrarietà alla diligenza professionale; b) idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

La disposizione appare di rilievo centrale nel sistema del Titolo III, parte II, del Codice del consumo e tale ruolo le è stato riconosciuto nell’applicazione della normativa a tutela dei consumatori da parte dell’Autorità. Infatti, a fronte della possibilità, pure ipotizzata in dottrina (e fondata su un’interpretazione letterale dei commi 4 e 5 dell’articolo 21), di ritenere, in presenza di pratiche rientranti nelle previsioni tipiche degli articoli 21 e 22, ovvero – a maggior ragione – in quelle di cui agli articoli 23 e 26 (recanti, questi ultimi, gli elenchi delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive), che non sia necessario compiere uno scrutinio in termini di negligenza professionale e di sussistenza di un indebito condizionamento del consumatore medio, la prassi applicativa ha evidenziato lo sforzo dell’Istituzione di effettuare in ogni caso tali valutazioni, ulteriori rispetto a quelle relative alla semplice concreta ricorrenza di uno dei casi descritti nei menzionati articoli da 21 a 26.

Così, a titolo meramente esemplificativo, nel caso PS/91 (ENEL ENERGIA - RICHIESTA CAMBIO FORNITORE), si è accertata la pratica aggressiva, posta in essere da un professionista, consistente nella fornitura di gas e energia elettrica non richiesti (ipotesi rientrante nella lista nera di cui all'articolo 26, in particolare comma 1, lettera f)) e, malgrado la sussistenza di un'ipotesi rientrante nella black list dell'articolo 26, la motivazione ha dato conto sia delle ragioni della ritenuta contrarietà alla diligenza professionale, sia dell'idoneità ad alterare il comportamento economico del consumatore medio.

Tale percorso motivazionale si riscontra in ogni provvedimento di accertamento di sussistenza di pratiche commerciali scorrette adottato nel periodo in esame. Il dato consente di appurare come l'applicazione della normativa in esame da parte dell'Autorità connotata da garantismo, abbia sino ad oggi fatto propendere per un'interpretazione che non relega ad un ruolo marginale l'articolo 20 ma che, al contrario, assegna alla disposizione un ruolo centrale di clausola generale.

In merito alla determinazione dei connotati della diligenza professionale alla quale fa riferimento l'articolo 20, comma 2, del Codice del consumo, l'Autorità ha costantemente fatto riferimento alla condotta che ragionevolmente ci si sarebbe potuti attendere dal professionista medio che svolga il determinato tipo di attività in questione e che quindi l'agente avrebbe dovuto tenere. Così, ad esempio, nel provvedimento PS/982 (NABAZTAG.COM/CONIGLIO WIFI), deliberato nel settembre 2008, relativo ad omissioni ingannevoli ascrivibili ad un messaggio pubblicitario che promuoveva l'acquisto di un coniglietto robot asseritamente in grado di aiutare il proprietario nell'espletamento di talune attività quotidiane, la motivazione, dopo avere indicato chiaramente quali informazioni non fossero veritiere, ha precisato: "quanto alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra nel caso di specie da parte del professionista (...) il normale grado di diligenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, con riguardo alle caratteristiche ed alle funzioni del prodotto pubblicizzato ed alle eventuali omissioni informative rilevanti".

Analogamente, tra i molteplici e sempre uniformi casi che si potrebbero menzionare, nel già citato provvedimento PS/698, l'Autorità ha chiarito: "quanto alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra nel caso di specie da parte del professionista "il normale grado di competenza ed attenzione" che ragionevolmente ci si può attendere da un operatore dello specifico settore di attività, con riferimento alle

informazioni fornite in ordine alle caratteristiche delle prestazioni creditizie prospettate ai pensionati”.

È consolidato, in definitiva, il richiamo al tipo di attenzione e cura che può ragionevolmente attendersi dall’agente modello che svolga il determinato tipo di attività nella quale si risolve la pratica commerciale oggetto di valutazione. In altri termini, la pratica è contraria alla diligenza professionale quando il professionista l’abbia posta in essere violando in concreto i canoni di correttezza, perizia, attenzione, cura e salvaguardia pretendibili dall’”agente modello”.

La nozione di indebito condizionamento, poi, non pone particolari problemi interpretativi. Merita però citare, riguardo alla stessa, la costante affermazione della necessità che, nei settori interessati da un’endemica asimmetria informativa tra professionista e consumatore, il primo si attenga ad uno standard informativo qualitativamente e quantitativamente particolarmente elevato.

