

CONSIGLIO DI STATO

Sentenza n. 4378 del 19.09.2017

Presidente: Dott. Santoro

Estensore: Dott. Simeoli

Sul ricorso proposto da:

G. S.p.A. (appellante)

contro

AGCM e

CODACONS (appellati)

- I. Il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea ad indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica. Quando tali caratteristiche ricorrono cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata (1).
- II. La condotta omissiva – per essere considerata ingannevole – deve avere ad oggetto “*informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno*” per prendere una decisione consapevole. In tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un “*invito all’acquisto*” – locuzione che comprende le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque “*rilevanti*” le informazioni relative alle “*caratteristiche principali del prodotto*”. In assenza di tali informazioni, un invito all’acquisto si considera quindi ingannevole (2).
- III. Le modalità grafiche ed espressive con cui gli elementi del prodotto vengono rappresentati all’interno del messaggio rientrano tra gli standard di chiarezza, completezza e intelligibilità degli elementi rilevanti del prodotto, la cui mancanza può integrare una omissione ingannevole. La trasparenza della comunicazione commerciale contribuisce ad implementare l’efficienza del mercato attraverso la riduzione delle asimmetrie informative (3).
- IV. 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 (4).

- V. Al fine di qualificare una pratica commerciale come scorretta è 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 (5).
- VI. 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 “*specificata competenza e attenzione*” che “*ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti*”. 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. Tale grado di attenzione e competenza (con riferimento alle campagne pubblicitarie) è a maggior ragione lecito attendersi da parte di una società appartenente agli operatori del settore (6).

Consiglio di Stato, sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378

Presidente Santoro – Estensore Simeoli

Fatto

1.– Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la società G. S.P.A. ha impugnato il provvedimento preso dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell’adunanza del 10 settembre 2009, con il quale è stata ritenuta la scorrettezza, ai sensi degli artt. 20, 21 comma 1, lettera b), e 22 del d.lgs. n. 206 del 2005, della pratica commerciale realizzata attraverso le comunicazioni promozionali del prodotto «Bioscalin con biogenina», diffuse tramite spot televisivi, internet e stampa, con irrogazione della sanzione pecuniaria amministrativa di € 150.000.

1.1.– In estrema sintesi, la società ricorrente lamentava: - l’erroneità delle considerazioni espresse dalla AGCM con riferimento all’illeggibilità e poca chiarezza del legal presente negli spot televisivi e nei messaggi diffusi tramite stampa e internet, sostenendone, al contrario, la leggibilità e l’adeguatezza allo scopo; - che, con specifico riferimento agli spot televisivi, l’Autorità non aveva tenuto conto dei limiti di spazio e di tempo agli stessi connaturali; - che, quanto alla contestata mancanza di chiarezza circa la natura di integratore alimentare del prodotto (negli spot televisivi), la comune conoscenza delle diverse forme di pubblicità di tali prodotti rendevano di evidente percezione il fatto che trattasi di integratore alimentare; - di avere messo comunque a disposizione dei consumatori numerosi mezzi, tra cui un sito internet dedicato, attraverso i quali reperire ulteriori informazioni; - che la correttezza delle informazioni fornite era stata avvalorata, sia dallo studio clinico condotto, sia dal parere reso dall’IFO su richiesta dell’Autorità; - che nessuna delle pratiche era idonea ad ingannare i consumatori, inducendoli a ricondurre l’efficacia del prodotto ai casi di calvizie; - che il provvedimento era contraddittorio, non avendo l’Autorità tenuto adeguato conto del contenuto del parere chiesto all’IFO e non avendo adeguatamente motivato in ordine alla ragioni per discostarsi dallo stesso; - che l’Autorità non aveva valutato l’idoneità degli impegni presentati nel corso del procedimento, di modifica dello spot televisivo, omettendo di pronunciarsi sul punto; - che, nella quantificazione della sanzione, erano stati violati il principio di proporzionalità e i criteri dettati dall’art. 11 della legge n. 689 del 1981.

2.– Con sentenza n. 36119 del 2010, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ha annullato la delibera impugnata, limitatamente alla mancata considerazione, nella quantificazione della sanzione pecuniaria, dell’opera svolta dalla ricorrente, così rideterminandola, in applicazione dell’art. 134, comma 1, lettera c), del c.p.a., nella misura di € 130.000,00.

3.– Avverso la predetta sentenza, ha proposto appello la società G. SPA, assumendo l’illegittimità sotto vari profili delle valutazioni poste a suo fondamento, e riproponendo le censure sollevate in primo grado.

4.– L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il CODACONS si sono costituiti in giudizio, chiedendo che l’appello venga dichiarato infondato.

5.– All’udienza del 18 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 la scorrettezza della pratica commerciale posta dalla G. SPA, consistente nella reclamizzazione – posta in essere nel periodo tra il febbraio 2008 e il marzo 2009 – del prodotto «Bioscalin con biogenina». La campagna pubblicitaria si articolava in spot televisivi di durata compresa tra i 5 e 7 secondi sui principali network televisivi nazionali, inserzioni sulla stampa e su internet.

