

CONSIGLIO DI STATO
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

Sentenza pubblicata il 06.09.2017

Presidente: Dott. Sergio Santoro

Estensore: Dott. Dario Simeoli

Sul ricorso proposto da:

Istituto Helvetico Sanders, con gli avv.ti Filippo De Jorio e Lucio Filippo Longo,

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con l'Avvocato Generale dello Stato.

- I. In tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un "invito all'acquisto" – locuzione che comprende senza dubbio le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque "rilevanti" le informazioni relative alle "caratteristiche principali del prodotto" (1).
- II. Per "diligenza professionale" – nozione autonoma rispetto a quella del codice civile, dove costituisce parametro di valutazione dell'esattezza dell'adempimento di obbligazioni – deve intendersi la "specifica competenza ed attenzione" che "ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti" (2).
- III. Tra le regole oggettive di comportamento finalizzate alla tutela dell'interesse dei consumatori ad assumere decisioni commerciali consapevoli ed informate, è sicuramente ricompreso il dovere di veicolare informazioni complete ed esaustive riguardo alla efficacia dei prodotti oggetto di promozione (3).
- IV. Una pratica può considerarsi "idonea ad indurre un consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso" quando incida sulle informazioni di cui i consumatori dispongono – alterandole od omettendole – precludendogli la possibilità di scegliere con cognizione di causa (4).
- V. Il principio di chiarezza e completezza nelle comunicazioni pubblicitarie si impone fin dal primo contatto con il consumatore, con la conseguenza che il rinvio ad ulteriori fonti di informazione, tra l'altro di consultazione solo eventuale, non consente di sanare *ex post* l'inadempimento dell'onere informativo imposto all'operatore (5).
- VI. Al fine di qualificare una pratica commerciale come scorretta è poi sufficiente dimostrare la loro potenzialità lesiva per le scelte che i consumatori devono poter porre in essere, al di fuori da condizionamenti decettivi. Il bene giuridico tutelato, infatti, è soltanto indirettamente la sfera patrimoniale del consumatore: in via immediata, attraverso la libertà di scelta si vuole salvaguardare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Il dispositivo giuridico ha cioè di mira l'"attività" e non il singolo rapporto negoziale (6).

Publicato il 06/09/2017

N. 04245/2017REG.PROV.COLL.

N. 03831/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3831 del 2011, proposto da: ISTITUTO HELVETICO SANDERS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo De Jorio e Lucio Filippo Longo, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, piazza del Fante, n. 10;

contro

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA – SEZ. I n. 1586 del 2011;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Filippo De Jorio e Marco Stigliano Messuti dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, l'ISTITUTO HELVETICO SANDERS impugnava il provvedimento n. 20583 del 16.12.2009, con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva irrogato nei suoi confronti la pena pecuniaria di € 60.000, a sanzione della scorrettezza di una pratica commerciale consistente nella diffusione di un messaggio radiofonico volto a pubblicizzare cure tricologiche. Il ricorrente, in estrema sintesi, lamentava: - la violazione degli artt. 20, comma 1, lettera b), e 22 del d.lgs. n. 206 del 2005, i quali richiederebbero, al fine di apprezzare il carattere ingannevole di un messaggio, oltre alla sua idoneità ad indurre in errore il consumatore medio, anche la sussistenza di un apprezzabile pregiudizio economico dallo stesso causato sui consumatori, nella specie insussistente posto che il messaggio sanzionato, necessariamente sintetico in ragione della breve durata dello spot radiofonico, si limitava ad invitare i consumatori a mettersi in contatto con l'Istituto per sottoporsi ad una visita gratuita informativa, in esito alla quale sarebbe stata assunta la decisione finale in ordine all'offerta pubblicizzata; - l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, essendo veritiero il numero di casi risolti con il metodo «Sanders»; - il difetto di motivazione, per mancata indicazione delle ragioni in base alle quali sarebbe stata ritenuta

sussistente la violazione delle norme poste a tutela del consumatore; - il carattere sproporzionato della sanzione irrogata.

