

soggettiva della responsabilità in relazione al modello di professionista diligente delineato dalla specifica normativa”. Per cui l’imputazione della condotta sanzionata può trovare “*il proprio titolo nella responsabilità per colpa, quantomeno nella specie di colposo omesso controllo del contenuto del testo del volantino recante l’errata indicazione degli ipermercati ove poter fruire dell’offerta hard, essendo agevolmente pretendibile in capo [al professionista] un onere di verifica della correttezza dei dati ivi stampati*” (Sentenza n. 36112 del 13 dicembre 2010, *Carrefour – Buoni Rimbors Spesa*).

Nella sentenza n. 7109 del 15 aprile 2010, *Snav Prenotazione Auto*, il Tar ha osservato che la valutazione della diligenza dell’operatore commerciale (e, con essa, la verifica in ordine all’eventuale scorrettezza di una pratica da quest’ultimo posta in essere) deve essere condotta anche alla luce della “normale” percepibilità che il messaggio promozionale possa dimostrare nei confronti della platea dei suoi potenziali destinatari.

Per il giudice, inoltre, il fatto che esista una prassi di settore non esclude la portata lesiva di una condotta ad essa conforme, posto che eventuali profili di lesività rispetto agli interessi dei consumatori ben potrebbero discendere proprio da tale prassi (Sentenze n. 30417 del 9 agosto 2010, *Mediamarket Consegn Prodotti*; n. 20910 del 24 giugno 2010, Centro “Gli Orsi” 120 Negozi).

In alcune pronunce la contrarietà alla diligenza professionale è stata, infine, ritenuta sussistente anche quando “*l’operatore economico non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo e preventivo sui contenuti delle iniziative promo-pubblicitarie realizzate e diffuse da soggetti terzi, anch’essi interessati alla pratica commerciale*” (Sentenze n. 3289 del 3 marzo 2010, *David 2 Promozione Servizi A Decade 4*; n. 4931 del 29 marzo 2010, *Wind Absolute Tariffa*), o non si sia dotato nell’ambito della propria organizzazione aziendale di un sistema di monitoraggio idoneo a consentire il puntuale adempimento del dettato legislativo (Sentenze n. 12281 del 19 maggio 2010, *Intesa San Paolo Cancellazione Ipoteca*; n. 12325 del 19 maggio 2010, *Italfondiaria Cancellazione Ipoteca*). Più in particolare, nella sentenza n. 33668 del 19 novembre 2010, *Passante di Mestre*, il Tar ha ritenuto pienamente condivisibile l’assunto secondo cui l’affidamento, in convenzione, di alcuni servizi, non esclude la responsabilità della società concessionaria là dove quest’ultima non abbia predisposto adeguati strumenti di controllo in ordine ai servizi esternalizzati.

Diligenza professionale nei settori regolamentati

Nei settori regolamentati il Tar ha confermato che “*Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai professionisti l’adozione di modelli di comportamenti in parte desumibili da siffatte norme [ossia dalle discipline di settore], ove esistenti, in parte dall’esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela*

perseguita dal Codice”, in un quadro di bilanciamento tra l’esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. Si viene a configurare così, nei confronti del consumatore (c.d. medio), una sorta di “posizione di garanzia” o “dovere di protezione” secondo cui, pur non essendo configurabile una forma di responsabilità oggettiva, il professionista è tenuto ad osservare “*uno standard di diligenza particolarmente elevato, non riconducibile ai soli canoni civilistici di valutazione della condotta ed esteso ad una fase ben antecedente rispetto all’eventuale conclusione del contratto*” (Sentenze n. 647 del 21 gennaio 2010, *Zed Sms non richiesti*; n. 645 del 21 gennaio 2010, *Dada Loghi e Suonerie*; n. 646 del 21 gennaio 2010, *Suonerie.it – Suonerie per Cellulari*; n. 648 del 21 gennaio 2010, *Zeng Loghi e Suonerie*; n. 30428 del 9 agosto 2010, *E’ Domenica Papà*).

Con riferimento all’onere di diligenza professionale che incombe in particolare sull’operatore finanziario, il Tar ha osservato che, in tale ipotesi, la diligenza ordinariamente richiesta viene 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, similmente a quanto dalla giurisprudenza ripetutamente osservato a proposito dell’esercizio dell’attività creditizia, viene in considerazione un criterio di “alta” diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c.: di talché l’obbligo di diligenza, così configurato, è suscettibile di essere valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono e/o impongono*” (Sentenza n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto Televisore*). Il Codice del Consumo delinea un modello astratto di professionista diligente, la cui osservanza va verificata in concreto, non solo alla stregua della disciplina di settore, ma anche dell’esperienza propria dell’ambito di attività del professionista e delle finalità di tutela perseguita dal Codice stesso. Per il giudice si tratta “*peraltro, di confini mobili e in continua evoluzione, tali da richiedere la costante collaborazione, nonché forme di coordinamento, tra le Autorità di settore e l’Autorità antitrust; esigenza peraltro, nella materia in esame, avvertita dallo stesso legislatore (cfr., in particolare, gli artt. 20 e 21 della l. 28.12.2005, n. 262, recante disposizioni in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari)*” (Sentenza n. 12364 del 19 maggio 2010, *Accord Italia – Carta Auchan*).

Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato, gli obblighi informativi concretamente esigibili in capo all’operatore creditizio e in relazione ai quali può essere reso il giudizio di responsabilità secondo il rigido canone della ‘particolare diligenza professionale’ restano pur sempre limitati all’offerta di prodotti e servizi rientranti nella disponibilità dello stesso operatore. Per cui, in presenza di un quadro normativo che non impone in capo al professionista gli obblighi informativi in materia di portabilità dei mutui, dalla cui violazione l’Autorità ha fatto discendere una pratica commerciale scorretta, non può

rilevarsi alcuna condotta contraria al canone della diligenza professionale (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 23 dicembre 2010, n. 9329, *Portabilita' dei mutui*).

Pratiche commerciali scorrette

Nozione di pratica commerciale scorretta

Per quel che riguarda la nozione di pratica commerciale, il Tar ha confermato che si tratta di una nozione “*estremamente ampia, essendo sufficiente che la condotta venga posta nel quadro di un'attività d'impresa 'finalizzata' alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio*”, il cui intento diretto sia quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori. (Sentenza n. 30428 del 9 agosto 2010, *E' Domenica Papa*). Inoltre, poiché rientrano nell’ambito di applicazione del Codice del Consumo tutte le pratiche commerciali scorrette poste in essere tra professionisti e consumatori “*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*”, tale qualifica può essere riconosciuta anche ad una condotta realizzata dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto (Sentenze n. 12283 del 19 maggio 2010, *Bnl Cancellazione Ipoteca*; n. 12281 del 19 maggio 2010, *Intesa San Paolo Cancellazione Ipoteca*; 6 giugno 2010, n. 14867, *Chi Canta di Canale Italia*; n. 14856 del 3 giugno 2010, *Wind Scadenza Credito*; n. 14857 del 3 giugno 2010, *Tim Scadenza Credito*; n. 30426 del 9 agosto 2010, *Philips Lcd*; n. 30428 del 9 agosto 2010, *E' Domenica Papà*; n. 30421 del 9 agosto 2010, *Mediaworld gli europei che vorrei*).

Natura delle pratiche commerciali scorrette

Nelle pronunce rese nel corso del 2010 il Tar ha confermato che la disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa delinea una fattispecie di illecito di mero pericolo essendo “*preordinata a prevenire distorsioni della concorrenza anche in una fase precedente a quella negoziale e a prescindere da un concreto pregiudizio economico, non essendo necessario, ai fini dell'applicazione della specifica normativa, che vi sia stato un rapporto o un contatto diretto tra l'operatore ed il consumatore, essendo sufficiente la valenza potenzialmente ingannevole della condotta posta in essere nell'esercizio di un'attività di impresa finalizzata alla promozione o commercializzazione di un prodotto o di un servizio*” (Sentenze n. 3287 del 3 marzo 2010, *Studio Erredue -Assistenza Infortunistica Stradale*; n. 1947 dell’11 febbraio 2010, *Argo Promozioni Immobiliari*; n. 2828 del 23 febbraio 2010, *Fotovoltaico - Multiutility.it*).

Criteri di individuazione delle pratiche commerciali autonome

Il Tar ha ritenuto condivisibile la suddivisione di una condotta in più pratiche operata in ragione del fatto che le omissioni e le ambiguità informative riscontrate riguardavano fasi distinte del ciclo di promozione e di vendita dei prodotti commercializzati (ossia, la valutazione dei costi relativi alle varie, possibili, modalità di consegna, da un lato, e la decisione di acquisto, dipendente anche dalle indicazioni circa la disponibilità del bene, dall’altro), non necessariamente collegate tra loro, e comunque rispondenti ad interessi differenziati del consumatore. Secondo il Tar, infatti, sebbene promozione e vendita siano tra loro collegate dall’unica finalità dell’acquisizione del consenso del consumatore (e quindi, dall’*“unico disegno criminoso”*), esse rimangono comunque strutturalmente autonome e, come tali, vengono considerate dallo stesso Codice del Consumo (Sentenza n. 30417 del 9 agosto 2010, *Mediamarket Consegnà Prodotti*).

Nella sentenza n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto Televisore*, è stata confermata la correttezza del criterio di individuazione di una pluralità di pratiche autonome basato sull’eterogeneità e non assimilabilità ontologica dei prodotti offerti, ritenendosi del tutto irrilevante la circostanza che l’offerta dei due prodotti venisse effettuata all’interno di un medesimo contesto documentale, ovvero proponendo al consumatore la sottoscrizione di un unico modulo recante la proposta di adesione ad entrambi i prodotti.

Natura pubblicitaria dei messaggi riguardanti le lotterie

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 13 aprile 2010, n. 2042, *Biglietti Lotteria Italia 2003*, ha confermato la natura promozionale e non informativa del messaggio contenuto nel biglietto della lotteria, affermando che la circostanza che il messaggio sia meramente riproduttivo del d.m. 3 settembre 2003, recante “Modalità tecniche di svolgimento e regolamento per l’attribuzione dei premi della Lotteria Italia 2003”, non fa venire meno la funzione promozionale sia della vendita dei biglietti della Lotteria Italia sia delle trasmissioni televisive ad essa abbinate, tanto più che *“il consumatore medio non consulta la Gazzetta Ufficiale per leggere il d.m. 3 settembre 2003, mentre è sicuramente indotto a leggere il messaggio apposto sul retro del biglietto della Lotteria Italia”*.

Il Consiglio di Stato ha, in secondo luogo, escluso la configurabilità di una fattispecie di *“pubblicità assentita”* di cui all’articolo 7, comma 12, d.lgs. n. 74/1992, non essendo il d.m. 3 settembre 2003 specificamente preordinato alla verifica del carattere non ingannevole dei messaggi apposti sui biglietti della Lotteria.

Nella medesima decisione è stata, infine, riconosciuta la natura economica dell’attività riguardante le lotterie. Il fatto che il biglietto abbia un prezzo che viene

pagato su base volontaria esclude, infatti, di per sé la natura tributaria dei proventi percepiti in seguito allo svolgimento di tale attività.

Prova della pratica commerciale scorretta

Per quel che attiene alla prova di una pratica commerciale scorretta il Tar ha escluso che tale prova possa considerarsi raggiunta là dove si basi su di un unico documento inviato dal professionista ad un consumatore, in assenza della dimostrazione che analoga comunicazione era stata inoltrata anche ad altri consumatori (Sentenza n. 12281 del 19 maggio 2010, *Intesa San Paolo Cancellazione Ipoteca*).

Nella sentenza n. 33668 del 19 novembre 2010, *Passante di Mestre*, è stato rilevato che, in presenza di una pratica commerciale scorretta riconducibile ad una generale inadeguatezza organizzativa del professionista, è necessario dimostrare l'inidoneità in sé dei sistemi di monitoraggio e gestione delle informazioni utilizzati al fine di gestire ed evitare i disagi arrecati ai consumatori.

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 9329 del 23 dicembre 2010, *Portabilità dei mutui*, non ha condiviso quanto dichiarato dal Tar circa l'utilizzo della documentazione prodotta dall'Associazione Altroconsumo, escludendo che l'Autorità abbia operato un'impropria traslazione di poteri pubblicistici in favore di un soggetto privato. Secondo il Consiglio di Stato, “*rientra pienamente nella fisiologia dei rapporti fra: a) facoltà di segnalazione dell'abuso e b) attivazione dei poteri officiosi di indagine, la circostanza per cui l'organismo esponenziale di interessi collettivi adduca elementi fattuali indicativi del possibile illecito e che tali elementi fattuali siano apprezzati dall'Autorità come indizio della possibile realizzazione dell'illecito*”. Analogamente a quanto già sostenuto in materia antitrust il Consiglio di Stato ha fatto presente che il potere/dovere gravante in capo all'Autorità in tema di apprezzamento delle segnalazioni provenienti da soggetti privati interessati, oltre ad implicare una prima delibazione circa la sussistenza delle presunte violazioni, non può che comportare un'iniziale e minimale attività - di carattere pre-istruttorio - diretta ad apprezzare la consistenza indiziante delle segnalazioni pervenute al fine di verificare la sussistenza quanto meno di un *fumus* in ordine alle ipotizzate violazioni.

Pratiche commerciali scorrette ingannevoli

Elementi costitutivi della pratica commerciale ingannevole

Per il giudice amministrativo di primo grado le tre fondamentali coordinate alla luce delle quali individuare una pratica “ingannevole”, consistono in: 1) una condotta (posta in essere dall'operatore commerciale) negativamente connotata sotto il profilo della diligenza;

2) un comportamento (assunto dal consumatore) diverso da quello che quest’ultimo avrebbe tenuto (*rectius*: avrebbe potuto tenere); 3) un nesso di implicazione causale fra il primo ed il secondo degli elementi indicati, di tal guisa che la “non correttezza” della pratica commerciale si sarebbe venuta a porre quale antecedente logico necessario (ancorché non necessariamente unico) a fronte delle “scelte” che il consumatore abbia posto in essere (Sentenza n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto Televisore*).

Completezza informativa del messaggio pubblicitario

In numerose pronunce emesse nel corso del 2010 il Tar ha ribadito il principio secondo cui l’obbligo di chiarezza deve essere congruamente assolto dal professionista sin dal primo contatto pubblicitario; già in questa fase devono, infatti, essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per un’immediata percezione dell’offerta economica pubblicizzata, non potendosi escludere il rischio di errore per il solo fatto che il consumatore sia posto in grado di conoscere le condizioni dell’offerta in un momento successivo ed eventuale. Se così non fosse si finirebbe per imporre un onere ingiustificato sul consumatore, in spregio dell’onere gravante sul professionista di fornire un’informazione tendenzialmente completa, chiara ed univoca, anche nelle modalità di presentazione dell’offerta e di rappresentazione dei suoi elementi conoscitivi essenziali e rilevanti. (Sentenze n. 634 del 20 gennaio 2010, *Bagno Sebach “Top San”*; n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto Televisore*; n. 633 del 20 gennaio 2010, *Blue Express Commissioni non chiare*; n. 645 del 21 gennaio 2010, *Dada Loghi e Suonerie*; n. 646 del 21 gennaio 2010, *Suonerie.It – Suonerie per Cellulari*; n. 648 del 21 gennaio 2010, *PS1325 Zeng Loghi e Suonerie*; n. 1961 dell’11 febbraio 2010, *British Institute Corsi di lingua inglese estivi*; n. 1947 dell’11 febbraio 2010, *Argo Promozioni Immobiliari*; n. 2828 del 23 febbraio 2010, *Fotovoltaico - Multiutility.It*; n. 3287 del 3 marzo 2010, *Studio Erredue - Assistenza Infortunistica Stradale*; n. 12364 del 19 maggio 2010, *Accord Italia – Carta Auchan*; n. 20910 del 24 giugno 2010, *Centro “Gli Orsi” 120 Negozi*, n. 24994 del 13 luglio 2010, *Tim Sogno*; n. 19892 del 22 giugno 2010, *Tim Variazioni Unilaterali Autoricarica*; n. 30428 del 9 agosto 2010, *E’ Domenica Papa’*; n. 32371 del 20 settembre 2010, *Free Tour*; n. 30421 del 9 agosto 2010, *Mediaworld gli europei che vorrei*; n. 39175 del 30 dicembre 2010, *Ipercoop Milazzo*). Inoltre, pur essendo inesigibile in presenza di un messaggio promozionale diffuso tramite SMS l’indicazione di elementi eccessivamente dettagliati, l’onere di completezza e chiarezza “*impone un, pur sintetico e possibile, richiamo a tutti gli elementi dell’offerta che concorrono a determinarne l’effettiva portata, risultando altrimenti il messaggio idoneo ad indurre in errore i consumatori in quanto ambiguo e confusorio*” (Sentenza n. 36114 del 13 dicembre 2010, *Corso Wall Street*). I limiti di tempo e di spazio

non escludono, infatti, la possibilità per il professionista di optare per una diversa evidenza grafica o enfasi relativamente ad informazioni indispensabili ai fini della corretta percezione, da parte del consumatore, delle reali caratteristiche dell'offerta (Sentenza n. 37647 del 20 dicembre 2010, *Sprintours*).

Relativamente alle pratiche commerciali diffuse tramite *internet* il Tar ha osservato che “*una volta determinato il c.d. "aggancio" del consumatore, il solo fatto che lo stesso sia indotto a "consultare il sito per ottenere ulteriori informazioni aumenta le possibilità che lo stesso possa poi effettivamente decidere di fruire delle prestazioni del professionista, per cui l'intento promozionale, una volta che il consumatore consulta il sito, può dirsi di per sé raggiunto*” (Sentenza n. 27458 del 21 luglio 2010, *Sardinia Ferries Auto ad 1 €*). In applicazione di tale orientamento, si è ritenuto che l'ingannevolezza di un messaggio non possa essere esclusa in ragione del fatto che il consumatore, prima della stipula del contratto, e dunque ad effetto pubblicitario avvenuto, possa conoscere in dettaglio tutti gli aspetti che lo caratterizzano (Sentenze n. 647 del 21 gennaio 2010, *Zed Sms non richiesti*; n. 35333 del 3 dicembre 2010, *It.Leo.Net – Suonerie e Loghi*; n. 37651 del 20 dicembre 2010, *H3G One Club*).

Nella sentenza n. 633 del 20 gennaio 2010, *Blue Express Commissioni non chiare*, il Tar ha considerato insufficiente l'apposizione dell'asterisco - che rinviava a diciture riportate con caratteri eccessivamente piccoli rispetto al *claim* principale - quale strumento per rendere concretamente percepibile ai destinatari del messaggio la presenza di elementi ulteriori e rilevanti dell'offerta pubblicizzata (ovvero il costo aggiuntivo per le carte di credito e il numero limitato dei posti disponibili); ciò in quanto l'ingannevolezza può discendere, “*oltre che dall' omissione di elementi di rilievo, anche dalle modalità grafiche ed expressive con cui gli elementi del prodotto vengono rappresentati all'interno del messaggio e dalle scelte in ordine all'enfatizzazione di alcuni di essi*” (si cfr. anche Sentenza n. 36119 del 13 dicembre 2010, *-Bioscalin Crescita Capelli*).

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 4905 del 27 luglio 2010, *Fastweb Apparati in casa d'utente*, ha precisato che, “*nel quadro di una tutela del consumatore rispetto al professionista tutta fondata sugli obblighi di informazione a favore del primo*”, affinché nella decisione sulla completezza dell'informazione si possa tener conto in senso favorevole al professionista delle “*restrizioni in termini di spazio*”, cui rinvia l'articolo 22, comma 3, del Codice del Consumo, è necessario che si tratti di restrizioni cogenti.

Nella decisione n. 1549 del 17 marzo 2010, *Associazione Turistica di Tirolo*, la valutazione di ingannevolezza è stata ricondotta anche all'obiettiva difficoltà per l'utente medio di comprendere la duplicità di funzioni dell'Associazione, la quale, per un verso,

continuava le attività della soppressa Azienda di Soggiorno e Turismo svolgendo le medesime attività di interesse pubblico e, per altro verso, erogava servizi esclusivi in favore delle imprese associate.

Completezza informativa dei messaggi relativi a prezzi e tariffe

Con particolare riguardo al prezzo del prodotto o del servizio offerto il Tar ha considerato ingannevoli i messaggi in cui “*a fronte di una tariffa soltanto apparente venga a contrapporsi una tariffa effettiva del servizio offerto ben superiore, senza che al consumatore sia dato di poter ricostruire, in termini di costo reale, l’esborso che sarà tenuto ad affrontare ove intenda aderire all’offerta*”; analoga valutazione è stata riservata ai “*messaggi che impongono al consumatore l’effettuazione di calcoli macchinosi o comunque disagevoli*”. Per cui, secondo la giurisprudenza, il professionista, quando sceglie di reclamizzare il prezzo di un servizio di trasporto scomponendone le voci di costo determinabili ex ante, deve indicare tutte le predette componenti tariffarie in modo contestuale e con pari evidenza grafica. Ciò implica a contrario che non può “*escludersi la legittimità della reclamizzazione [...] in cui l’esborso finale richiesto scaturisca, con sufficiente immediatezza e con ragionevole percepibilità, dalla composizione addizionale di componenti di prezzo fornite in modo contestuale e con pari grado di enfasi espressiva, o almeno che abbia un rilievo grafico tale da rendere concretamente percepibile la presenza di tali elementi – ulteriori – rispetto al quello immediatamente visualizzabile per effetto dell’evidenza assunta dal claim principale*” (Sentenze n. 8263 del 23 aprile 2010, *Azienda Energetica di Bolzano*; n. 27458 del 21 luglio 2010, *Sardinia Ferries Auto ad 1 €*).

Sempre in tema di completezza informativa dei messaggi riguardanti il prezzo di un prodotto, nella sentenza n. 32200 del 9 settembre 2010, *Per Sempre Arredamenti*, è stata considerata ingannevole la comunicazione pubblicitaria che omette di indicare il prezzo originario di listino sul quale sarà applicato lo sconto, in quanto l’informazione omessa è tale da indurre in errore i destinatari in ordine alle effettive caratteristiche e agli elementi essenziali dell’offerta pubblicizzata.

Pratiche commerciali scorrette in ogni caso ingannevoli

Conformità e approvazione di un prodotto

Per quel che attiene alle pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli, si segnala la sentenza n. 634 del 20 gennaio 2010, *Bagno Sebach “Top San*, in cui il giudice di primo grado, muovendo dal presupposto che il concetto di conformità deve essere riferito a prescrizioni aventi rilievo giuridico nell’ambito di un giudizio di relazione, ha qualificato

come in sé ingannevole il messaggio pubblicitario che dichiara la conformità di un prodotto in mancanza di regole eteroindotte.

Nella sentenza n. 4795 del 21 luglio 2010, *Federazione Italiana Medici Pediatri*, è stato giudicato in sé ingannevole l'uso del termine "approvato", poiché l'approvazione cui si riferiva non risultava essere il frutto dell'esecuzione da parte della Federazione dei Pediatri di procedure di verifica sulle caratteristiche intrinseche dei prodotti, ma la conseguenza di contratti a titolo oneroso volti ad incrementare la vendita dei prodotti stessi.

Disponibilità dei beni offerti

Nella sentenza n. 24994 del 13 luglio 2010, *Tim Sogno*, il Tar, dopo aver richiamato l'art. 23, comma 1, lettera g), del d.lgs. n. 206/2005, ha osservato che "proprio la reiterazione di proroghe della promozione commerciale [...] è rivelatrice di una strategia commerciale volta a introdurre quella "pressione" in ordine alla decisione commerciale che la disposizione mira a evitare [...]", ritenendo condivisibile la valutazione dell'Autorità secondo cui tale strategia appariva chiaramente finalizzata a creare nei consumatori l'impressione del particolare vantaggio collegato alla specifica e non ripetibile promozione e, quindi, a sollecitarne l'acquisto immediato.

Limiti alla capacità di fornire i prodotti al prezzo offerto

Il Tar ha confermato che un messaggio può essere considerato ingannevole anche in relazione alla mancata indicazione del numero dei biglietti disponibili al prezzo pubblicizzato, là dove tale numero non risulti congruo rispetto a quanto prospettato nell'offerta e alla domanda sollecitata attraverso la campagna pubblicitaria (Sentenza n. 633 del 20 gennaio 2010, *Blue Express Commissioni non chiare*).

Rilevanza del contesto

Al riguardo il Tar enfatizza anche la rilevanza del settore di riferimento, ossia del trasporto aereo. Al proposito il Collegio ricorda come "le peculiarità del settore hanno sollecitato interventi normativi volti a dettare una regolamentazione delle modalità di presentazione al pubblico del prezzo complessivo del biglietto aereo al fine di favorirne la trasparenza, di garantire ai consumatori un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi costi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato, venendosi a determinare, in tale contesto, una scomposizione in diversi elementi del costo del servizio di trasporto aereo, raggruppabili nelle due macrocategorie della "tariffa" e delle 'tasse ed oneri aeroportuali'. Quadro questo che lascia chiaramente intendere come in tale settore del

trasporto aereo rivesta particolare delicatezza ed importanza l'obbligo di correttezza e completezza informativa, con conseguente rafforzamento dell'onere di diligenza professionale incombente sui vettori”.

Pratiche commerciali scorrette ingannevoli rivolte a minori e adolescenti

Nel periodo considerato il Tar è intervenuto a definire l'ambito di operatività della violazione di cui all'articolo 21, comma 4, del Codice del Consumo esplicitando che ai fini della rilevabilità di tale fattispecie non è necessario che la pratica commerciale sia direttamente rivolta ai minori essendo piuttosto sufficiente che la stessa sia suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti minacciandone anche indirettamente, la salute e sicurezza (Sentenza n. 24991 del 13 luglio 2010, *Red Bull*). Nella medesima pronuncia, dopo aver riportato il punto 9) del preambolo della direttiva Ce n. 29/05, è stata confermata la piena legittimità della normativa italiana non ostando la normativa comunitaria, in alcun modo, *“alla conservazione o introduzione, in materia di pratiche commerciali, da parte degli Stati membri, di disposizioni rivolte alla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori limitatamente al proprio territorio e indipendentemente dal luogo di stabilimento del professionista, anche quindi se residente in altro Stato membro”*.

Il Tar del Lazio ha, altresì, ribadito che *“appare particolarmente censurabile la tecnica adottata, di diretta sollecitazione dei bambini, i quali vengono invitati, attraverso un messaggio del quale non è in alcun modo palesata la natura pubblicitaria, ad esortare i genitori ad attivare il servizio telefonico a pagamento”* (Sentenza n. 30428 del 9 agosto 2010, *È domenica papà*).

Pubblicità occulta

Nozione

Quanto alla pubblicità occulta, nelle sue due manifestazioni di “pubblicità redazionale” e di “product placement”, nelle pronunce rese nel corso del 2010 è stato confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui *“La pubblicità occulta, [...] nella multiformità delle sue espressioni, disorienta il pubblico dei consumatori, aggirandone i naturali meccanismi di difesa e reazione, oltre, naturalmente, ad alterare la ideale situazione di parità delle imprese nel confronto concorrenziale”*. Al riguardo, il giudice ha precisato che, affinché una comunicazione possa essere ritenuta “pubblicitaria” non basta che sia idonea a generare un oggettivo effetto promozionale, ciò che assume rilievo essenziale è l'esistenza di uno specifico scopo promozionale connesso alla citazione o all'esposizione di un prodotto e condiviso dal committente e dal proprietario del mezzo di diffusione (Sentenze

n. 30466 del 9 agosto 2010, *Pubblicità occulta Monella Vagabonda*; n. 4189 del 17 marzo 2010, - *Wash Dog*; n. 18462 del 17 giugno 2010, *Pubblicita' Occulta - Gioielli My Mara*; n. 12285 del 19 maggio 2010, *Area Film*; n. 33355 del 10 novembre 2010, *Pellicola Microprismatica*; n. 33475 del 16 novembre 2010, *Pubblicità redazionale Periodici vari*).

Rapporti tra pubblicità occulta e pubblicità ingannevole e subliminale

Nella sentenza n. 4189 del 17 marzo 2010, *Wash Dog*, il Tar ha rilevato la sussistenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra pubblicità ingannevole e pubblicità occulta, in virtù del quale “*la seconda si configura come una forma precipua della prima, della quale ripete, addirittura amplificandoli, i caratteri di possibile pregiudizio per il mercato dei consumatori*” e ha chiarito che la pubblicità occulta costituisce fattispecie diversa dalla pubblicità subliminale.

Accertamento mediante elementi presuntivi

Ai fini della prova della sussistenza di una fattispecie di pubblicità occulta il giudice amministrativo ha avallato nuovamente il *modus operandi* dell’Autorità ritenendo “*possibile pervenire all’individuazione dello scopo promozionale sulla base di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, anche in mancanza della prova storica del rapporto di committenza, che solo eccezionalmente può essere acquisita, essendo nella esclusiva disponibilità delle parti*”. E’ stata, altresì, confermata la legittimità dei criteri utilizzati ai fini dell’accertamento della natura promozionale di un messaggio, vale a dire: 1) l’esibizione ripetuta del marchio del prodotto; 2) la strumentalità dell’esibizione rispetto all’opera artistico - intellettuale. Quanto al primo elemento, valore dirimente riveste l’“innaturalità” dell’esibizione del prodotto da valutarsi in relazione all’insistenza sul marchio, alla reiterazione delle citazioni o alla gestualità esasperata, forzata o comunque artificiosa dei personaggi. Con riguardo, invece, alla strumentalità della rappresentazione rispetto al contesto, la giurisprudenza amministrativa ha valutato la necessarietà, ovvero l’utilità, dell’esibizione del prodotto rispetto alle esigenze narrative (oltre alle sentenze del Tar citate si cfr. Consiglio di Stato, decisioni n. 1193, 1194 e 1195 del 2 marzo 2010, *Linda e il brigadiere II*; n. 1435 dell’11 marzo 2010, *Giubbotti Adidas Su Sky Sport I*; n. 2134 del 15 aprile 2010, *Sun Day*; n. 33475 del 16 novembre 2010, *Pubblicità redazionale Periodici vari*).

Pratiche commerciali aggressive

L’elemento costitutivo dell’aggressività

Relativamente alla rilevabilità del requisito dell’indebito condizionamento, il giudice di primo grado ha precisato che è “*fatto del tutto notorio che l’uso del telefono per la*

promozione e l'attivazione di contratti" può dar luogo a forme di "pressione" psicologica nei confronti dei consumatori, "di talché, se non vengano adottati stringenti strumenti di controllo nei confronti degli operatori, possono facilmente prodursi proprio quelle forme di "indebito condizionamento" che il Codice del Consumo ha inteso scongiurare" (Sentenza n. 4931 del 29 marzo 2010, *Wind Absolute Tariffa*). Per il giudice, l'indebito condizionamento è da ritenersi sussistente anche quando, tenuto conto dell'esistenza di un'elevata asimmetria informativa tra il professionista ed il consumatore, la commercializzazione a distanza nelle sue modalità realizza forme di pressione e di intrusione nella sfera del consumatore tali da renderlo totalmente dipendente dal professionista per quanto riguarda la conoscenza degli elementi rilevanti in ordine alla conclusione del contratto e alle caratteristiche del servizio. La presunzione di aggressività, di cui all'art. 26, lett. f) del Codice del Consumo, sussiste pure nell'ipotesi in cui il professionista, con un comportamento successivo alla realizzazione della pratica, provveda a rimborsare le somme illegittimamente richieste (Sentenza n. 19893 del 22 giugno 2010, *Telecom Alice connessione non richiesta*). Profili di aggressività sono stati rilevati anche nella condotta consistente nell'omissione delle informazioni richieste dai consumatori in merito ai contratti di finanziamento dagli stessi stipulati nonché nella pretesa di pagamento di finanziamenti per i quali non vi fosse certezza dell'avvenuta conclusione del contratto, né della sua regolarità. In tale ipotesi l'aggressività è stata ricondotta all'opposizione di un ostacolo all'esercizio dei diritti dei consumatori (Sentenze n. 33131 del 3 novembre 2010, *Curativa Trattamenti per il viso*; n. 36114 del 13 dicembre 2010, *Corso Wall Street*).

Nella sentenza n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto televisore*, il Tar ha, invece, negato che l'assenza di consapevolezza da parte dei clienti dell'effettivo oggetto del contratto che si accingono a sottoscrivere - sebbene rilevante ai fini dell'individuazione di una pratica commerciale scorretta ingannevole - possa assumere anche una connotazione aggressiva, non rivelando tale condotta carattere coercitivo rispetto alla libertà di determinazione del consumatore.

Con riferimento all'accertamento della condotta relativa all'adozione di un atteggiamento dilatorio nell'evasione delle richieste dei clienti di cancellazione dell'ipoteca, il giudice amministrativo ha rilevato come la qualificazione della fattispecie effettuata dall'Autorità, ed in particolare la riconducibilità della condotta ad una violazione anche dell'art. 26, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo, non può essere condivisa, in quanto tale norma, "che tipizza una particolare fattispecie di pratica commerciale aggressiva, fa specifico riferimento ai diritti dei consumatori relativi a polizze assicurative" (Sentenza n. 12281 del 19 maggio 2010, *Intesa San Paolo Cancellazione Ipoteca*).

Disciplina sulla pubblicità ingannevole e libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.)

Nella sentenza n. 36113 del 13 dicembre 2010, *Posteshop*, il giudice amministrativo ha affrontato la questione dei rapporti tra la disciplina a tutela del consumatore e la libertà di iniziativa economica privata, di cui all'articolo 41 Costituzione, evidenziando come tale libertà non venga riconosciuta come assoluta, ma nell'ambito di un sistema in cui deve essere coniugata con il rispetto dell'utilità sociale e con l'esigenza di non recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana. Tali confini non escludono, dunque, secondo il giudice, che *“esigenze di tutela di valori sociali di rango parimenti primario possano suggerire condizionamenti e temperamenti al dispiegarsi dei diritti individuali”*, soprattutto quando tali limiti siano volti a tutelare il corretto dispiegamento della stessa libertà di iniziativa economica e non appiano incongrui o irragionevoli (art. 41, commi 1 e 2, Cost.).

Nessuna illegittima compressione dell'iniziativa economica privata può pertanto derivare dalla normativa in materia di pubblicità ingannevole (così come da quella riferita alle pratiche commerciali scorrette) trattandosi di disciplina che, nell'ottica della tutela del consumatore, è funzionale alla stessa difesa del principio di libertà di iniziativa economica.

SANZIONI

Carattere “educativo” della sanzione

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 18462 del 17 giugno 2010, *Pubblicità occulta-Gioielli My Mara*, ha confermato che le sanzioni pecuniarie in materia di pratiche commerciali scorrette hanno una valenza plurifunzionale, al contempo educativa ed afflittiva: esse, infatti, *“non tendono soltanto a colpire il soggetto che abbia commesso un'infrazione, quanto e soprattutto ad ingenerare una indiretta coazione psicologica nei confronti degli altri soggetti, al fine di determinare una contropinta all'eventuale spinta all'infrazione”*.

Proporzionalità della sanzione

Il principio di proporzionalità costituisce un corollario del principio di ragionevolezza e di parità di trattamento di situazioni uguali che ha derivazione costituzionale (art. 3 Cost.) e investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino. Esso *“si articola nei distinti profili inerenti l'idoneità, ovvero il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito [...] ; la necessità, ovvero l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del*

singolo[...]; l'adeguatezza, ovvero la tollerabilità della restrizione per il privato [...]” (Tar Lazio, n. 3648 del 20 dicembre 2010, *Sprintours*; n. 36114 del 13 dicembre 2010, *Corso Wall Street*; n. 33131 del 3 novembre 2010, *Curativa – Trattamenti per il viso*, e n. 5323 del 31 marzo 2010, *Zenith formazione professionale*).

Disparità di trattamento

Il Tar ha confermato il principio secondo cui, perché sussista un vizio di disparità di trattamento rispetto ad un diverso professionista nell’ambito di un diverso procedimento riguardante analoghe fattispecie, è necessaria “*l’identità (o almeno la totale assimilabilità) delle situazioni di base poste a raffronto*” (n. 12325 del 19 maggio 2010, *Italfondiaria cancellazione ipoteca*) e la completa sovrapponibilità di tutti gli elementi di rilievo delle fattispecie sanzionate (n. 36114 del 13 dicembre 2010, *Corso Wall Street*; n. 36112 del 13 dicembre 2010, *Carrefour – Buoni rimborso spesa*; n. 33791 del 22 novembre 2010, *Gruppo G.E.A.*; n. 30466 del 9 agosto 2010, *Pubblicità occulta Monella Vagabonda*;).

Rilevanza dell’elemento soggettivo

Il Tar 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. 14856 del 3 giugno 2010, *Wind scadenza credito*; 9 agosto 2010, n. 30466, *Pubblicità occulta Monella Vagabonda*).

Cumulo materiale delle sanzioni

Il Tar, nella sentenza n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto Televiore*, ha confermato che, in presenza di una molteplicità di condotte ascritte alla responsabilità delle ricorrenti, trova applicazione il criterio del cumulo materiale di sanzioni, in luogo del cumulo giuridico.