Secondo la AGCM i predetti messaggi sarebbero ingannevoli in quanto idonei, per le loro concrete modalità grafiche e di rappresentazione, ad indurre nei consumatori la convinzione – non rispondente a verità – che il prodotto sia efficace per risolvere qualsiasi patologia connessa con la caduta (definitiva) dei capelli, tra cui la calvizie, laddove invece il prodotto avrebbe efficacia

circoscritta ai soggetti affetti perdita temporanea ed eccessiva di capelli (c.d. «Defluvium telogenico»).

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. La finalità perseguita dalla direttiva europea consiste nel garantire, a termini del suo considerando 23, un elevato livello comune di tutela dei consumatori procedendo ad un’armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale, nei confronti dei consumatori.

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 tuttavia 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».

2.2.– Il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica. Quando tali caratteristiche ricorrono cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata.

La condotta omissiva – per essere considerata ingannevole – deve avere ad oggetto «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno» per prendere una decisione consapevole (art. 22).

Al riguardo, va rimarcato che, in tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un «invito all’acquisto» – locuzione che comprende le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque «rilevanti» le informazioni relative alle «caratteristiche principali del prodotto» (art. 22, comma 4, lettera »; cfr. anche l’articolo 7, paragrafo 4, della direttiva europea). In assenza di tali informazioni, un invito all’acquisto si considera quindi ingannevole (CGUE, sentenza del 12 maggio 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, punto 24).

3.– Nel caso in esame, la campagna pubblicitaria sanzionata presentava in modo ambiguo informazioni «rilevanti», relative alle caratteristiche principali del prodotto, in quanto non rendeva sufficientemente chiaro che i risultati con esso conseguibili non erano riconducibili alla generalità dei destinatari affetti da ogni forma di alopecia, bensì soltanto a quanti soffrivano di «Defluvium Telegenico».

L’informazione veicolata negli spot televisivi – in cui il riferimento allo studio clinico condotto su

40 soggetti affetti da «Defluvium Telegenico» veniva riportato in basso sullo schermo e con caratteri di ridotte dimensioni – non rendeva percepibile la limitazione dell'ambito di efficacia del prodotto. Non veniva cioè data adeguata evidenza al fatto che il prodotto era efficace e testato solo nei casi di «Defluvium Telogenico» che consiste in una caduta momentanea di capelli e non in tutti i casi di «alopecia». Peraltro, anche a prescindere dalla evidenziazione grafica, il termine «Defluvium Telogenico», per quanto corretto dal punto di vista scientifico, non poteva essere certo compreso da parte della generalità dei consumatori.

Nel caso dei messaggi diffusi a mezzo stampa o tramite internet, la scorrettezza della pratica commerciale deriva dalla sua scarsa trasparenza, intesa in termini di intelligibilità. La precisazione che il prodotto era curativo della sola perdita temporanea ed eccessiva di capelli – qui presente a differenza che negli spot televisivi – era rappresentata con caratteri estremamente ridotti e in fondo alla pagina. In sostanza, all'enfaticizzazione dei dati prestazionali del prodotto non corrispondeva, con altrettante evidenze grafiche, i limiti di efficacia del prodotto, cosicché il consumatore era anche in questo caso indotto a credere che «Bioscalin» fosse efficace per tutti i tipi di defluvium e, inoltre, non era immediatamente comprensibile il campione di soggetti sui quali era stato effettuato il test e i risvolti. L'attenzione del consumatore veniva a focalizzarsi su aspetti parziali del complesso contesto informativo.

Va rimarcato che anche le modalità grafiche ed espressive con cui gli elementi del prodotto vengono rappresentati all'interno del messaggio rientrano tra gli standard di chiarezza, completezza e intelligibilità degli elementi rilevanti del prodotto, la cui mancanza può integrare una omissione ingannevole. La trasparenza della comunicazione commerciale contribuisce ad implementare l'efficienza del mercato attraverso la riduzione delle asimmetrie informative.

3.1.– Sussisteva pure il secondo tratto qualificante la «scorrettezza» della pratica commerciale ingannevole, consistente nella sia attitudine «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (artt. 21 e 22 del Codice di consumo; art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29).

A tale proposito occorre premettere che il criterio di valutazione applicabile è quello del consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici (CGUE, sentenza del 12 maggio 2011, C-122/10, punto 22). Come risulta dal considerando 18 della direttiva 2005/29, la nozione di «consumatore medio» non è una nozione statistica e che, per determinare la reazione tipica di tale consumatore in una determinata situazione, gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali devono esercitare la loro facoltà di giudizio. Deve poi specificarsi che, ai sensi dell'art. 20, comma 3, del Codice del consumo: «le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo».