2.- Con sentenza n. 1586 del 2011, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ha respinto integralmente il ricorso.

3.- Avverso la predetta sentenza, ha proposto appello l'ISTITUTO HELVETICO SANDERS, chiedendo, in sua riforma, l'annullamento della sanzione impugnata.

4.- L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è costituita in giudizio, chiedendo che l'appello venga dichiarato infondato.

5.- All'udienza del 4 maggio 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sanzionato l'ISTITUTO HELVETICO SANDERS per la pratica commerciale scorretta consistente nella diffusione di due spot radiofonici, tra il gennaio 2007 e il settembre 2009, con i quali si accreditava l'utilità dei trattamenti offerti dall'Istituto per la cura di alcune patologie del cuoio capelluto, comminando la pena pecuniaria di € 60.000,00.

Il messaggio diffuso così recitava: «Metodo più esperienza uguale oltre 24.000 casi risolti. Dalla ricerca svizzera, Istituto Helvetico Sanders - calvizie precoce, diradamento, stempiature progressive, forfora, seborrea, danni causati da permanente, colore, stress, disfunzioni ormonali o chemioterapia. Autotrapianto e sistemi di infoltimento. L'Istituto Helvetico Sanders vi ricorda che i capelli vanno difesi e non rimpianti. Prenota subito la tua visita gratuita. Chiama il numero verde [...]».

Secondo l'AGCM le informazioni rese nel messaggio non contenevano indicazioni corrette, veritiere ed esaustive circa l'effetto del trattamento, inducendo pertanto i consumatori a ritenere che il prodotto pubblicizzato avesse un'efficacia non confermata da alcuno studio scientifico.

1.1.– L'ISTITUTO ELVETICO SANDERS propone appello avverso la sentenza del TAR del Lazio 21 febbraio 2011, n. 1586 – che ha confermato il provvedimento dell'AGCM – lamentandone la manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione, sotto i seguenti profili.

Secondo l'appellante, la sentenza di primo grado sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto che per la configurazione dell'illecito non sia necessario che l'Autorità analizzi e basi il proprio giudizio sugli effetti prodotti dalla pratica commerciale, essendo invece sufficiente che, sulla base di un prognostico, la stessa sia ritenuta idonea ad incidere potenziale sulle scelte dei consumatori. Tale statuizione si porrebbe in violazione dei principi costituzionali in materia di presunzione di innocenza, formazione della prova e diritto di difesa (artt. 24, 27 e 111 della Costituzione).

I giudici di prime cure neppure avrebbero adeguatamente considerato gli studi scientifici (versati in atti), i quali attesterebbero l'efficacia dei prodotti a uso tricologico impiegati nei trattamenti effettuati dall'Istituto appellante, nonché le centinaia di schede valutative di natura positiva compilate dai consumatori che si sono sottoposti alle applicazioni cosmetologiche presso l'Istituto.

Il messaggio radiofonico difetterebbe poi di qualsiasi natura ingannevole, in quanto non conterrebbe né affermazioni iperboliche, ovvero false, né delle omissioni informative. Non sarebbe possibile rivenire alcun elemento all'interno del messaggio radiofonico suscettibile di carpire direttamente o indirettamente e la buona fede dei consumatori inducendoli a sottoporsi a cure propagandate dall'Istituto, falsando il loro naturale comportamento economico, in quanto lo scopo della comunicazione era solo di promuovere la visita gratuita, a seguito della quale il consumatore avrebbe poi potuto esercitare coscientemente l'opzione se sottoscrivere o meno un contratto per determinate terapie.

La sentenza avrebbe peraltro ignorato la brevissima durata del messaggio (di soli venti secondi), pretendendo che la SANDERS concentrasse in questo lasso di tempo informazioni che non sarebbe possibile condensare compiutamente in spazi tanto brevi.