In taluni ambiti, infatti, specialmente in quelli delle telecomunicazioni e dei servizi bancari, ma anche relativamente alla fornitura di energia nel mercato libero, è certamente rinvenibile un’evidente asimmetria informativa tra professionista e consumatore; pertanto al primo è richiesto un grado di diligenza ancor più stringente che in ogni altro campo, con riguardo al dovere di mettere a disposizione tutte le informazioni atte a consentire al secondo di compiere una scelta consapevole. In difetto, potrà dirsi integrato, nel caso concreto, un indebito condizionamento del comportamento economico del consumatore medio.

L’articolo 20, poi, dedica una peculiare attenzione al tema della tutela dei minori, sul quale l’Autorità è intervenuta più volte, soprattutto con riferimento al settore dell’offerta di contenuti multimediali. In proposito, si é evidenziato che, in considerazione della tipologia di tali servizi, nei messaggi, destinati anche ad un pubblico di adolescenti che suole ricorrere all’invio ed alla ricezione di contenuti per cellulare, le indicazioni carenti e poco chiare contenute nei messaggi circa le caratteristiche ed i costi finali del servizio pubblicizzato possono risultare ulteriormente pregiudizievoli in considerazione della naturale mancanza di esperienza dei giovani. Tenuto conto della particolare tutela che l’articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 146/07 riserva agli adolescenti quale gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile alle pratiche commerciali, in ragione della loro età o ingenuità, l’Autorità ha

ritenuto necessario che il professionista, nelle comunicazioni pubblicitarie, adotti accorgimenti grafici ed espressivi idonei a rendere edotti questi ultimi dell'attivazione di un servizio a pagamento, di durata prolungata, conseguente al *download* della prima suoneria.

Deve inoltre darsi conto dell'orientamento, emerso nel periodo di riferimento, di sanzionare separatamente, mediante cumulo materiale, più pratiche commerciali scorrette poste in essere dal medesimo professionista accertate nello stesso procedimento. In tale prospettiva si è mossa l'Autorità, tra gli altri, nei provvedimenti PS/452 MERIDIANA OFFERTE SPECIALI e PS/91 ENEL ENERGIA RICHIESTA CAMBIO FORNITORE, deliberati nel settembre 2008.

Pur essendo il principio innovativo ed ancora ad uno stato di prime affermazioni, si può osservare come sia stata fatta corretta applicazione dei criteri dettati dalla giurisprudenza amministrativa (si vedano, in particolare, le sentenze n. 1271/2006 e n. 26/2007 del Consiglio di stato, Sez. VI), la quale ha chiarito che, in caso di concorso di più infrazioni della stessa o di distinte norme sanzionatorie, si può applicare il regime (più favorevole) del cumulo giuridico solo ove le diverse violazioni siano commesse con una sola azione od omissione, conformemente all'articolo 8 della legge 24 novembre 1981, n. 689, mentre, in caso di pluralità di condotte, sarà sempre applicabile, per ciascuna, la propria sanzione (cumulo materiale).

Dalla disamina dei menzionati casi PS/452 e PS/91, emerge che la distinzione tra unità e pluralità di pratiche riposa, nell'applicazione ad opera dell'Autorità, sul numero di decisioni commerciali sulle quali incidono i comportamenti censurati. Così, ad esempio, nel caso PS/452 MERIDIANA OFFERTE SPECIALI sono state considerate pratiche distinte (e, come tali, autonomamente sanzionate), la condotta rivolta ad incidere sull'acquisto del prodotto (nella specie: biglietto di trasporto aereo) e quella che influiva sull'esercizio del diritto al rimborso. Nel caso PS/91 ENEL ENERGIA RICHIESTA CAMBIO FORNITORE sono state ritenute separate le pratiche afferenti all'acquisto di distinti prodotti, quali il gas e l'energia elettrica, attinenti ciascuno ad una diversa decisione commerciale del consumatore medio inciso dalle pratiche del professionista.

In sintesi, può aversi pluralità di pratiche commerciali scorrette quando le condotte attengano a diversi prodotti, oppure quando, pur facendo riferimento al medesimo prodotto, incidano su distinte decisioni commerciali.

Così definiti i contorni essenziali delle pratiche commerciali scorrette, come enucleabili dalle enunciazioni dell'Autorità nel periodo di riferimento, le applicazioni della parte II del Titolo III del Codice del consumo nel 2008 consentono di individuare ulteriori principi generali ormai stratificati, relativi a ben determinati aspetti dell'offerta o della promozione di beni o servizi.