Su queste basi, si deve osservare che il tipo di risultato ottenibile da un prodotto per capelli – prospettato nella specie come avente il potere di arrestare la calvizia – è in linea di principio un elemento determinante nella mente del consumatore medio nel momento in cui egli deve prendere una decisione di natura commerciale, ancor di più se si considera la particolare vulnerabilità dei consumatori afflitti da un disagio derivante dal problema estetico connesso alla perdita dei capelli. Le argomentazioni con cui l'appellante contesta la mancanza di un apprezzabile pregiudizio economico derivante ai consumatori dai messaggi sanzionati, stante possibilità per i consumatori di ricevere tutte le informazioni rilevanti attraverso numerosi altri mezzi di comunicazione messi a loro disposizione (in particolare un sito internet dedicato), sono destituite di fondamento. Secondo la giurisprudenza, 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.

3.2.– Le valutazioni della AGCM non sono censurabili neppure alla luce dei limiti, evidenziati da parte ricorrente, di spazio e – per quanto riguarda gli spot televisivi – di tempo che caratterizzano i messaggi pubblicitari.

Il Codice del Consumo, effettivamente stabilisce che gli oneri informativi a carico dell'operatore economico devono essere considerati alla luce del mezzo impiegato, in considerazione del supporto della comunicazione commerciale. Non si può cioè richiedere lo stesso grado di precisione nella descrizione di un prodotto a prescindere dalla forma (radiofonica, televisiva, elettronica o cartacea) rivestita dalla comunicazione commerciale (l'art. 22, comma 3, del Codice del consumo, recita infatti: «Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi»).

Senonché, pur «contestualizzando» il giudizio sul carattere ingannevole della pratica commerciale alla luce dei peculiari limiti del mezzo di comunicazione impiegato, nel caso di specie i dedotti limiti di tempo e di spazio non rendevano per nulla impossibile o eccessivamente oneroso dare maggiore evidenza grafica ed enfasi relativamente ad informazioni rilevanti sulle reali caratteristiche del prodotto reclamizzato.

3.3.– Alla luce di tutte le considerazioni svolte, possiamo concludere nel senso che la pratica commerciale in esame soddisfaceva tutti i criteri enunciati dagli artt. 21 e 22 del Codice del consumo per poter essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore. In questi casi, secondo la Corte di Giustizia, non vi è necessità di verificare se sia parimenti soddisfatto il requisito relativo al contrasto di tale pratica con le norme di diligenza professionale (Corte giustizia UE, sez. I, 19/09/2013, n. 435).

In ogni caso, la pratica commerciale in esame certamente 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. Tale grado di attenzione e competenza (con riferimento alle campagne pubblicitarie) era a maggior ragione lecito attendersi da parte di una società, come quella ricorrente, appartenente agli operatori del settore.

4.– È corretta la statuizione del TAR che ha rigettato la censura incentrata sulla mancata pronuncia da parte dell'Autorità in ordine agli impegni della società ricorrente di modificare il messaggio pubblicitario veicolato tramite spot televisivi.

Risponde al vero che, dopo l'audizione, con memoria scritta la G. aveva comunicato che avrebbe introdotto «alcune integrazioni allo spot televisivo oggetto di contestazione, consistenti nel: veicolare tramite voce l'informazione che il prodotto è destinato a soggetti che accusano una perdita temporanea ed eccessiva di capelli». Tuttavia, si trattava di una manifestazione di intenzione generica e priva di quei caratteri di precisione e dettagliato (in punto di durata, grado di copertura sui diversi media, data di avvio) necessari per far sorgere, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del d.lgs.

n. 206 del 2005, l'obbligo in capo all'Autorità di pronunciarsi espressamente su di essa.

5.– I motivi di appello incentrati sulla quantificazione della sanzione comminata, per violazione del principio di proporzionalità, sono anch'essi infondati.

Correttamente il TAR ha censurato l'omessa considerazione del comportamento assunto dalla società ricorrente di modificare lo spot televisivo. La riduzione della sanzione nella sola misura di € 20.000, per quanto limitata, appare congrua, tenuto conto che le integrazioni hanno riguardato solo gli spot televisivi e hanno avuto luogo solo a partire dalla successiva campagna pubblicitaria.

Per il resto, tenuto conto della cornice edittale – ai sensi dell'art. 27, comma 9, del d.lgs. n. 206 del 2005, la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile va da € 5.000 a € 500.000 – l'Autorità ha fatto corretto utilizzo dei parametri di quantificazione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81, valorizzando: la diffusività dei messaggi pubblicitari censurati (susceptibili di raggiungere un considerevole numero di consumatori), l'ampiezza della campagna pubblicitaria ed il carattere reiterato dei messaggi, la durata della campagna pubblicitaria, il carattere insidioso della pratica commerciale in ragione del carattere vulnerabile dei consumatori affetti da calvizie, la dimensione economica e la notorietà professionale dell'impresa.

6.– L'appello, dunque, va respinto.

Le spese del secondo grado di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo. Nella quantificazione, il Collegio deve tener conto del fatto che la AGCM si è costituita in giudizio con memoria di mero stile.

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, che si liquidano in € 1.000,00 in favore della AGCM, e in € 2.500,00 in favore del CODACONS, oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