L'Amministrazione resistente avrebbe posto in essere anche una disparità di trattamento, in quanto note ditte produttrici di trattamenti cosmetici – che nei propri testi pubblicitari non offrirebbero alcun sostegno scientifico o statistico riguardo l'efficacia di applicazioni cosmetiche presentate come sicuramente benefiche – non sarebbero state fatte oggetto di alcuna attività di indagine da parte della AGCM.

La sanzione di € 60.000 sarebbe sproporzionata e non giustificata da alcuna esigenza di interesse pubblico.

2.– Il Collegio ritiene che la sentenza impugnata sia corretta e che le valutazioni espresse dall'Autorità con riferimento alla condotta sanzionata siano immuni dalle censure sollevate.

2.1.– L'espressione «pratiche commerciali scorrette» designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo), in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/Ce. Per «pratiche commerciali», assoggettate al titolo III della parte II del Codice del consumo, si intendono tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente «correlati» alla «promozione, vendita o fornitura» di beni o servizi a consumatori, e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione dei rapporti contrattuali. La condotta tenuta dal professionista può consistere in dichiarazioni, atti materiali, o anche semplici omissioni.

Quanto ai criteri in applicazione dei quali deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno «scorretta», il comma 2 dell'art. 20 del Codice del consumo stabilisce in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se «è contraria

alla diligenza professionale» ed «è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». Nella trama normativa, la definizione generale si scompone poi in due diverse categorie di pratiche scorrette: le pratiche ingannevoli (di cui agli art. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli art. 24 e 25).

Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. “liste nere”) da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni “speciali” di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22-bis), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla «diligenza professionale» nonché dalla sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore».

3.– Nel caso di specie, gli spot radiofonici sanzionati pubblicizzavano l'efficacia curativa dei trattamenti offerti dell'appellante, con riferimento ad una serie di patologie – «calvizie precoce, diradamento, stempiature progressive, forfora, seborrea, danni causati da permanente, colore, stress, disfunzioni ormonali o chemioterapia» –, enfatizzando la risoluzione di un elevato numero di casi.

Senonché, dalle risultanze dell'istruttoria – in sede procedimentale e processuale – è emerso che i prodotti di cui si componeva il trattamento non erano farmaci ma meri trattamenti cosmetici e che la funzione di tali prodotti non era quella di curare la perdita di capelli in quanto malattia ma semmai di prevenirne la caduta. Gli studi allegati dall'appellante non attestano che il prodotto cosmetico pubblicizzato avesse efficacia curativa delle patologie del capello indicate, e neppure risulta comprovato il vanto prestazionale di 24.000 casi risolti. Come rilevato dalla AGCM – senza specifica contestazione di controparte – allo stato delle attuali conoscenze, la

patologia che si manifesta con la perdita di capelli («alopecia») sono insuscettibili di essere curate attraverso la mera cosmesi tricologica

3.1.– I presupposti in presenza dei quali una pratica commerciale deve essere considerata ingannevole sono due. Deve trattarsi, in primo luogo, di condotta «contraria alla diligenza professionale» rientrante tra le tipologie di «azioni» o «omissioni» ingannevoli previste da Codice del consumo (artt. 21 e 22). Il secondo è rappresentato dall'attitudine della pratica «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Quanto al primo presupposto, gli spot in esame non solo contenevano informazioni non veritiere in merito alle caratteristiche principali del prodotto e ai suoi vantaggi, ma anche presentavano in modo ambiguo informazioni «rilevanti». A quest'ultimo riguardo, va rimarcato che, in tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un «invito all'acquisto» – locuzione che comprende senza dubbio le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque «rilevanti» le informazioni relative alle «caratteristiche principali del prodotto» (art. 22, comma 4, lettera *a*).