Gravità della pratica

Dimensione economica del professionista

Il Tar ha confermato la rilevanza della dimensione economica dell’impresa quale parametro di cui tenere conto in sede di quantificazione dell’ammenda. A tal fine, la

dimensione economica va considerata non solo perché costituisce uno dei parametri specificamente elencati dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981 (richiamato dall'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo), al fine di assicurare gli effetti deterrenti della sanzione, ma anche perché essa, secondo un consolidato orientamento dell'Autorità, è idonea, di per sé, a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e, pertanto, ad aggravarne la valenza lesiva ove la stessa integri anche una pratica commerciale scorretta (Sentenze n. 3648 del 20 dicembre 2010, *Sprintours-Promozione pacchetti turistici*; n. 33791 del 22 novembre 2010, *Gruppo G.E.A.*; n. 33131 del 3 novembre 2010, *Curativa – Trattamenti per il viso*; n. 32371 del 20 settembre 2010, *Free Tur*; n. 30466 del 9 agosto 2010, *Pubblicità occulta Monella Vagabonda*; n. 30421 del 9 agosto 2010, *Mediaworld gli Europei che vorrei*; n. 12364 del 19 maggio 2010, *Accord Italia-Carta Auchan*; n. 4931 del 29 marzo 2010, *Wind Absolute Tariffa*; n. 648 del 21 gennaio 2010, *Zeng Loghi e Suonerie*; n. 647 del 21 gennaio 2010, *Zed sms non richiesti*; n. 646 del 21 gennaio 2010, *Suonerie per cellulari*; n. 645 del 21 gennaio 2010, *Dada loghi e suonerie*).

Nella sentenza n. 30428 del 9 agosto 2010, *E' domenica papà*, il Tar ha poi ritenuto corretto il riferimento “*non già ai soli ricavi del servizio offerto, ma alla complessiva dimensione economica del professionista*”, necessaria a valutare “*la posizione di mercato*” del professionista e ad assicurare un’adeguata efficacia deterrente della sanzione irrogata (cfr. anche n. 27500 del 2 agosto 2010, *Wonderfood Eukanuba*).

Notorietà del professionista

Il Tar, nella sentenza n. 33355 del 10 novembre 2010, *Pellicola microprismatica*, ha considerato rilevante il fatto la pratica commerciale scorretta fosse stata posta in essere dall’impresa leader del settore; il Tar ha inoltre confermato che la notorietà e la conseguente credibilità di cui un’impresa gode sul mercato costituiscono elementi idonei a rendere “*particolarmente offensiva*” la pratica commerciale scorretta di cui l’impresa stessa sia stata responsabile (n. 39175 del 30 dicembre 2010, *Ipercoop Milazzo*; n. 36119 del 13 dicembre 2010, *Bioscalin crescita capelli*; n. 12321 del 19 maggio 2010, *Accord – Carta Auchan*, e n. 36112 del 13 dicembre 2010, *Carrefour – Buoni rimborso spesa*).

Rappresentatività del professionista

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4795 del 21 luglio 2010, *Federazione Italiana Medici Pediatri*, ha confermato la “*rincarata gravità*” della pratica commerciale posta in essere da un’associazione di categoria in ragione del ruolo istituzionale svolto e del particolare credito di cui essa gode da parte dei consumatori.

Ruolo dei professionisti

Con riguardo ai gestori telefonici, il giudice di primo grado ha reputato fondati i profili di censura sollevati dagli operatori con riguardo all’*“assenza di congruità nella ponderazione dei ruoli attribuiti dall’Autorità ai soggetti coinvolti nel procedimento”*. Secondo il Tar, l’Autorità non avrebbe tenuto conto del fatto che nella consumazione dell’illecito la condotta omissiva del gestore *“è stata senza dubbio subvalente rispetto alla condotta attiva del provider, che ha realizzato e diffuso il messaggio, da ciò derivando l’incongruenza di un importo-base superiore a quello in concreto inflitto”* allo stesso content provider, rispetto al cui apporto partecipativo alla realizzazione della pratica scorretta l’Autorità avrebbe dovuto svolgere un’analisi concreta (Sentenze n. 3289 del 3 marzo 2010, *David 2 promozione servizi a decade 4*; n. 648 del 21 gennaio 2010, *Zeng Loghi e Suonerie*; n. 647 del 21 gennaio 2010 *Zed sms non richiesti*; n. 646 del 21 gennaio 2010, *Suonerie per cellulari*; n. 645 del 21 gennaio 2010, *Dada loghi e suonerie*).

Capacità di penetrazione della pratica

Il Tar 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, specie quando quest’ultima abbia avuto una diffusione ampia e reiterata; l’imponenza della campagna pubblicitaria e l’elevata capacità di penetrazione dei mezzi utilizzati (ad esempio tramite *spot TV*, *stampa*, *internet*) amplificano infatti la platea dei destinatari che ne sono stati raggiunti e accentuano il giudizio di gravità della condotta (tra le altre, sentenze n. 39175 del 30 dicembre 2010, *Ipercoop Milazzo*; n. 36119 del 13 dicembre 2010, *Bioscalin crescita capelli*).

La gravità della violazione va parametrata alla capacità di penetrazione del messaggio e non alla sua effettiva penetrazione, vale a dire che deve essere presa in considerazione la sua potenzialità decettiva, indipendentemente dal numero dei consumatori effettivamente tratti in inganno (Sentenza n. 33354 del 10 novembre 2010, *Agenzia Meeting - Incontri Gratuiti*).

Il Tar ha poi ritenuto che la diffusione tramite *internet* è *“intrinsecamente suscettibile di raggiungere una platea indeterminabile di potenziali consumatori, con potenzialità considerevolmente superiori rispetto ad una pubblicazione dell’informazione pubblicitaria su organi di stampa o riviste, ovvero veicolata da pubbliche affissioni”* (n. 33355 del 10