

pacchetti turistici provenienti da tour operator, di cui non si stata in alcun modo verificata l'attendibilità (sentenza C.d.S. n. 209 del 19 gennaio 2012 – *Blu Vacanze – Pacchetti Viaggio*).

Il Consiglio di Stato, ha affermato la responsabilità della società gestore del sito internet che, a seguito del provvedimento inibitorio nei confronti dell'operatore pubblicitario, non ha fatto quanto in suo potere per impedire l'ulteriore divulgazione del messaggio pubblicitario, dopo il primo provvedimento sanzionatorio, divulgazione che, pertanto, deve ritenersi imputabile alla società stessa (sentenza n. 2775 del 15 maggio 2012 - *De Pedrini Srl*).

Da ultimo in caso di condotte poste in essere dal professionista in mercati particolarmente complessi (quelli dell'energia e del gas), caratterizzati da un particolare asimmetria informativa, e che, per effetto della liberalizzazione, pongono il consumatore di fronte a valutazioni legate a variabili – tecniche ed economiche – di non facile comprensione, si richiede al professionista medesimo il rispetto di un livello di diligenza "rafforzato". Prosegue il giudice precisando che il fondamentale canone della diligenza professionale impone all'operatore commerciale che si avvalga dell'opera di altri soggetti un complessivo atteggiamento di assidua e puntuale attenzione sulla condotta che questi ultimi abbiano posto in essere (sentenza Tar Lazio n. 2734/2012 del 22 marzo 2012 - *Acea Attivazioni non richieste*).

Pratiche commerciali scorrette

Il Consiglio di stato ricostruisce la nozione di pratica commerciale ribadendo l'ormai consolidato principio giurisprudenziale secondo il quale è tale qualsiasi prassi rivolta ad *incertam personam*, sicché essa può estrinsecarsi "*anche in condotte che nei fatti poi risultano soggettivamente identificabili, senza necessità che la stessa debba dirigersi, numericamente, contro una consistente percentuale di consumatori o clienti, dell'impresa, ovvero concretarsi in condotte reiterate nel tempo*". Sul punto il giudice di secondo grado si è soffermato sulla irrilevanza della "*significatività statistica*" rispetto al dato percentuale dei consumatori o clienti destinatari delle pratiche commerciali scorrette poste in essere dal professionista in rapporto al suo intero portafoglio di clienti "*potendo tale dato tutt'al più rilevare quale criterio di valutazione della gravità oggettiva della condotta e del grado di colpevolezza in sede di determinazione dell'entità della sanzione*" (C.d.S. Sentenza n. 4753 del 7 novembre 2012- *ENEL energia -richiesta cambio fornitore-fornitura non richiesta e pubblicità*).

Nozione di pregiudizio

Il Tar ribadisce quanto già affermato da consolidata giurisprudenza amministrativa (C.d.S., sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1813) in relazione alla distinzione tra effetti della condotta ed effetti dell'illecito. Infatti, secondo il Collegio, perché una condotta sia illecita non deve necessariamente sostanziarsi in una concreta attuazione pregiudizievole,

bensi è sufficiente che essa abbia una potenzialità lesiva tale “*da consentire di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito (non già di danno) ma di mero pericolo*” (sentenza TAR n. 1575 del 25 gennaio 2012 – PS3805 *Flycell club sms non richiesti*, in senso conforme sentenza TAR n. 2387 del 9 marzo 2012 – *Fmr-Art'e'*; sentenza Tar Lazio n. 2734/2012 del 22 marzo 2012 *Acea attivazioni non richieste*; sentenza n. 5101 del 5 giugno 2012 – *Win Rent – contratto noleggio low cost*; sentenza n. 9347 del 14 novembre 2012 – *Lauree Ese*; sentenza n. 9349 del 14 novembre 2012 – *Immobiliare Priolo*).

Criteria di individuazione delle pratiche commerciali autonome

Il giudice di secondo grado conferma la correttezza del criterio di individuazione di una pluralità di pratiche autonome basato sull'eterogeneità e non assimilabilità ontologica dei prodotti offerti, ove le condotte contestate abbiano ad oggetto due beni diversi (energia elettrica e gas), non suscettibili di assimilazione sia riguardo alla fonte di produzione, sia riguardo agli impieghi, vale a dire i bisogni da soddisfare. Irrilevante la circostanza che l'offerta dei due prodotti venga effettuata in abbinamento dal momento che un'eventuale inscindibilità potrebbe teoricamente e residualmente discendere solo da scelte di politica commerciale dell'azienda fornitrice (C.d.S. sentenza n. 4753 del 7 novembre 2012-PS 91 - *Enel Energia* e, in senso conforme, sentenza Tar Lazio n. 2734/2012 del 22 marzo 2012 – *Acea*; in senso conforme Sent. Tar Lazio n. 866 del 26 gennaio 2012 – *Italgicom* e sent. TAR, Sez. I n. 6325/2012, del 12 luglio 2012 – *Consel*).