La pratica commerciale in esame non risponde al livello di diligenza generalmente richiesto agli operatori del settore. Per «diligenza professionale» – nozione autonoma rispetto a quella del codice civile, dove costituisce parametro di valutazione dell'esattezza dell'adempimento di obbligazioni – deve intendersi la «specifica competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti». Ebbene, tra le regole oggettive di comportamento finalizzate alla tutela dell'interesse dei consumatori ad assumere decisioni commerciali consapevoli e informate, è sicuramente ricompreso il dovere di veicolare informazioni complete ed esaustive riguardo alla efficacia dei prodotti oggetto di promozione. L'obbligo di completezza si presentava, nel caso di specie,

ancor più stringente, considerata la vulnerabilità dei consumatori afflitti da un disagio derivante dal problema estetico connesso alla perdita dei capelli.

3.2.– Sussisteva pure il secondo tratto qualificante la «scorrettezza» della pratica commerciale, consistente nella attitudine del comportamento tenuto dal professionista a influenzare in modo apprezzabile il comportamento economico dei consumatori.

Alla luce della ampia nozione di «decisione di natura commerciale» fatta propria dal Codice del consumo, una pratica senza dubbio può considerarsi «idonea ad indurre un consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso» quando incida sulle informazioni di cui i consumatori dispongono – alterandole o omettendole – precludendogli la possibilità di scegliere con cognizione di causa.

Le argomentazioni con l'appellante contesta la mancanza di un apprezzabile pregiudizio economico derivante ai consumatori dai messaggi sanzionati, i quali si limitavano ad invitare i consumatori a mettersi in contatto con l'Istituto per sottoporsi ad una visita gratuita informativa, sono destituiti di fondamento.

Come correttamente statuito dai giudici di prime cure, il principio di chiarezza e completezza nelle comunicazioni pubblicitarie si impone fin dal primo contatto con il consumatore, con la conseguenza che il rinvio a ulteriori fonti di informazione, tra l'altro di consultazione solo eventuale, non consente di sanare ex post l'inadempimento dell'onere informativo imposto all'operatore (Consiglio di Stato, 30 settembre 2016, n. 4048; Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 5250 del 17 novembre 2015).

Al fine di qualificare una pratica commerciale come scorretta è poi sufficiente dimostrare la loro potenzialità lesiva per le scelte che i consumatori devono poter porre in essere, al di fuori da condizionamenti decettivi. Il bene giuridico tutelato, infatti, è soltanto indirettamente la sfera patrimoniale del consumatore: in via immediata, attraverso la libertà di scelta si vuole salvaguardare il corretto

funzionamento del mercato concorrenziale. Il dispositivo giuridico ha cioè di mira l'«attività» e non il singolo rapporto negoziale.

3.3.– Sotto altro profilo, i limiti del mezzo di comunicazione impiegato – la necessaria brevità degli spot radiofonici – non potevano certo giustificare l'omissione informativa. Anche per i messaggi reclamizzati presso emittenti radiofoniche si dava la concreta possibilità di specificare la natura meramente cosmetica dei trattamenti, evitando di accreditare il prodotto di effetti non dimostrati scientificamente.

3.4.– La censura di disparità di trattamento è stata formulata – peraltro in modo generico e indimostrato – per la prima volta in appello, con conseguente inammissibilità.

4.– Da ultimo, è infondata la censura (dedotta invero alquanto genericamente) incentrata sulla quantificazione della sanzione, per violazione del principio di proporzionalità. Tenuto conto del massimo edittale (pari a € 500.000,00), l'Autorità ha fatto corretto utilizzo dei parametri di quantificazione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81). È stata infatti valorizzata la diffusività dei messaggi pubblicitari censurati (suscettibili di raggiungere un considerevole numero di consumatori), la durata della campagna pubblicitaria (quasi tre anni), il pregiudizio economico potenzialmente sopportato dai consumatori (il contratto proposto dal professionista implicava un onere economico di oltre € 2000,00). Peraltro, l'importo base di € 80.000 è stato ridotto in considerazione del risultato economico negativo registrato nel bilancio relativo all'anno 2008.

5.– L'appello, dunque, va respinto.

Le spese del secondo grado di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del secondo grado di giudizio in favore della AGCM, che si liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO