

interessati in relazione alle prospettive di redditività dell’attività proposta, alla reale diffusione della rete sul territorio, agli effettivi rischi e inerenti lo svolgimento dell’attività imprenditoriale.

EXPO GUIDE / BANCA DATI ON LINE

In due procedimenti l’Autorità ha valutato messaggi pubblicitari destinati a professionisti, consistenti in una comunicazione scritta, inviata tramite posta o per via e-mail, volta a promuovere un’attività di raccolta di nominativi di professionista italiani da inserire in una banca dati *on line* (PB628). In particolare, un’istruttoria ha avuto ad oggetto una comunicazione destinata ad imprese italiane, composta da una lettera di presentazione dell’iniziativa e da un allegato da compilare, con la quale la Expo Guide S.C. (avente sede legale a Città del Messico) proponeva un servizio gratuito di aggiornamento dati e un servizio a pagamento di iscrizione alla propria banca dati *on line* denominata “*Guida per fiere ed espositori*”. Le informazioni contenute nella comunicazione erano presentate in modo tale da ingenerare nei destinatari l’erroneo convincimento che la compilazione e il reinvio del modulo allegato alla lettera di presentazione non comportasse alcun onere economico, trattandosi di un mero aggiornamento dei propri dati aziendali in vista della partecipazione ad eventi fieristici mentre in realtà, così facendo, aderivano al servizio a pagamento di registrazione nella menzionata banca dati. L’Autorità ha ritenuto particolarmente subdolo il meccanismo di “aggancio” utilizzato e ha deliberato che il messaggio pubblicitario in esame fosse ingannevole, ai sensi degli artt. 1, 2 e 3 del Decreto Legislativo n. 145/07, irrogando a Expo Guide S.C. una sanzione amministrativa pecuniaria di 100mila euro.

Analogo messaggio pubblicitario è stato valutato nell’ambito del procedimento *Registro Italiano dei Medici* (PB586) anch’esso avente ad oggetto la promozione di una raccolta di nominativi di medici e di terapisti italiani nella banca dati *on line* “*Registro Italiano dei Medici*”. Nel caso di specie, nella lettera di presentazione era riportata l’indicazione del simbolo del caduceo, che ha indotto molti destinatari a ritenere che la comunicazione provenisse dall’ordine professionale e fosse quindi un’iniziativa di natura pubblica e non invece a cura di un operatore privato. Il procedimento si è concluso con una delibera di ingannevolezza, ai sensi degli artt. 1, 2 e 3 del Decreto Legislativo n. 145/07 e al professionista è stata irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 100 mila euro.

MEGAMONDO

Nel corso del 2011, alla società Arefilm Srl e alla controllante Videsystem Spa è stata contestata una seconda inottemperanza (IP114) alla delibera relativa al caso PI6050, con la quale erano stati censurati i messaggi dalle stesse diffusi nel 2007, tramite diversi siti internet, volti a promuovere l’affiliazione commerciale ad Arefilm, in quanto l’attività reclamizzata non rispondeva ai vanti di esperienza pluriennale richiamati, non assicurava alcun *know how*,

alcuna strategia commerciale e assistenza gestionale nei termini pubblicizzati e sottaceva un rapporto di fornitura con il quale l'affiliato si obbligava ad acquistare periodicamente VHS, DVD, materiale promozionale e distributori automatici prodotti e commercializzati da Videosystem. Le medesime società erano state oggetto di un primo provvedimento di contestazione dell'inottemperanza alla predetta delibera nel 2008 (IP41), confermate dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato. La nuova contestazione riguardava la diffusione tramite un diverso sito internet di messaggi volti a pubblicizzare l'affiliazione/Franchising Megamondo in termini sostanzialmente analoghi a quelli già ritenuti ingannevoli nel 2007. A conclusione del procedimento è stata irrogata una sanzione pecuniaria di 20 mila euro.

3. Sviluppi giurisprudenziali

Introduzione

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

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

Profili sostanziali

Rapporti tra disciplina generale del Codice del Consumo e disciplina settoriale

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

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

nelle fattispecie concrete, dall'Autorità antitrust" (sentenza Tar Lazio n. 3363 del 18 aprile 2011, *Italserfin*).

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

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

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

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

Nozione di professionista

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

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

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

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

La figura del co-autore non si configura come un *tertium genus* rispetto al committente ed all'autore, essendo possibile configurare un'ipotesi di concorso di persone nell'illecito

amministrativo. Ciò che rileva è che con il suo contegno abbia contribuito, in concorso con altri, alla realizzazione dell'illecito, non solo nel caso in cui tale contributo abbia avuto efficacia causale, ponendosi come condizione indefettibile alla realizzazione della violazione, ma anche in forma di un contributo agevolatore.

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

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

Nozione di consumatore medio

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

In particolare, il Consiglio di Stato si è soffermato sui settori ad alta evoluzione tecnologica, rilevando che, nel contesto di nuovi e diversificati servizi, i consumatori possono non conoscere nel dettaglio modalità e caratteristiche tecniche di funzionamento e, quindi, possono essere in genere non dotati delle competenze specifiche necessarie per rilevare e fronteggiare l'esistenza di pericoli connessi alla loro fruizione (sentenza n. 5303 del 26 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni*

speciali), specificando che non bisogna fare riferimento al grado di percezione di “*un consumatore adulto, smaliziato, esperto navigatore del web e perito nell'utilizzazione del computer*” (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

Il Giudice di secondo grado ha, inoltre, sottolineato che, al fine di garantire una effettiva tutela del consumatore sotto il profilo dell’informazione consapevole, occorre tenere adeguatamente conto della situazione di contesto quando sia caratterizzata da asimmetria e svantaggio informativi, oltre che da una minorata vigilanza del consumatore. Tale è, infatti, l’ipotesi, verificatasi nel caso di specie, in cui venga proposta al consumatore l’affiliazione ad una carta di credito *revolving* nel contesto di una determinata grande distribuzione. In particolare, in tale situazione, “l’esigenza di tutela è correlata alla sollecitazione agli acquisti incentrata sull’affievolimento - proprio di quel determinato tipo di contesto commerciale, facilitante la propensione al consumo - della percezione dell’indebitamento del sottoscrittore e dall’apparente disconnessione con il singolo prodotto da acquistare (anche grazie all’utilizzabilità della carta per ulteriori acquisti e per ulteriori finalità personali: es. prestiti personali o prelievi bancomat). In tale ipotesi, il Consiglio di Stato ha, dunque, ritenuto che “*il modello astratto di consumatore medio è da rapportare al contesto della grande distribuzione al dettaglio, con le caratteristiche comportamentali aggiuntive proprie di quel tipo di contesto, inclusi gli effetti induttivi all’acquisto, anche d’impulso o comunque non preventivato, per di più facilitati da una carta di credito*” (sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*).

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

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

Diligenza professionale

Nozione

Si è consolidato in sede di Consiglio di Stato l’orientamento secondo il quale la nozione di diligenza professionale assume rilievo specifico nell’ambito della disciplina delle pratiche

commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquilano (sentenza n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*).

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

Tale orientamento ha trovato conferma nella sentenza n. 5307 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*, nella quale il Consiglio di Stato rileva che “*indipendentemente da uno specifico obbligo derivante dalla normativa di settore (il d.m. n. 145/2006)*” le clausole contrattuali determinano la configurazione di una responsabilità editoriale concorrente del gestore mobile che, in quanto destinatario di un beneficio economico dalla pratica commerciale, avrebbe dovuto attivarsi concretamente per monitorare il contenuto dei messaggi diffusi dal provider all'utenza.

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

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

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

Non è sufficiente invece ad escludere la diretta responsabilità del professionista il fatto che gli adempimenti previsti dalla legge pongono consistenti difficoltà applicative o talune complessità a fronte della ingiustificata durata (oltre un anno) del periodo impiegato per uniformare le proprie procedure alla normativa sopravvenuta, periodo durante il quale i clienti dell’Istituto non hanno ottenuto la soddisfazione di un diritto espressamente attribuito dalla legge (Consiglio di Stato, sentenze nn. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*; n. 5368 del 26 settembre 2011, *BNL cancellazione ipoteca*). E’ stato inoltre confermato, nella sentenza Tar Lazio n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*, l’orientamento secondo cui la configurabilità di una “prassi di settore” rileva quale esclusione di responsabilità osservando nello specifico che “l’eventuale condotta di altri operatori economici [...] non costituisce ragione per escludere la scorrettezza della pratica commerciale in esame ove la stessa sia ritenuta tale sulla base della normativa di settore [...]”.

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

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, ai fini dell’assolvimento dell’onere di diligenza, il professionista, in un contesto come quello in questione, dovrebbe a partire dal primo contatto comunicazionale tenere un comportamento attivo (fare) con effetti visibili tali da compensare la minorata vigilanza del consumatore e salvaguardarne il diritto ad un’adeguata ed effettiva informazione (sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia Carta Auchan*). Ciò in ragione dello squilibrio informativo originario in cui si trova il consumatore medio nel commercio standardizzato, “aggravato dall’affievolimento della sua capacità di percezione e di salvaguardia generati dall’ambiente della grande distribuzione al dettaglio”, che

imporrebbe una condotta positiva di specifica cautela consumeristica per riequilibrare la nuova azione di induzione al consumo e all'esposizione finanziaria.

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

Il Tar, con sentenza n. 732 del 25 gennaio 2011, *Rinascente - Pagamenti rateizzati*, ha evidenziato come la diligenza professionale, generalmente richiesta, venga ad assumere carattere di accentuata rilevanza alla stregua della fondamentale indicazione di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c. e ciò in quanto viene in considerazione un criterio di "alta" diligenza professionale, di talché l'obbligo di diligenza è suscettibile di essere valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto del caso concreto suggeriscono e/o impongono.