In proposito, merita innanzitutto richiamare il costante orientamento dell'Istituzione in tema di trasparenza delle indicazioni che l'offerta di un bene o servizio ai consumatori deve contenere. Sul punto l'Autorità ha affermato, ribadendo la propria giurisprudenza, che affinché un messaggio possa dirsi completo (e dunque privo di qualsiasi profilo omissivo) e trasparente, è necessaria l'esatta descrizione del prodotto proposto e che l'idoneità ingannatoria del messaggio non può essere esclusa dalla circostanza che il consumatore sia in grado di apprendere informazioni essenziali (...) in un momento immediatamente successivo alla consultazione del messaggio, quale la fase precontrattuale, da fonti esterne al messaggio medesimo. Infatti, il Codice del consumo intende salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore da ogni interferenza ingiusta fin dal primo contatto pubblicitario, imponendo dunque all'operatore commerciale un preciso onere di completezza e chiarezza nella redazione della propria comunicazione d'impresa.

Con particolare riguardo al prezzo del prodotto, al quale si riferisce precipuamente l'articolo 21, comma 1, lettera d) del Codice del consumo, l'Autorità ha ribadito la scorrettezza, *sub specie* di pratica commerciale ingannevole, dell'indicazione del costo di acquisto al netto di tasse e supplementi, spese od oneri di qualsiasi genere, comunque denominati e comunque rientranti nelle voci previamente determinabili dal professionista, le quali concorrono a determinare l'importo finale che il consumatore deve corrispondere per procurarsi il bene o servizio. Si è così ribadito un indirizzo interpretativo consolidato, condiviso dal giudice amministrativo e ulteriormente rafforzato dalle indicazioni emerse in sede comunitaria, particolarmente nel settore del trasporto aereo. In tale ambito si era stabilito che, ogniqualevolta un professionista scelga di indicare il prezzo di una tariffa per il trasporto aereo (discorso analogo vale per i vettori navali) scomponendone le voci di costo, siano richieste, in modo cumulativo, la piena contestualità dell'indicazione di tutte le componenti determinabili *ex ante*, nonché una parità di enfasi espressiva su ciascuna di tali componenti, in modo che l'esborso finale richiesto scaturisca con sufficiente immediatezza e chiarezza dalla loro addizione.

Sempre in tema di prezzo del prodotto offerto ai consumatori, merita richiamare i quattro procedimenti PS/1731, PS/1732, PS/1733 e PS/1734 COMMISSIONI DI MASSIMO SCOPERTO), avviati nei confronti di BNL, Intesa San Paolo, Monte dei Paschi di Siena e Unicredit Banca di Roma al fine di verificare se i consumatori fossero stati informati in modo chiaro ed esaustivo sulle modalità di calcolo e sulla natura della commissione di massimo scoperto. Le informazioni messe a disposizione del cliente da parte delle banche nei messaggi pubblicitari, nelle schede di prodotto delle varie tipologie di conti correnti, nei fogli informativi, nella documentazione contrattuale e nelle comunicazioni periodiche inviate alla clientela, risultavano infatti in molti casi omissive e non consentivano di comprendere la natura, la *ratio* e le modalità di applicazione e di calcolo della predetta commissione. I procedimenti si sono conclusi con l'accettazione degli impegni presentati da tutte e quattro le banche, sul contenuto dei quali ci si soffermerà più diffusamente nel paragrafo relativo all'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette nel settore creditizio.

Nel corso del 2008 l'Autorità ha, inoltre, avuto modo di applicare con frequenza degna di rilievo gli articoli 23 e 26 del Codice del consumo, contenuti gli elenchi delle pratiche commerciali considerate in ogni caso, rispettivamente, ingannevoli o aggressive.

Pur non potendosi in questa sede dare conto di tutte le fattispecie considerate, è possibile richiamare l'attenzione sui casi più significativi esaminati.

In particolare, con riguardo alle pratiche commerciali ingannevoli, si è fatta applicazione dell'articolo 23, comma 1, lettera c) nel provvedimento PS411 – OVITO MAGICANNUCCIA APPROVATI FIMP), con il quale l'Autorità ha ritenuto scorretta la pratica relativa all'inserimento, sulle confezioni nonché nella comunicazione commerciale di prodotti alimentari e di largo consumo, della dicitura "approvato FIMP – Federazione dei Medici Pediatri". La decisione è stata assunta poiché nel corso dell'istruttoria era emerso come la Federazione non svolgesse alcuna procedura di approvazione e verifica dei prodotti. Ne conseguiva che la menzionata dicitura, la quale alludeva ad un'approvazione ad opera della federazione dei pediatri, appariva idonea a influenzare le scelte dei consumatori accreditando i prodotti di caratteristiche di particolare affidabilità in ragione della fiducia riposta dai consumatori nella categoria professionale interessata.

Plurime, poi, sono state le deliberazioni dell'Autorità – soprattutto nell'ambito del trasporto marittimo - con le quali sono stati sanzionati professionisti i quali, in violazione del precetto posto dall'articolo 23, comma 1, lettera e) del Codice del consumo, avevano invitato all'acquisto dei propri prodotti a certi prezzi senza rivelare le condizioni che ragionevolmente escludevano che i professionisti stessi potessero offrire gli stessi prodotti o prodotti equivalenti ai prezzi pubblicizzati entro un periodo ed in quantità ragionevoli.

Meritevole di richiamo è anche la decisione PS/105 (LOTTO SU SKY), adottata relativamente a condotte che si sostanziano nell'affermare che il prodotto offerto dal professionista potesse facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte. Simili pratiche, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera r) del Codice del consumo, vengono considerate in ogni caso ingannevoli, in quanto inducono in errore il consumatore medio riguardo all'effettiva possibilità che gli stessi possano facilitare la vincita nei suddetti giochi. Il gioco del Lotto, come anche quello di sua derivazione rappresentato dal Superenalotto, è infatti per antonomasia basato sulla sorte, e, secondo la comune esperienza, nessun sistema o metodologia è di per sé in grado di assicurare vincite ai suddetti giochi, garantendo guadagni sicuri ai giocatori, atteso che per loro stessa natura i giochi a pronostico sono basati su principi di assoluta aleatorietà. Ne consegue che ogni affermazione tesa a ingenerare il convincimento che tale alea possa ridursi grazie all'uso di particolari sistemi per l'individuazione di numeri o di specifiche combinazioni di numeri vincenti, si configura come altamente decettiva nei riguardi dei soggetti cui la stessa è rivolta. Pertanto l'Autorità, con il provvedimento richiamato, ha sanzionato la pratica commerciale oggetto di procedimento.

Applicazione dell'articolo 23, comma 1, lettera v) del Codice del Consumo, poi, è stata fatta con il provvedimento PS/1452 (MOBY-TORNI GRATIS) adottato nei confronti di un vettore marittimo il quale aveva pubblicizzato come gratuito il prodotto consistente in una tratta di trasporto la quale, in realtà, in caso di adesione all'offerta pubblicizzata, poteva costare anche più del normale prezzo di mercato.

In merito ai casi nei quali sono state accertate pratiche commerciali rientranti nella *black list* di cui all'articolo 26 del Codice del consumo, si segnala con prioritaria importanza la ricorrenza di ipotesi di violazione del precetto contenuto nel comma 1, lettera f), consistenti in richieste di pagamenti per prestazioni non richieste dai consumatori. Tra i numerosi interventi spicca il provvedimento PS/24 (TELECOM-



FATTURAZIONE PER CHIAMATE SATELLITARI E/O A NUMERAZIONI SPECIALI), assunto a conclusione di un procedimento avviato sulla scorta di numerose segnalazioni che lamentavano l'addebito in bolletta telefonica di chiamate e/o connessioni verso numerazioni satellitari internazionali e numeri speciali non geografici, asseritamente mai effettuate. I consumatori interessati contestavano altresì che Telecom, gestore di rete fissa, non si fosse attivato per arginare il fenomeno e avesse invece preteso l'immediato e integrale pagamento delle somme dovute, minacciando in caso contrario il distacco della linea telefonica. Parimenti, nel settore della fornitura di energia per uso domestico, anche nel provvedimento PS/91 (ENEL ENERGIA RICHIESTA CAMBIO FORNITORE) è stata sanzionata la condotta di professionisti che avevano richiesto pagamenti relativi a forniture mai richieste, pratica di per sé considerata aggressiva.

Un cenno conclusivo, sempre afferente ai principi generali di natura sostanziale emersi dall'attività di tutela dei consumatori nel corso del 2008, merita la valutazione che l'Autorità ha riservato all'atteggiamento collaborativo del professionista. Si ritiene, infatti, che l'efficacia dell'azione dell'Autorità vada misurata non solo in termini di procedimenti inibitori, ma anche in relazione alla capacità di indurre le parti ad assumere impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza individuati successivamente all'avvio del procedimento o in fase pre-istruttoria (*moral suasion*). Al riguardo, tuttavia, è stato più volte ribadito che le misure adottate dal professionista successive alla realizzazione dell'infrazione di cui agli articoli da 20 a 26 del Codice del consumo non possono configurarsi come cause escludenti del fatto, al più potendo essere valutate al fine di un'attenuazione del trattamento sanzionatorio. In un solo caso (PS/442 SKY - PAGAMENTO SKY LIFE) l'Autorità ha accertato che gli impegni assunti da Sky nel corso del procedimento risultavano idonei ad eliminare i profili di illegittimità prospettati in sede di avvio del procedimento.

**b) *Il procedimento***

L'articolo 27 del Codice del consumo ha introdotto alcune importanti novità procedurali relative all'attività di tutela dei consumatori. Si fa riferimento agli istituti tesi a valorizzare la collaborazione del professionista coinvolto nel procedimento e alla sospensione cautelare delle pratiche commerciali scorrette.

Sotto il primo profilo, vengono in considerazione, in ordine, l'istituto degli impegni e quello della *moral suasion*.

L'esperienza applicativa nel corso del 2008 consente di delineare i presupposti e i caratteri che gli impegni, presentati dal professionista, devono presentare al fine di condurre alla definizione alternativa all'accertamento dell'infrazione.

Innanzitutto, presupposto indefettibile è rappresentato dal superamento del test di ammissibilità, alla stregua del quale, nell'espressione utilizzata dal legislatore, la pratica non deve essere manifestamente grave e scorretta. "Manifesta gravità e scorrettezza" è nozione ricondotta, dall'Autorità, ad almeno uno tra i seguenti fattori: i) elevato numero - anche soltanto potenziale - di consumatori coinvolti; ii) pregiudizio economico concreto o eventuale per i medesimi; iii) particolare gravità in sé dell'inganno (in caso di condotta ingannevole) o della pressione (in caso di aggressività); iv) condizione di debolezza del consumatore medio o di una delle categorie di consumatori medi interessati; v) sussumibilità, della fattispecie contestata, ad una tra le ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del Codice del consumo.

Ove la pratica commerciale per la quale si procede, superando lo scoglio del giudizio sulla manifesta scorrettezza e gravità, non sia tale da precludere la valutazione degli impegni nel merito, l'Autorità ha tenuto presenti, ai fini delle determinazioni da assumere ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, gli ulteriori profili attinenti: a) all'idoneità a rimuovere la scorrettezza; b) all'esigenza di procedere comunque all'accertamento dell'infrazione, elemento particolarmente valorizzato in fase di prima applicazione, anche in vista dell'esigenza di definire i contorni della materia.

In alcuni casi, poi, si è fatto esercizio del potere di cui all'articolo 8, comma 2, lettera b) del regolamento sulla procedura istruttoria. Si sono verificati casi nei quali gli accorgimenti che il professionista si era impegnato ad adottare erano suscettibili di valutazione positiva, apportando un miglioramento della posizione del consumatore rispetto alla pratica commerciale, ma non risolvevano ogni criticità insita nella stessa. Pertanto, l'Autorità ha proceduto, ai sensi della citata lettera del regolamento, ad assegnare un termine per l'integrazione degli impegni, così compiendo un ulteriore passo avanti nel dialogo teso alla soluzione concordata, successivo a quello consistente nel semplice superamento del test di ammissibilità ma non così progredito da condurre

automaticamente all'accoglimento dell'istanza di della parte (casi citati PS/1731, PS/1732, PS/1733, PS/1734).

Quanto all'istituto della *moral suasion*, lo stesso è previsto e succintamente disciplinato dall'articolo 4, comma 2, del regolamento sulla procedura.

Esso è volto a garantire una soluzione a tutela dei consumatori senza accertamento dell'infrazione. Lo strumento, da un lato, garantisce immediatezza e proporzionalità dell'intervento, dall'altro esonera il professionista dalla sanzione. Va ribadito come debba trattarsi di una pratica commerciale di non grave scorrettezza. In aggiunta, può osservarsi come l'Autorità, in perfetta coerenza con lo scopo della *moral suasion*, ne abbia costantemente limitato l'applicazione ai soli casi nei quali sussistesse attualmente la possibilità per i professionisti di eliminare i profili di scorrettezza, restando esclusa l'utilizzabilità dell'istituto qualora la pratica commerciale si fosse già esaurita (ipotesi di norma ricorrente nell'ambito delle campagne pubblicitarie).

In riferimento alla sospensione cautelare, ai sensi dell'articolo 27, comma 3 del Codice del consumo, l'Autorità può disporla con atto motivato, nei casi di particolare urgenza. Tale ultimo requisito è stato collegato alla permanenza, in corso di procedimento, della condotta contestata ed alla conseguente attuale offensività potenziale per l'integrità delle decisioni commerciali del consumatore medio.

Il regolamento ha precisato, all'articolo 9, comma 1, che il subprocedimento cautelare è avviato di ufficio. Particolare menzione merita, nella trattazione dell'argomento, l'attenzione dedicata alla garanzia dell'integrità del contraddittorio. Il comma 2 del citato articolo 9 prevede, infatti, che il responsabile del procedimento assegni alle parti un termine non inferiore a giorni cinque per presentare memorie scritte ed osservazioni precipuamente finalizzate ad interloquire sulla sospensione provvisoria della pratica. L'Autorità, però, nella concreta applicazione della normativa in commento, ha usualmente concesso un lasso di tempo superiore al minimo, facendo salvi peculiari casi nei quali (o per l'esigenza di effettuare una contestuale attività ispettiva, o perché l'intervento sarebbe stato inefficace se procrastinato oltre il minimo) eccezionali ragioni inducevano a fissare cinque giorni per la difesa.

L'esperienza del primo anno di applicazione dell'articolo 27, comma 3, del Codice del consumo ha posto in evidenza come, in molti casi, l'avvio del sub-procedimento cautelare e l'instaurazione del contraddittorio sul tema abbiano consentito al

professionista di comprendere quali criticità l'Autorità attribuisse alla pratica commerciale e, conseguentemente, di adottare accorgimenti tali da eliminare il periculum in mora, così da rendere superflua l'adozione della misura della sospensione.

Proprio l'attenzione dedicata alla garanzia della difesa ha fondato l'atteggiamento dell'Autorità, la quale, conformemente allo spirito dell'articolo 9, comma 3 del regolamento e, nella piena consapevolezza del carattere oggettivamente invasivo della misura cautelare rispetto all'attività imprenditoriale o professionale, ha confinato al rango di rimedio straordinario ed eccezionale lo strumento della sospensione della pratica senza previa instaurazione del contraddittorio.

Vi si è proceduto, infatti, in un solo caso (PS/24 TELECOM-FATTURAZIONE PER CHIAMATE SATELLITARI E/O A NUMERAZIONI SPECIALI), attinente alla diffusissima pratica commerciale contestata a molti professionisti, ciascuno con ruoli ben delineati, di installare, all'insaputa degli utenti, sui computer dei medesimi, dei dialer.

Pur a fronte del ricevimento di un imponente numero di contestazioni e del notevole risalto attribuito alla pratica commerciale dalle autorità di vigilanza, dalla magistratura e dagli organi di stampa, l'operatore telefonico aveva proceduto nel recupero dei crediti giungendo a minacciare il distacco delle utenze dei clienti che contestassero i crediti vantati dal professionista in virtù della condotta censurata. In tale contesto, l'Autorità ha avuto modo di considerare che: “il sopra indicato rischio di distacco delle linee telefoniche riguarda utenze fisse e può coinvolgere un numero ampio di consumatori con irreparabile pregiudizio di un diritto fondamentale della persona, quale la libertà di comunicazione costituzionalmente garantita, e con pericolo di lesione di altri interessi primari”. Proprio alla luce di tali considerazioni l'Autorità ha deliberato la sospensione della pratica inaudita altera parte.

### ***La pubblicità tra professionisti***

Nel corso del 2008 risulta limitata l'attività avente ad oggetto la disciplina della pubblicità destinata a professionisti. L'attuazione della direttiva 2005/29/CE ha determinato una distinta regolamentazione, sia pur parallela, della pubblicità ingannevole fra le imprese con la contemporanea approvazione di un altro decreto legislativo, il n. 145/2007, nella medesima data del decreto Legislativo n. 146/2007, rubricato “Attuazione dell'articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE che modifica la

*Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*”. A fronte della sua denominazione, il decreto legislativo n. 145/2007 rappresenta nella sostanza l’attuazione della direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa che lede unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che è connessa ad operazioni fra professionisti. Infatti, in virtù delle modifiche apportate dall’articolo 14 della direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, la materia della predetta fattispecie è stata convogliata nella citata direttiva in una versione consolidata.

In una prospettiva di lunga durata, l’opzione del legislatore comunitario potrebbe rappresentare una scelta discutibile, foriera di dubbi applicativi e vuoti di tutela. Infatti, se non veicolati tramite messaggi pubblicitari, oltre alle previsioni dettate dal decreto legislativo n. 145/2007, sono al contempo esclusi dall’ambito di applicazione della normativa in tema di pratiche commerciali scorrette comportamenti che sono diretti soltanto ad utenti *business*, pur potenzialmente atteggiandosi con le medesime modalità delle pratiche indirizzate ai consumatori. Nel settore delle telecomunicazioni, le perplessità interpretative risultano accentuarsi posto che è prassi degli operatori attivi nel settore profilare specifiche offerte e iniziative sulle utenze *business*. I limiti applicativi del decreto legislativo n. 145/2007 hanno quindi determinato l’archiviazione di numerose segnalazioni ricevute dall’Autorità nel corso del 2008 e relative a comportamenti scorretti ai quali non è stato possibile dare tutela.

Tra i casi di applicazione del decreto legislativo n. 145/2007 si segnala il comportamento posto in essere da R.C.S. Periodici Editori, in qualità di autore del messaggio, e da Vodafone, in qualità di committente, consistente nella diffusione di una comunicazione costituita da una rubrica di risposte ai quesiti dei lettori sull’utilizzo del telefono, pubblicata su di una rivista destinata a un *target* di utenti rappresentati da professionisti, ove veniva operato un riferimento a servizi “Vodafone”. A ciascuno dei due operatori è stata irrogata una sanzione pari a € 160.000.

Parimenti in tema di pubblicità tra professionisti, si segnalano casi di fornitura di informazioni non veritiere circa le caratteristiche dell’offerta di affiliazione e/o le somme da pagare per tale affiliazione e/o le caratteristiche della rete esistente, l’esperienza del proponente, la forza del marchio nonché l’apporto offerto dal proponente stesso per il successo dell’iniziativa e i costi d’ingresso (PB7 FREE TUR E PB5 IANA).

## **2. I PRINCIPALI SETTORI DI INTERVENTO**

---

### **ENERGIA E INDUSTRIA**

#### ***Scenario di riferimento e principi di valutazione***

Nel corso del 2008 il profilo prevalente oggetto di violazione delle norme poste a tutela del consumatore, nei settori dell'energia e dei diversi comparti industriali, è stato quello della ingannevolezza dei messaggi, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità in attuazione della disciplina sulla pubblicità ingannevole.

Un primo ambito di interventi ha riguardato la completezza dei messaggi pubblicitari, diffusi su più mezzi di comunicazione, e concernenti l'attivazione di servizi di fornitura in settori recentemente liberalizzati (energia elettrica e gas). In questo ambito, si è assistito ad un rilevante incremento della comunicazione pubblicitaria (in conseguenza della recente liberalizzazione), attuata pressoché da tutti gli operatori del settore, e tesa a contendere agli *incumbent* ex-monopolisti la clientela domestica. Le offerte commerciali si sono caratterizzate per le formule non sempre di immediata comprensione per il consumatore (es. diversa tariffazione dei consumi per fasce orarie), anche in ragione della permanenza negli stessi settori di ambiti tuttora soggetti a regolazione, quali l'imposizione di oneri aggiuntivi di sistema determinati dal regolatore settoriale e il prolungamento di un regime di tariffe regolate parallelo al mercato libero (nel caso dell'elettricità). Tali fattori, unitamente al monopolio nei decenni passati in questi settori, spesso esercitato da parte di imprese controllate da enti pubblici, hanno determinato una rilevante asimmetria informativa tra gli operatori che attivavano politiche commerciali nel mercato libero e l'ampia platea (circa 30 milioni) di consumatori destinatari potenziali della comunicazione pubblicitaria.

Ciò ha imposto – ed impone tuttora – un particolare rigore nella valutazione della scorrettezza delle pratiche commerciali consistente in messaggi pubblicitari, sotto qualsiasi forma (spot radiotelevisivi, brochure, cartellonistica, inserzioni su organi di stampa, siti internet), poiché le citate forme di comunicazione sono utilizzate anche in forma congiunta da parte dei professionisti. Conseguentemente, l'Autorità ha ritenuto che, già nel messaggio pubblicitario che costituisce il primo “aggancio” del

consumatore, debbano essere riportate, nei limiti in cui il messaggio stesso lo consente, le informazioni più rilevanti rispetto alle caratteristiche economiche dell'offerta – quali l'incidenza sul costo totale della voce di prezzo che veniva "bloccata" o, nell'offerta bioraria, la specificazione del maggior costo dei consumi nelle fasce orarie di punta – non potendosi considerare sufficiente il rimando ad un'altra modalità di comunicazione anche se precedente alla stipula del contratto (sito internet, pagina web successiva, infortiva contrattuale, scheda informativa prescritta dal regolatore) (PS/1 PREZZO FISSO ELETTRICITÀ).

La stessa completezza di informazioni è richiesta quando l'adesione all'offerta pubblicizzata comporta il passaggio da un regime tariffario regolamentato ad un regime di mercato libero; in particolare, quando l'offerta di adesione al mercato libero è effettuata dallo stesso operatore presso il quale il consumatore intrattiene un rapporto di fornitura in regime regolamentato: la comunicazione pubblicitaria, anche quando fornita per via telefonica o con visita "porta a porta", deve evidenziare che il consumatore sta per mutare la natura del rapporto contrattuale (PS/91 ENEL ENERGIA/RICHIESTA CAMBIO FORNITORE).

Una seconda area di applicazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, sempre nei settori dell'energia elettrica e del gas nella fase di acquisizione della clientela, ha riguardato le pratiche di marketing aggressivo, con talora l'attivazione di forniture prive del consenso del diretto interessato. In tale caso, si è ritenuto che il professionista debba rispondere del comportamento adottato dagli agenti terzi quando questi svolgono la propria attività per conto dello stesso professionista, stante l'obbligazione nascente dai contratti stipulati tra l'impresa e le agenzie, soprattutto laddove siano mancanti efficaci e diffusi sistemi di vigilanza e controllo che consentano di prevenire tali pratiche. La presenza poi di un sistema remunerativo per le agenzie basato esclusivamente sul numero di contratti conclusi può facilitare tali pratiche e rafforza quindi la *culpa in vigilando* del professionista.

Sempre riguardo al citato fenomeno delle attivazioni non richieste, è stata riconosciuta la scorrettezza della pratica consistente nel non trattare celermente le richieste dei consumatori legate al diritto di recesso ed al diritto di ripensamento: non rileva il fatto che la società annulli dall'origine il contratto, se nel frattempo la fornitura viene comunque attivata e ne viene richiesto il pagamento (PS/91 PREZZO FISSO ELETTRICITÀ).

L'Autorità ha avuto modo di valutare e inibire anche alcune pratiche commerciali, sempre relative alla fornitura di servizi energetici ai consumatori, realizzatesi nel contesto di rapporti contrattuali già in essere. Oggetto dell'applicazione del decreto legislativo n. 146/07 è stata, in particolare, la richiesta di pagamento di oneri non dovuti, quali gli interessi di mora dovuti solamente per ritardato recapito postale della bolletta (PS/1554 – ENEL/MORA PER RITARDO CONSEGNA BOLLETTA), ovvero la richiesta di pagamento di consumi solamente stimati e dei quali il consumatore abbia contestato la congruità della stima (PS/1874 ENEL ENERGIA/BOLLETTA GAS). In entrambi i casi, l'Autorità ha affermato che la scorrettezza della condotta debba essere individuata in tutti i casi in cui il professionista non tiene esente il consumatore da qualsiasi onere economico, anche temporaneo, dovuto a possibili errori del professionista stesso o di cui è comunque responsabile, anche nella fase di verifica del reclamo (sospendendo quindi la riscossione della bolletta o comunque dell'onere aggiuntivo addebitato in pendenza del reclamo). L'idoneità della pratica a modificare il comportamento economico del consumatore è stata individuata nella circostanza per cui il consumatore non poteva esimersi dal pagamento degli oneri addebitati, in quanto ciò avrebbe comportato l'interruzione della fornitura per morosità.

Stessa valutazione è stata adottata nel caso in cui gli oneri non dovuti, richiesti dal professionista ai consumatori, hanno riguardato il saldo delle bollette lasciate insolute dal precedente titolare dell'utenza per la quale un altro consumatore aveva richiesto il subentro. L'Autorità ha ritenuto che il professionista non può in alcun modo far ricadere sul consumatore le conseguenze di eventuali inadempienze di un altro consumatore per la medesima utenza, obbligando quindi al pagamento di somme non richieste come condizione necessaria per ottenere l'attivazione di una fornitura di gas (PS/1313 BLUENERGY GROUP/RICHIESTA MOROSITÀ PREGRESSE).

Nei settori industriali, il primo anno di applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette ha riguardato essenzialmente comportamenti dei professionisti qualificabili come pratiche ingannevoli.

In tale ambito un filone di intervento, già tradizionale per l'Autorità nell'applicazione della previgente normativa sulla pubblicità ingannevole, ha riguardato i messaggi pubblicitari concernenti le autovetture. E' stato in particolare ritenuta scorretta l'informazione, contenuta in alcuni messaggi, che utilizzando con enfasi il claim "Euro 5" riguardo alle specificità tecniche delle autovetture in termini di ridotte