Gli elementi sui quali fondare la distinzione delle condotte ai fini di un loro esame separato e di una diversificata applicazione sanzionatoria sono stati individuati in altra pronuncia nella quale il giudice ha affermato il principio secondo il quale: l'individualità di una pratica commerciale “rilevante” transita attraverso l'emersione dei seguenti elementi: 1) il comportamento posto in essere dal professionista; 2) l'esistenza di un prodotto al quale il comportamento di cui sopra sia riferibile [...]; 3) la tensione teleologica fra il comportamento posto in essere dal professionista ed il prodotto; 4) l'articolazione temporale della/e condotta/e del professionista rispetto all'intento promozionale e/o alla collocazione del prodotto sul mercato, con riferimento alle azioni concretamente poste in essere al fine di attirare le attenzioni della (potenziale) clientela sull'oggetto della commercializzazione.

Inoltre, la sentenza precisa che la “*reductio ad unum [delle condotte] non può certo essere veicolata, [...] dalla omogeneità componentistica*”, né dalla “*unicità della strategia di impresa*” (Tar del Lazio, sez. I, sentenza n. 1569 del 15 febbraio 2012 - *Colussi*).

Nella sentenza n. 2387/12–*Fmr-Art'e'*, il Tar conferma, invece, la valutazione di unicità della pratica e l'ascrivibilità delle condotte, poste in essere nell'ambito di una complessa strategia di vendita conseguente ai messaggi, ad una unica pratica commerciale, poiché impingenti su fasi del processo di vendita necessarie a realizzare l'intento del professionista di promuovere e vendere le proprie opere.

Il Consiglio di Stato conferma la qualificazione come pratica autonoma della condotta consistente nell'attivazione di un *call center* a pagamento (899) per fornire informazioni ai clienti, ritenendola rilevante sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo e come tale autonomamente sanzionabile (C.d.S. sentenza n. 3585 del 29 maggio 2012 - *Barclays Bank - estinzione mutuo*).

Valutazione dell'ingannevolezza

Offerte di lavoro

Il Consiglio di Stato nel settore delle offerte di lavoro ha confermato l'orientamento secondo cui è ingannevole il messaggio pubblicitario diffuso dal professionista che offre corsi di formazione, laddove rappresenti in maniera generalizzata e pervasiva la "prospettiva sicura" di uno sbocco professionale (sentenza n. 5480 del 26 ottobre del 2012- *Education- corso per assistenti di poltrona*).

Claim salutistici – integratori alimentari

Il Consiglio di Stato afferma il principio secondo il quale i claim categorici ed assertivi circa l'esigenza di un uso generalizzato degli integratori alimentari pubblicizzati debbano fondare su evidenze scientifiche esaustive e solide (sentenza n. 3325 del 6 giugno 2012-PI 5659-*Piu'latte e Bestbreast di Milte Italia*).

Il giudice di primo grado ha confermato importanti principi relativi agli ambiti di competenza dell'Autorità e del Ministero della Salute, preposto all'applicazione della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 169 del 2004, relativa agli integratori alimentari, nonché al valore probante dei pareri scientifici resi dall'Efsa, ritenuto l'organismo più autorevole nella valutazione dei claim salutistici utilizzabili dagli operatori nel settore alimentare, il cui impiego è disciplinato dal c.d. Regolamento *Claims*.

Il giudice ha ritenuto inoltre che l'inserimento di alcuni claim censurati sull'etichetta del prodotto notificata al Ministero della Salute e la conseguente approvazione del loro contenuto *mediante silenzio-assenso, dallo stesso Ministero* nell'ambito della procedura di notifica ex d.lgs. 169/2004, non è condizione sufficiente per nutrire legittimo affidamento sulla correttezza del claim ai sensi del Codice del Consumo.

Il giudice ha ribadito il rapporto di complementarietà e non di alternatività in cui si pongono le norme, contenute nel d.lgs. 169/2004 e quelle del Codice del consumo, in ragione della diversità degli interessi pubblici istituzionalmente tutelati dalle amministrazioni rispettivamente competenti. L'attività dell'Autorità, infatti, è volta alla protezione del consumatore e degli interessi concorrenziali delle imprese, mentre il controllo svolto dal Ministero della Salute sull'etichettatura del prodotto prima dell'immissione in commercio

persegue la specifica finalità di verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana (sentenza Tar del Lazio n. 3503, del 18 aprile 2012 *Revidox*; in senso conforme sentenza Tar n. 7491 del 3 settembre 2012 - *Fish Factor*).

Garanzia legale dei prodotti di consumo

Il Tar, con riferimento alla garanzia legale di conformità dei prodotti di consumo prevista dal Codice del Consumo, ha espresso importanti principi in ordine agli oneri del venditore, ritenendo che detta disciplina assume rilevanza ai fini della verifica della correttezza della pratica commerciale posta in essere dal fornitore del prodotto (nella specie, rivenditori Apple).

Il giudice in particolare ha affermato che grava sul venditore l'onere di prendere in consegna il bene di cui il consumatore ha denunciato il difetto di conformità, nell'arco dei due anni dall'acquisto, al fine di verificare la causa del malfunzionamento, tenendo indenne il consumatore da qualsiasi ulteriore adempimento ed onere che renda più gravosa la fruizione della garanzia legale. Il venditore inoltre è tenuto ad effettuare la riparazione o la sostituzione del bene, entro un congruo tempo dalla richiesta, senza addebitare alcuna spesa al consumatore.

Da ultimo ha ritenuto contrastante con il principio di effettività di tale garanzia “*il rifiuto del venditore di prendere in consegna il bene al fine di effettuare la diagnosi del malfunzionamento una volta trascorsi i sei mesi dall'acquisto del bene, traducendosi siffatto rifiuto nell'imposizione al consumatore dell'onere di fornire la prova dell'imputabilità del malfunzionamento a difetto di conformità*”.

Nella fattispecie, il Tar ha ritenuto che fosse stata correttamente imputata al Gruppo Apple la realizzazione di una complessiva strategia commerciale del professionista volta a sottrarsi alle obbligazioni discendenti dalla garanzia legale di conformità, realizzata sia attraverso modalità informative incomplete ed omissive fornite ai consumatori, sia attraverso l'elaborazione di indirizzi volti ad uniformare i comportamenti dei soggetti e del personale a vario titolo chiamati a affrontare richieste di riparazione in garanzia legale (sentenza Tar Lazio, Sez. I, n. 4456 del 16 maggio 2012 –*APPLE*).

Completezza informativa del messaggio fin dal primo contatto

Sul piano della valutazione dell'ingannevolezza della presentazione del prodotto e dell'interesse protetto dalle disposizioni in tema di pubblicità ingannevole, assume rilevanza per il Consiglio di Stato il grado di completezza dell'informazione fornita al consumatore, che deve porlo nella condizione di operare una scelta commerciale consapevole tra i prodotti disponibili sul mercato (C. d. S. Sentenza n. 2776 del 15 maggio 2012 – *PS857 – Cottonjoy accappatoi in microfibra*; Sentenza n. 1008 del 23 febbraio 2012 – *PI 4469-Codacons- Postepay*).

L'orientamento seguito anche dal giudice di primo grado pone l'accento sul fatto

che l'obbligo di chiarezza sugli elementi essenziali dell'offerta debba essere congruamente assolto dal professionista sin dal primo contatto pubblicitario, non essendo sufficiente ad escludere l'ingannevolezza la possibilità che il consumatore sia in grado di conoscere le condizioni della stessa anche in un momento successivo (sentenza Tar Lazio n. 2734/2012 del 22 marzo 2012 - *ACEA Attivazioni non richieste e, ex plurimis*, sentenza n. 5026 del 4 giugno 2012 - *Chevrolet-sconto captiva*; sentenza n. 2387 del 9 marzo 2012 - *Fimr-Art'e'*).

Trasporto aereo

Nel settore del trasporto aereo, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado n. 6916 del 2 agosto 2011 *Tariffe Ryanair* nel senso che il pagamento con carta di credito costituisce un costo obbligatorio e non opzionale, quest'ultimo configurandosi esclusivamente nel caso in cui “*il consumatore abbia l'opportunità di scegliere tra varie opzioni, almeno una delle quali non comportante un supplemento di prezzo; [...]. Nella fattispecie in esame, invece, lo strumento di pagamento era uno e uno solo*”. Ad avviso del giudice non è idonea a neutralizzare l'ingannevolezza del messaggio la diffusione sul sito di informazioni omesse nella home page in quanto “*le stesse avrebbero potuto essere recepite solo quando il contatto con il consumatore si fosse verificato con il contestuale prodursi del c.d. effetto-aggancio*”. Ugualmente ingannevole è stato ritenuto il messaggio pubblicitario diffuso sul sito della compagnia aerea nella parte in cui non ha riportato nel prezzo complessivo anche le eventuali commissioni relative all'uso delle carte di credito, *credit card surcharge* (C.d.S. sentenza n.5073 del 24 settembre 2012 - *Tariffe Ryanair*).

Settore turistico

Il Consiglio di Stato ritiene che, anche in assenza di un preciso obbligo di comunicare il nominativo della compagnia aerea incaricata del trasporto, non può ritenersi consentita l'indicazione non veritiera dei vettori aerei nell'ambito della vendita dei pacchetti turistici, potendo tale indicazione corrispondere per l'utente ad un convincimento di maggiore affidabilità, con conseguente incidenza dell'informazione illusoria sull'accettazione dell'offerta (C.d.S. sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012 – *Blu Vacanze*).

Target debole

Minori e adolescenti

Il giudice amministrativo conferma il proprio orientamento relativo ai servizi offerti, consistenti in applicazioni per cellulari rivolti ad adolescenti e, rispetto ai quali, l'avvertenza che riserva il servizio a maggiorenni è stata ritenuta inadeguata a superare i rilievi di ingannevolezza svolti dall'Autorità (sentenza Tar Lazio n. 1575 del 25 gennaio 2012 - *Flycell Club - sms non richiesti*).

Il Consiglio di Stato si è soffermato sulla specificità del target costituito dagli adolescenti nel settore dei servizi di telecomunicazioni promozionati attraverso SMS rilevando come gli stessi, configurando destinatari particolarmente vulnerabili, necessitino di una tutela più specifica e rafforzata in considerazione della loro inesperienza (sentenze Tar n. 8230 dell'1 ottobre del 2012 - *Netsize Italy*-invio sms non richiesti e n. 2099 del 4 aprile 2011 - *Neomobile suonerie gratis*).

Soggetti psicologicamente vulnerabili

Il Consiglio di Stato consolida l'orientamento secondo il quale la valutazione in merito all'ingannevolezza del messaggio pubblicitario che prospetti la possibilità di trovare posto di lavoro, presentandosi l'offerta dei corsi al pari di una offerta di inserimento professionale, debba essere valutata considerando la particolare vulnerabilità de destinatari del messaggio, "soggetti psicologicamente molto esposti al rischio di cadere in errore" (C.d.S. Sentenza n. 5480 del 26 ottobre del 2012- *Education- corso per assistenti di poltrona*, in senso conforme la sentenza del Tar, Sez. I n. 7495/2012, del 3 settembre 2012 – *Pragma*)

Pratiche commerciali scorrette in ogni caso ingannevoli

Disponibilità dei beni

Il giudice con riferimento ad una offerta relativa ad un servizio *low cost*, afferma il principio secondo il quale, laddove si utilizzi quale indubbio elemento di richiamo un prezzo base di particolare appetibilità occorre che la disponibilità del prodotto equivalente a quel prezzo sia in quantità "ragionevoli", essendo a contrario scorretto utilizzare l'effetto di richiamo del prezzo base a fronte di un esiguo numero di prodotto disponibile a tale prezzo (sentenza Tar n. 5101 del 5 giugno 2012 – *Win Rent – contratto noleggio low cost*).

Viene altresì ribadito l'orientamento secondo il quale informazioni ingannevoli riguardo alle caratteristiche dell'offerta, alla prospettata disponibilità limitata nel tempo della stessa, alle condizioni di mercato e alla natura del processo di vendita integrano una pratica in ogni caso ingannevole (sentenza Tar n. 2387 del 9 marzo 2012 – *Fmr-Art'e'*).

Pratiche commerciali aggressive - nozione

Si consolida l'orientamento del Consiglio di Stato secondo il quale la pratica commerciale aggressiva si distingue dalla pratica ingannevole in quanto la prima è connotata dalla forte invasività e dalle pressioni concrete da parte del professionista sulla volontà del consumatore di aderire all'operazione commerciale pur in presenza di un giudizio negativo sulla sua convenienza, laddove, diversamente, mediante la pratica ingannevole il professionista mira ad ottenere la conclusione di un contratto del cui contenuto il consumatore non è consapevole.

Il Consiglio di Stato esclude che la mera ambiguità informativa oppure il contesto ambientale di riferimento o, infine, lo sfruttamento del c.d. effetto sorpresa del consumatore trasmodino, di per sé, in un “indebito condizionamento”, perché non fanno fulcro su alcuna situazione necessitante, come sarebbe una presumibile situazione di bisogno. (C.d.S sentenza n. 3904 del 4 luglio 2012 - *Coin Card*).

In linea con tale orientamento il giudice di primo grado ritiene che la negligenza informativa in ordine al reale contenuto dell’offerta non riveli tratti di “molestia”, “coercizione” o, ancora, di “indebito condizionamento”, rispetto alla libertà di determinazione del consumatore che, in quanto tali, siano suscettibili di connotare la condotta in termini di “aggressività” (sentenza TAR, Sez. I n. 6325/2012, del 12 luglio 2012 – *Consel*).

Settore energia

Nel settore dell’energia il giudice di secondo grado conferma l’aggressività della pratica che addossa automaticamente e indiscriminatamente gli interessi di mora per ritardato pagamento agli utenti, senza distinguere in prima battuta tra il ritardo imputabile e quello non imputabile, ed esigendo un comportamento attivo dell’utente, mediante reclamo, anziché prevedersi un adeguata misura di tutela degli utenti in massa. (sentenza n. 3429 del 12 giugno 2012 – *Enel – mora per ritardo consegna bolletta*).

Sempre nel settore dell’energia, il giudice di secondo grado conferma la natura aggressiva della pratica consistente nella possibilità sulla base degli script predisposti dalla committente, che il potenziale cliente venisse contattato dal provider per ben cinque volte in un arco di tempo relativamente limitato e nell’inserimento, nel plico contenente la proposta contrattuale, inviato al potenziale cliente contattato dal provider, di una comunicazione che lasciava intendere al consumatore di aver già effettuato una scelta a seguito di contatto telefonico, trattandosi di comportamenti idonei a determinare, in capo ai destinatari, indebiti condizionamenti nella libertà di scelta (C.d.S. sentenza n. 4753 del 7 novembre 2012 - *Enel Energia*).

Settore del turismo

Il giudice di primo grado ha ritenuto che la condotta del *Tour Operator* che non offre ai consumatori i parametri e le modalità con cui sarà calcolato l’adeguamento del costo carburante (*fuel surcharge*) che influisce sul prezzo del pacchetto turistico a ridosso della partenza è idonea ad esercitare un “indebito condizionamento” sul consumatore e non soddisfa quell’onere di adeguatezza, completezza, chiarezza e correttezza dell’informazione che, nell’applicazione dell’articolo 90 del Codice del Consumo, appare particolarmente stringente (*jus variandi*), (sentenza Tar Lazio n. 7001 del 27 luglio 2012 - *Alpitour*).

Settore della vendita dei beni di consumo

Con riguardo al richiamato caso Apple il giudice valuta come la pratica possa configurarsi anche aggressiva, essendo stata finalizzata alla frapposizione di ostacoli all'esercizio dei diritti derivanti dalla garanzia biennale di conformità da parte del consumatore, posto che il professionista non ha allestito una chiara rete informativa circa la garanzia legale biennale e predisposto una adeguata rete organizzativa per fornire la dovuta assistenza (Sentenza Tar Lazio, Sez. I., n. 4456 del 16 maggio 2012 –APPLE).

Profili sanzionatori***Proporzionalità della sanzione***

Il Tar richiama l'importanza del noto principio di proporzionalità che investe il fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino e non solo la graduazione della sanzione, il quale assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario, come confermato dalla clausola di formale recezione ex articolo 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, come novellato dalla legge n. 15 del 2005 (sentenza n. 7493 del 3 settembre 2012 – *Prisma*, e sentenza n. 7495 del 3 settembre 2012 - *Pragma-Ricerca personale*).

Minimo edittale

Il giudice amministrativo rileva che una sanzione quantificata col minimo edittale previsto non sia in alcun modo suscettibile di riduzione (sentenza Tar Lazio n. 4561 del 9 maggio 2012 – *Microcompressori domestici per metano autotrazione Phill*).

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 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 il giudice amministrativo ritiene che 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*; da ultimo Tar Lazio, sentenza n. 7491 del 3 settembre 2012 - *Fish Factor* e Tar Lazio, sentenza n. 2734 del 22 marzo del 2012 - *Acea-Attivazioni non richieste*).

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*; da ultimo Tar Lazio, sentenza n. 3503 del 18 aprile 2012 - *Revidox*).

Il giudice di secondo grado ha valutato come attenuante della gravità soggettiva della pratica, la natura colposa della stessa (sentenza n. 4753 del 7 novembre 2012- *Enel Energia-Richiesta cambio fornitore*).

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. 209 del 19 gennaio 2012 *Bluvacanze - Pacchetti viaggio*).

Gravità della pratica

Il Consiglio di Stato conferma la riconducibilità al carattere di gravità della pratica commerciale scorretta del settore di attività dei professionisti, soprattutto ove lo stesso sia caratterizzato 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. 853 del 17 febbraio 2012 – *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*; Tar Lazio, sentenza n. 8230 dell'1 ottobre del 2012 - *Netsize Italy-Invio sms non richiesti*).

Dimensione economica del professionista

Il giudice amministrativo di primo grado, ribadendo l'applicabilità dei criteri enunciati dall'articolo 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 “situazione economica” dell'impresa.

Inoltre, il Tar sottolinea che l'Autorità non è tenuta ad una puntuale considerazione delle quote di mercato come in concorrenza (sentenze n. 2734 del 22 marzo 2012 – *Acea Attivazioni non richieste*; n. 866 del 26 gennaio 2012 *Italgicom-Forniture non richieste*), ed esclude che l'Autorità debba riferirsi esclusivamente al fatturato afferente le linee di

produzione oggetto di esame anziché alla complessiva dimensione e potenzialità economica dell'impresa (sentenza n.1569 del 15 febbraio 2012-*Colussi*).

E' stato ulteriormente affermato l'orientamento del Consiglio di Stato (sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4202), secondo il quale l'importanza e la dimensione economica di una società che è parte di un gruppo, pur se responsabile verso questo di un proprio autonomo bilancio, è di certo maggiore di quella di una società avente un identico bilancio ma non appartenente ad alcun gruppo; tali elementi devono essere considerati nella quantificazione della sanzione affinché assolvano alla sua funzione deterrente in quanto proporzionata (da ultimo Tar Lazio sentenze n. 7001 del 27 luglio 2012 – *Alpitour – Adeguamento costo carburante aereo*; n. 5026 del 4 giugno 2012 - *Chevrolet-Sconto Captiva*).

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 anche in rapporto pluralità dei mezzi utilizzati (sentenza n. 2099 del 4 aprile 2011 *Neomobile Suonerie gratis*; da ultimo Tar Lazio sentenze n. 6026 del 3 luglio 2012 – *Tecno Power*; sentenza n.8230 dell'1 ottobre del 2012 – *Netsize Italy-Invio s.m.s non richiesti*). Il giudice rileva come la diffusione tramite web risulta essere un mezzo potenzialmente idoneo a raggiungere una “platea sterminata di utenti” (cfr da ultimo anche Tar Lazio, sentenza n.5026 del 4 giugno 2012 *Chevrolet-sconto Captiva*).

Durata

Il Consiglio di Stato valuta che un volantinaggio di due mesi non sia di suo un fattore diminuyente della sanzione, non risultando irragionevole la negativa valutazione di una tale pratica pubblicitaria così protrattasi per tale periodo quale condotta particolarmente insistente e persuasiva (sentenza n.6638 del 21 dicembre 2012 - *Italserfin-Omessa indicazione TAN e TAEG*).

Il Tar ritiene che le segnalazioni successive alla comunicazione di avvio del procedimento possano essere utilizzate dall'Autorità esclusivamente quale elemento di prova della permanenza delle pratiche accertate ancora alla data di conclusione dell'istruttoria, ma non già per la configurazione di nuovi ed autonomi illeciti (sentenza n. 866 del 26 gennaio 2012 – *Italgicom-Forniture non richieste*).

Il giudice di primo grado ritiene condivisibile che la cessazione dell'attività produttiva oggetto di contestazione non coincida con la cessazione dell'attività antiggiuridica in ragione della perdurante attitudine lesiva per l'interesse dei consumatori indotta dalla perdurante disponibilità del prodotto sul mercato (sentenze n. 5015 del 4 giugno 2012 – *Vismara s.a.s. – Produzione calotte e caschi con marchio falso di omologazione*; n.5029 del 4 giugno 2012- *Xmoto produzione e commerci caschi senza omologazione*).

Circostanze attenuanti

Secondo il Consiglio di Stato possono assumere valenza attenuante ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, unicamente quei comportamenti cui sia riconducibile una effettiva funzione riparatoria e ripristinatoria rispetto alle conseguenze della violazione. Pertanto la cessazione della condotta, anche se precedente all'avvio del procedimento, rileva correttamente ai soli fini della individuazione della durata, al più potendone attenuare la gravità, ma non integra una fattispecie di ravvedimento operoso (sentenza n. 1092 del 27 febbraio 2012 -*Hotel delle stelle Beach Resort-Alpitud*).

Il Collegio, inoltre, ribadisce l'irrelevanza, nella commisurazione della sanzione, della collaborazione dimostrata nell'ambito del procedimento ritenendo che la leale collaborazione delle parti nella fase procedimentale, da qualificare in termini di *normalità*, non sia meritevole di alcun trattamento premiale (sentenza n.6638 del 21 dicembre 2012 - *Italserfin-Omessa indicazione TAN e TAEG*; sentenza n. 9349 del 14 novembre 2012 - *Immobiliare Priolo*).

Profili processuali**Sindacato del giudice amministrativo**

Il Consiglio di Stato ha confermato i limiti al sindacato sulla discrezionalità amministrativa tecnica dell'Autorità, circoscritta alle ipotesi in cui si accerta che il provvedimento amministrativo si ponga in contrasto con il principio di ragionevolezza (sentenza n.1792 del 27 marzo 2010 - *Immobildream*; in senso conforme sentenza n. 5480 del 26 ottobre del 2012- *Education*). Quanto al carattere ingannevole del messaggio, il medesimo giudice ha consolidato gli orientamenti giurisprudenziali sulla sussistenza in materia di una discrezionalità tecnica dell'Autorità, sindacabile in sede giurisdizionale solo se le sue determinazioni risultino immotivate o manifestamente illogiche (sentenza n. 6207 del 4 dicembre 2012 - *Nespresso*).

Il medesimo giudice precisa come "In nessun modo, [...], il sindacato intrinseco circa la discrezionalità tecnica può trasformarsi in un indebito strumento di appropriazione da parte del giudice di prerogative e poteri spettanti invece all'Amministrazione.[...] deve comunque rimanere fermo, a tutela dei fondamenti dell'ordinamento costituzionale, il principio che vieta al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio della sua funzione di cura concreta dell'interesse pubblico". Secondo il Consiglio di Stato è precluso al giudice di fronte a due valutazioni tecniche, contrapposte negli esiti, entrambe opinabili ed entrambe attendibili scegliere quella di cui è personalmente più convinto, ma ha il dovere di lasciare la prevalenza della scelta all'Amministrazione, potendo nell'ambito del vaglio di legittimità annullare il provvedimento dell'amministrazione solo dimostrando l'insostenibilità tecnica della valutazione dell'Autorità (sentenza n. 3901 del 4 luglio 2012 -

Omogeneizzato Plasmon alla Banana; in senso conforme il Tar Lazio, sentenza n. 5026 del 4 giugno 2012 - *Chevrolet-Sconto Captiva*).

Richiesta di intervento

Il Consiglio di Stato rileva come le norme di disciplina del procedimento devono essere interpretate, evitando inutili formalismi, in modo coerente con lo scopo perseguito e pertanto il procedimento di regolarizzazione della segnalazione può essere utilizzato anche qualora manchi la sottoscrizione autografa (sentenza n.1792 del 27 marzo 2012 - *Immobildream*).

Comunicazione di avvio del procedimento e tutela del contraddittorio

Il Tar ha confermato che, nell'atto di avvio, l'Autorità non è tenuta a prospettare nel dettaglio tutti gli elementi dell'indagine, ma ha solo l'onere di indicazione degli elementi essenziali preordinati a garantire un efficace e completo contraddittorio e, quindi, un pieno esercizio del diritto di difesa (sentenze n. 5103 del 5 giugno 2012 - *Italcredi omessa indicazione TAN e TAEG*; n. 8230 dell'1 ottobre 2012 - *Netsize Italy-invio sms non richiesti*; n.6032 del 3 luglio 2012 - *Bennet S.p.a*; n. 4212 del 10 maggio 2012 - *Autosab*).

Diritto di difesa

Il Consiglio di Stato ha ribadito che, in ossequio al principio del giusto procedimento, qualora l'Autorità ritenga sufficienti gli elementi acquisiti nella fase precedente l'inizio del procedimento, non ha il dovere di ripetere gli accertamenti già effettuati in contraddittorio con la parte, essendo già assicurato il giusto procedimento mediante la garanzia di partecipazione alla fase procedimentale (sentenza n.1792 del 27 marzo 2010 - *Immobildream*).

Termine finale del procedimento

Il Consiglio di Stato qualifica come perentorio il termine di 180 giorni per la chiusura dei procedimenti dell'Autorità, ritenendo tale caratteristica desumibile dal contesto normativo di riferimento (sentenza n.379 del 27 gennaio 2012-*Skipper Zuegg*).

Il Consiglio di Stato ritiene che l'Autorità possa avviare un unico procedimento in relazione ad una sola unitaria pratica commerciale, anche se estrinsecata con due promozioni mediante distinti canali di diffusione (sentenza n.6207 del 4 dicembre 2012-*Nespresso-sconto 50 euro presso Nespresso Club*).

Inoltre si considera legittima la proroga dei termini che sia giustificata dall'esercizio del diritto di difesa delle altre parti del procedimento (Tar Lazio, sentenza n.1575 del 25 gennaio 2012 - *Flycell Club sms non richiesti*) o in ogni caso congruamente motivata (Tar Lazio, sentenze n. 5015 del 4 giugno 2012 - *Produzione calotte caschi con marchio falso di*

omologazione; n.5029 del 4 giugno 2012 - Xmoto produzione e commercio caschi senza omologazione).

Audizione delle parti

Il Consiglio di Stato ha confermato come rientri nella discrezionalità dell'Autorità disporre l'audizione della parte, non essendone previsto l'obbligo da nessuna disposizione legislativa o regolamentare (sentenze n. 6207 del 4 dicembre 2012 - *Nespresso-sconto di 50 euro*; n. 8230 dell'1 ottobre 2012 - *Netsize Italy*). L'audizione assume, dunque, funzione istruttoria e non è precipuamente finalizzata ad esigenze di difesa (Tar Lazio, sentenze n. 2734 del 22 marzo 2012 - *Acea attivazioni non richieste*; n. 5015/2012 del 4 giugno 2012 - *Vismara s.a.s.*; n. 5029 del 4 giugno 2012 - *Xmoto produzione e commercio caschi senza omologazione*).

Inottemperanza

Il Tar conferma che, per quanto attiene allo svolgimento del procedimento relativo alla verifica dell'inottemperanza di cui all'articolo 27, comma 12 del Codice del Consumo, “*non può che farsi riferimento alla disciplina di carattere generale contenuta nella l. n. 689/81*” (sentenza n. 8170 del 27 settembre 2012 - *International Masters Publishers*).

Pertanto, non risulta compromessa in alcun modo la garanzia del contraddittorio dalla mancata applicazione della scansione procedimentale prevista dalle norme procedurali adottate dall'Autorità nel diverso caso di accertamento delle condotte illecite (Tar Lazio, sentenza n. 8170 del 6 giugno 2012, *Richiesta pagamento non dovuto*).

Il Tar dichiara la natura endoprocedimentale dell'atto di avvio del procedimento di inottemperanza al provvedimento sanzionatorio e, come tale, del tutto privo, *ex se*, di portata lesiva concreta ed attuale (sentenza n.7491 del 3 settembre - *Fish Factor*).

Parere dell'Autorità di settore

Il Consiglio di Stato conferma l'ormai consolidata giurisprudenza del Tar secondo cui, ai fini del computo del termine di chiusura del procedimento, ai 75 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della richiesta di intervento debbano essere cumulati i 30 giorni per l'espressione del parere dall'Agcom, non potendo gli stessi ritenersi compresi nel suddetto termine generale (sentenze n. 6207 del 4 dicembre 2012-*Nespresso-sconto 50 euro*; Tar Lazio, n. 4667 de 23 maggio 2012 *Antismoking Sistem*).

Non essendo però stabilita alcuna forma di invalidità del parere reso oltre il termine, non può specularmente ravvisarsi alcun vizio nel caso in cui l'Autorità adotti la decisione tenendo conto del parere dell' Agcom pervenuto oltre i trenta giorni, seppure in tempi compatibili con il corretto svolgimento del procedimento, considerato che detto parere è comunque sottratto al contraddittorio con le parti (Tar Lazio, sentenze n. 5026 del 4 giugno 2012-*Chevrolet-sconto Captiva*).

Inoltre, il giudice amministrativo conferma che il parere dell'Agcom costituisce un atto endoprocedimentale in ordine al quale non è previsto che debba formarsi uno specifico contraddittorio tra le parti, il quale è invece garantito con riferimento ai fatti in relazione ai quali è stato avviato il procedimento di accertamento indicati nella comunicazione di avvio dello stesso” (Tar Lazio, sentenze n. 5026 del 4 giugno 2012-*Chevrolet-sconto Captiva*).

