

Responsabilità dei professionisti

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

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

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

Pratiche commerciali aggressive

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

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

L'elemento che connota la condotta aggressiva e la distingue dalla pratica scorretta (al punto che la medesima condotta non può integrare entrambe le fattispecie) è l'indebito condizionamento inteso come coercizione della volontà del consumatore. Il Giudice di secondo grado ritiene, infatti, che la mera ambiguità informativa non trasmoda in un indebito condizionamento perché non fa fulcro su alcuna situazione necessitante come sarebbe una presumibile situazione di bisogno (o circostanza tragica), né rivela tale condotta carattere coercitivo rispetto alla libertà di determinazione del consumatore (sentenze n. 3763 del 22 giugno 2011, *Accord Italia*; n. 720 del 31 gennaio 2011, *Enel Energia Bolletta Gas*; nello stesso senso, Tar Lazio n. 6356 del 15 luglio 2011, *Ducato – Carta revolving*).

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

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

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

Il Giudice di secondo grado ha altresì riconosciuto la natura aggressiva delle pratiche poste in essere da Telecom per la condotta realizzata da tale operatore consistente nell'esigere dal consumatore il pagamento di servizi (anche quelli non richiesti consapevolmente) *“prospettando agli utenti la sanzione del distacco della linea telefonica in caso di mancato pagamento delle telefonate verso le numerazioni satellitari internazionali ovvero l'esecuzione coattiva del credito in caso di traffico verso le numerazioni non*

geografiche” (sentenze nn. 5303, 5306, 5307, 5363, 5364 e 5365 del 21 settembre 2011, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*).

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

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

Profili sanzionatori

Sindacato del giudice amministrativo

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

Proporzionalità della sanzione

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

Disparità di trattamento

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

Rilevanza dell'elemento soggettivo

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

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

Cumulo materiale delle sanzioni

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

Gravità della pratica

Asimmetria informativa

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

Dimensione economica del professionista

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

In due occasioni, tuttavia, il Tar ha poi ritenuto corretto, al fine di garantire la proporzionalità della sanzione, tener conto, in sede di valutazione del criterio della dimensione economica del professionista, non del fatturato complessivo dallo stesso realizzato, bensì degli utili di esercizio conseguiti dal professionista o dei soli ricavi derivanti dalla vendita del prodotto oggetto della violazione (sentenze n. 2084 dell’8 marzo 2011,

Trony variazioni di prezzi, e n. 2565 del 23 marzo 2011, *GIL accappatoio in microfibra*). Avverso tali pronunce l'Autorità ha proposto appello ed è, ad oggi, in attesa dell'esito di tali giudizi di secondo grado. Tuttavia, anche il Consiglio di Stato, secondo un primo orientamento assunto sul punto, tenuto conto della peculiarità del caso di specie, sembra confermare la posizione del Tar sopra illustrata (sentenze n. 5785 del 27 ottobre 2011, e n. 5115 del 13 settembre 2011, *Alixir Vivi al meglio*).

Appartenenza al gruppo

Il Consiglio di Stato ha chiarito il principio secondo cui l'importanza e la dimensione economica di una società parte di un gruppo è maggiore di quella di una società avente un identico bilancio ma non appartenente ad alcun gruppo. Ciò in considerazione dei vantaggi che l'appartenenza al gruppo è idonea ad apportare al professionista sia sotto il profilo della definizione della sua importanza nel settore - ove emerge come proiezione del gruppo - sia con riguardo alla sua effettiva dimensione economica, attesa la possibilità di ricevere sostegno finanziario dal gruppo stesso (sentenza n. 4202 del 12 luglio 2011, *Centro "Gli orsi" 120 negozi*).

Ruolo dei professionisti

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

Capacità di penetrazione della pratica

Il Consiglio di Stato ha confermato che la valutazione in ordine alla gravità di una pratica commerciale scorretta non può prescindere dalla valutazione della sua pervasività e della sua potenzialità offensiva, rispetto alla quale è necessario tener conto delle modalità di realizzazione della campagna pubblicitaria, nonché dell'articolazione della stessa specie

quando quest'ultima sia caratterizzata da una pluralità dei mezzi utilizzati (ad esempio tramite spot TV, radio, volantino, internet). In particolare, il Consiglio di Stato, confermando la posizione già espressa dal giudice di primo grado (Tar Lazio sentenza n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*), ha ritenuto che la diffusione tramite web risulta essere un mezzo potenzialmente idoneo a raggiungere una “platea sterminata di utenti” (sentenze n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile Suonerie gratis*).

Debolezza del consumatore

Il Consiglio di Stato si è soffermato sulla specificità del target costituito dagli adolescenti nel settore dei servizi di telecomunicazioni. Secondo il Giudice di secondo grado, infatti, la tipologia di servizi offerti (ricezione di servizi di intrattenimento, chat line, loghi, suonerie, giochi, informazioni e messengerie varie) si rivolge, per così dire, ontologicamente ai minori, che configurano in tal senso destinatari particolarmente vulnerabili delle pratiche poste in essere dai professionisti del settore. Ciò si evince, a parere del Giudice, dalla complessiva direzione della campagna pubblicitaria che risulta, nel caso di specie, principalmente diretta al target dei consumatori adolescenti e trova conferma in “una serie di studi ufficiali ascrivibili a qualificate organizzazioni italiane, europee e mondiali agevolmente reperibili su internet” (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011, *Neomobile suonerie gratis*).

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

Pregiudizio economico

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

Circostanze attenuanti

Secondo il Giudice amministrativo possono assumere valenza attenuante ai sensi dell'art. 11 della legge n. 689/81 unicamente quei comportamenti cui sia riconducibile una effettiva

funzione riparatoria e ripristinatoria rispetto alle conseguenze della violazione. In particolare, il Consiglio di Stato, accogliendo l'appello sul punto proposto dall'Autorità, ha ritenuto che la cessazione della condotta rileva correttamente ai soli fini della individuazione della durata e non integra una fattispecie di ravvedimento operoso (sentenza n. 5368 del 26 settembre 2011, *BNL cancellazione ipoteca*).

Profili procedurali

Richiesta di intervento

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

Comunicazione di avvio del procedimento e tutela del contraddittorio

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

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

Secondo il Giudice amministrativo, non esiste un principio generale in base al quale la concreta modulazione delle garanzie difensive - comunque da assicurare in fase

infraprocedimentale - debba strutturarsi attraverso la immediata formulazione della ipotesi d'accusa né attraverso la integrale ostensione delle fonti di prova a carico. La qualificazione giuridica della condotta ascritta ad un soggetto può risentire della iniziale fluidità della impostazione accusatoria, per poi compiutamente definirsi con l'atto finale, non ravvisandosi alcuna lesione al diritto di difesa ed ai principi del giusto procedimento (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2*; n. 4799 del 24 agosto 2011, *ISFAR*; n. 4800 del 24 agosto 2011, *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca*; Tar Lazio, sentenza n. 2409 del 21 marzo 2011, *Gruppo Intermedia*).

Diritto di difesa

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

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

Calcolo del termine finale

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

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

Audizione delle parti

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

Tale regime, del resto, risponde alla generale esigenza di non aggravio dei procedimenti e si inquadra armonicamente nel sistema ad istruttoria scritta che governa il procedimento amministrativo in materia di tutela del consumatore, che, come delineato dal regolamento sulle procedure istruttorie, appare già caratterizzato dalla più ampia possibilità per il soggetto incolpato di interloquire con l'Autorità (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2*, e n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 sms gratis*). In proposito, il Giudice ha chiarito che il mancato espletamento del mezzo istruttorio rileva solo se la parte dimostra che è stata così impedita l'acquisizione di elementi determinanti o che ciò è stata causa di un'errata valutazione delle circostanze di fatto (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2*; Tar Lazio, sentenza n. 1918 del 2 marzo 2011, *Gioco Digitale Italia*). Né, secondo il Giudice, v'è contrasto con l'art. 18, comma 2, della l. n. 689/81, dal momento che si tratta di un principio privo di valenza extrasettoriale idonea a renderla applicabile anche in settori governati da discipline di specie, come la materia delle pratiche commerciali scorrette (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2*, e n. 2256 del 12 aprile 2011, *10 sms gratis*). Del resto, l'art. 27 del Codice del Consumo richiama le disposizioni della l. n. 689/81 in quanto compatibili ed esclude che l'intera sezione II del capo I della legge (artt. 13- 31) possa trovarvi ingresso (Consiglio di Stato, sentenze n. 1809 del 24 marzo 2011, *David 2*).

Comunicazione delle risultanze istruttorie

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

Parere dell'Autorità di settore

Il Consiglio di Stato ha confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine al carattere obbligatorio, ma non vincolante del parere reso dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni laddove la diffusione del messaggio avvenga attraverso la stampa periodica o quotidiana, ovvero per via radiofonica o televisiva, o, comunque, mediante altro mezzo di telecomunicazione, parere da cui l'Autorità ha facoltà di discostarsi senza la necessità di una puntuale confutazione, essendo sufficiente un'adeguata motivazione sul punto (sentenza n. 4390 del 20 luglio 2011, *Pubblicità occulta gioielli My Mara*; concordemente Tar Lazio, sentenza n. 7134 del 24 febbraio 2011, *Findomestic*).

Accertamento rispetto a pubblicità cessate

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

Impegni***Potere discrezionale dell'Autorità***

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

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

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

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

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

Termine per la presentazione degli impegni

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

Impegni e pratiche commerciali manifestamente scorrette e gravi

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

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

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

PAGINA BIANCA