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

La Sezione, dopo aver ripreso la definizione comunitaria della "diligenza professionale" (direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 11 Maggio 2005 n. 29), ribadisce l'orientamento giurisprudenziale (sent. TAR Lazio, Sez. I, 8 settembre 2009, n. 8394, cfr. pag. 49) in ordine all'esigenza che l'obbligo di chiarezza debba essere congruamente assolto "sin dal primo contatto pubblicitario, attraverso il quale devono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per una immediata percezione dell'offerta economica pubblicizzata".

Pratiche commerciali scorrette***Nozione di pratica commerciale scorretta***

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

Il Consiglio di Stato ha aggiunto poi che non qualsivoglia inadempimento ad obbligazioni negoziali possa o debba sempre e comunque costituire pratica commerciale scorretta. Il Codice del Consumo non consente infatti detta automatica commistione di profili: allorché, però, si sia in presenza di un preordinato e seriale venir meno agli obblighi negoziali contratti - ovvero anche in fase antecedente alla conclusione del contratto si prometta una prestazione che si sa essere impossibile da fornire - si è ben lungi dal trovarsi al cospetto di un singolo inadempimento, o inesatto adempimento reprimibile in via (esclusivamente) negoziale ai sensi degli artt. 1176, 1453 del codice civile, ma, ove sussista il pericolo di uno svilimento della scelta commerciale del consumatore la fattispecie integra pienamente (anche) quella della pratica commerciale scorretta (sentenza n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo Cancellazione Ipoteca*; sentenza n. 5368 del 26 settembre 2011, *Bnl Cancellazione ipoteca*).

Nozione di pregiudizio

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

Criteri di individuazione delle pratiche commerciali autonome

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

Valutazione dell'ingannevolezza

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

Claim salutistici

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

Rilevanza del contesto

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato i criteri con i quali verificare la completezza informativa del messaggio risentono anche del contesto in cui la pratica si inserisce. Emblematica la sentenza del Consiglio di Stato n. 3511 del 9 giugno 2011, *Prezzi bloccati elettricità*, con la quale il giudice ha rilevato che “*la particolare posizione di carenza informativa in cui si trova il consumatore in un mercato sol odi recente aperto alla libera concorrenza deve indurre il professionista a configurare il messaggio pubblicitario in termini più chiari e completi*”. Tale necessaria completezza informativa deve accompagnare

l'offerta sin dal momento in cui, attraverso il lancio pubblicitario, si stabilisce il primo contatto con il consumatore onde *“evitare che lo stesso possa rimanere attratto da un messaggio promozionale che percepisca come conveniente soltanto a causa della sua non piena intellegibilità”*. La disciplina normativa applicata si attesta su *“una frontiera di protezione del consumatore che si colloca temporalmente in posizione ben più anticipata rispetto alla fase prenegoziale o negoziale vera e propria”*.

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

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

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

Messaggi relativi a prezzi e tariffe

In sede di Consiglio di Stato con la sentenza n. 5785 del 27 ottobre 2011, *Sardinia Ferries Auto ad 1 euro*, si è affermato l'orientamento secondo il quale, avuto riguardo all'elemento di prezzo, la prospettazione delle condizioni tariffarie deve essere chiaramente ed immediatamente intelligibile e *“non devono dunque essere introdotte a carico del*

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

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

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

Sul punto, del resto, è stato chiarito che sono da ritenersi ingannevoli i messaggi pubblicitari in cui “*il prezzo finale ed effettivo del servizio non sia quello enfatizzato nel claim principale, ma a tale prezzo si debbano aggiungere*” ulteriori voci di costo “*in base ad indicazioni non contestuali e prive della stessa enfasi*”. Ciò in quanto, “*Se, in linea di massima, è l'omissione di alcuno degli elementi da cui dipende il prezzo del servizio*

pubblicizzato che può indurre in errore il consumatore e rendere ingannevole il messaggio con riguardo a tale profilo, anche le sole modalità di presentazione del prezzo possono indurre in errore il consumatore, e quindi porsi in contrasto con l'ampia previsione della norma richiamata, quando il messaggio pubblicitario enfatizza non il prezzo finale ed effettivo, ma un prezzo base a cui si aggiungono ulteriori costi ed oneri”.

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

Pratiche commerciali scorrette in ogni caso ingannevoli

Conformità e approvazione di un prodotto

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

Disponibilità dei beni offerti

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

Pubblicità occulta

Nozione

Con riguardo alla pubblicità non trasparente nella qualificazione delle fattispecie - per come configurate dal Codice del Consumo sia nell’ipotesi di omissione di indicazioni circa l’intento commerciale della pratica stessa (ai sensi dell’art. 22, comma 2 del Codice del

Consumo) sia nel caso dell’impiego di contenuti redazionali (c.d. product placement) nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto (ex art. 23, comma 1, lett. m del Codice del Consumo), le pronunce giurisprudenziali hanno confermato la necessità che la natura promozionale perseguita sia valutata non solo alla luce dell’effetto pubblicitario, ma tenendo presente altresì l’esistenza di uno specifico scopo promozionale.

Accertamento mediante elementi presuntivi

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

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

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