Mezzi di acquisizione della prova

Il giudice di secondo grado conferma il consolidato principio secondo cui la decisione di procedere a perizie o di richiedere una consulenza tecnica rientra tra le opzioni discrezionalmente esercitabili dall'Autorità, censurabile in caso di vizi logici (sentenze n. 2776 del 15 maggio 2012 – *Cottonjoy accappatoi in microfibras*; n. 3325 del 6 giugno 2012 - *Più latte e Bestreast di Milte Italia*). Qualora si dia luogo a perizia è necessario tuttavia assicurare le garanzie partecipative di cui all'articolo 13 del Regolamento sulle procedure istruttorie dell'AGCM, per non incorrere nel vizio di difetto di istruttoria (sentenza n. 5462 del 25 ottobre 2012 – *Lierac – Morpho Slim*).

Impegni

Potere discrezionale dell'Autorità

Il Consiglio di Stato ha confermato l'orientamento giurisprudenziale del giudice di primo grado circa la sussistenza di un'ampia discrezionalità dell'Autorità nell'accogliere o respingere le proposte di impegni (sentenza n. 6207 del 4 dicembre 2012 - *Nespresso-sconto 50 euro*; Tar Lazio, sentenza n.1405 del 13 febbraio 2012; n.6027 del 3 luglio 2012 *Galbusera*). L'unico limite all'esercizio del potere discrezionale nella valutazione degli impegni è costituito dai casi di manifesta scorrettezza e gravità, ovvero connotati da un elevato grado di offensività per i quali la decisione di accettazione degli impegni non è ammissibile (Tar Lazio, sentenze n.1405 del 13 febbraio 2012-*Blue Energy Group* e n. 2387 del 9 marzo 2012-*Fmr-Art'è-Vendita di libri pregiati a domicilio*).

L'Autorità, nella valutazione degli impegni, è chiamata ad esaminare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte, ma anche la sussistenza di un rilevante interesse pubblico all'accertamento dell'eventuale infrazione; in presenza di esso, è rimesso all'Autorità di valutare se la peculiarità e complessità del caso concreto, la necessità di stabilire dei principi con riguardo ad una fattispecie inedita, o ad un mutato assetto di mercato, ovvero anche l'interesse dell'Autorità ad irrogare un'ammenda, giustificano il rigetto degli impegni.

Lo stesso giudice conferma che la fase preistruttoria in cui avviene la presentazione degli impegni comporta che la relativa decisione necessariamente si basi su un giudizio a carattere prognostico che tiene conto del quadro probatorio acquisito al momento in cui pervenne la richiesta di accettazione degli impegni (sentenza n. 5103 del 5 giugno del 2012 - *Italcredi - Omessa indicazione TAN e TAEG*).

APPENDICE

L'ASSETTO ORGANIZZATIVO

Al 31 dicembre 2012 l'organico dell'Autorità – tra dipendenti di ruolo e a tempo indeterminato, ai sensi dell'articolo 5 del decreto legge 6 marzo 2006, n. 68, convertito dalla legge 24 marzo 2006, n. 127 – ammonta a 203 unità, di cui 128 appartenenti alla carriera direttiva, 63 alla carriera operativa (di cui 8 in soprannumero per effetto della cosiddetta stabilizzazione del personale a tempo determinato, v. *infra*) e 12 alla carriera esecutiva (Tabella 1).

Alla medesima data, i dipendenti con contratto di lavoro a tempo determinato sono 34, di cui 26 con funzioni direttive, 7 operativi e 1 con mansioni esecutive. Sono, inoltre, presenti 25 dipendenti in comando o fuori ruolo da pubbliche amministrazioni (15 con funzioni direttive e 10 con altre mansioni).

Dal totale, che risulta pari a 262 persone, occorre tuttavia sottrarre 15 unità, tra dirigenti e funzionari di ruolo, che – alla data del 31 dicembre 2012 – non risultano in servizio presso gli uffici dell'Autorità in quanto distaccati in qualità di esperti presso istituzioni comunitarie o internazionali, collocati fuori ruolo presso altre istituzioni di regolazione e garanzia, ovvero comandati presso uffici di diretta collaborazione di cariche di governo.

Tabella 1 - Personale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Segreterie del Presidente e dei Componenti, Gabinetto e Uffici dell'Autorità

	Ruolo e T.I.		Contratto		Comando o distacco		Personale interinale		Totale	
	31/12/11	31/12/12	31/12/11	31/12/12	31/12/11	31/12/12	31/12/11	31/12/12	31/12/11	31/12/12
Dirigenti	23	23	1	1	1	-	-	-	25	24
Funzionari	106	105	10	15	19	15	-	-	135	135
Contratti di specializzazione	-	-	-	10	-	-	-	-	-	10
Personale operativo	63	63	6	7	14	10	4	-	87	80
Personale esecutivo	12	12	1	1	-	-	-	-	13	13
Totale	204	203	18	34	34	25	4	0	260	262