

## Il Consiglio di Stato tra clemenza e diritto: brevi note su un *claim* sleale e ingannevole

Cons. Stato, Sez. VI 19 settembre 2017, n. 4378 - Santoro, pres.; Simeoli, est. - Giuliani S.p.A. (avv.ti Guarino e Pesce) c. Autorità garante della concorrenza e del mercato (Avv. gen. Stato) ed a.

*Deve essere confermata la sanzione inflitta ad una società per scorrettezze in pratiche commerciali, atteso che veniva reclamizzato un prodotto in grado di arrestare la calvizie mentre era efficace soltanto nella cura della perdita temporanea di capelli.*

(Omissis)

### FATTO

1. - Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la società Giuliani 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, lett. 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 A.G.C.M. 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 d'incarico condotto, sia dal parere reso dall'I.F.O. 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'I.F.O. 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, lett. c), del c.p.a., nella misura di € 130.000,00.

3. - Avverso la predetta sentenza, ha proposto appello la società Giuliani S.p.A., 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 Codaccons 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 Giuliani S.p.A., consistente nella redamizzazione - 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 cinque e sette secondi sui principali *network* televisivi nazionali, inserzioni sulla stampa e su internet.

Secondo la A.G.C.M. 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 artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli artt. 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 (artt. 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'art. 7, par. 4, della direttiva europea). In assenza di tali informazioni, un invito all'acquisto si considera quindi ingannevole (C.G.U.E., 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 Telogenico».

L'informazione veicolata negli spot televisivi - in cui il riferimento allo studio clinico condotto su quaranta soggetti affetti da «Defluvium Telogenico» 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 sua 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 (C.G.U.E., 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 calvizie - 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 A.G.C.M. 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 prescindendo dalla forma (radio fonica, 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 redamizzato.

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 T.A.R. 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 Giuliani 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 T.A.R. 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 A.G.C.M. si è costituita in giudizio con memoria di mero stile.

*(Omissis)*

## Il Consiglio di Stato tra clemenza e diritto: breve note su un *claim* sleale e ingannevole

1. - *Il caso.* La vicenda sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, da cui trae spunto il presente commento, è la seguente: La Giuliani S.p.A. commercializzava il prodotto «Bioscalin con biogenina» tramite spot televisivi, internet e stampa. Destinato a contrastare il c.d fenomeno «*Defluvium Telogenico*» che consiste in una caduta temporanea e repentina dei capelli. Tuttavia, nelle modalità concrete di promozione del prodotto, si induceva il consumatore a credere che Bioscalin fosse rivolto anche alla cura delle più gravi forme di alopecia.

Ne seguiva un esposto del Codacons, presentato all'Antitrust, che comportava l'avvio di un procedimento visto che «le affermazioni contenute nei messaggi promozionali<sup>1</sup>, richiamando con particolare enfasi i risultati potenzialmente raggiungibili nel contrastare la caduta dei capelli senza, al contempo, dare adeguata evidenza né del contesto all'interno del quale questi sono stati determinati, né dell'unità di riferimento adottata, potrebbero indurre nei destinatari dei messaggi la convinzione circa la particolare efficacia del prodotto Bioscalin con Biogenina a risolvere il problema della calvizie».

A chiusura del procedimento istruttorio l'A.G.C.M. decretava l'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari del professionista «Nel caso di specie, per le motivazioni che di seguito si esporranno, le comunicazioni promozionali del professionista appaiono ingannevoli ed idonee ad indurre nei destinatari di cui sopra la convinzione, contraria al vero, che il prodotto Bioscalin con Biogenina sia efficace per risolvere il problema della calvizie (...) In particolare, gli spot televisivi, presentati in differenti versioni di diversa durata, propongono ai destinatari, attraverso l'enunciazione particolarmente enfatica ed estremamente assertiva dei citati dati prestazionali, la notevole efficacia del prodotto, portandoli a ritenere che chiunque utilizzi Bioscalin possa ricavarne i suddetti benefici, sostanzialmente omettendo di dare adeguata evidenza sia del contesto all'interno del quale i dati prestazionali sono stati determinati, sia dell'unità di riferimento adottata. In realtà, come emerso dagli accertamenti istruttori e dalle stesse informazioni rese dal professionista, tale efficacia è relativa solo ad una specifica situazione patologica della calvizie, il *Defluvium Telogenico*, che fra l'altro, per consenso scientifico, si caratterizza per essere una delle forme più lievi di alopecia essendo relativa ad uno stato patologico temporaneo e quindi reversibile (A.G.C.M. provv. n. 20284/2009)».

<sup>1</sup> Così venivano descritti gli spot televisivi di Bioscalin dall'A.G.C.M. (A.G.C.M. 10 settembre 2009, provv. n. 20284, *Bioscalin crescita capelli* (PS891), in *Boll.* n. 36, 2009): «a) spot televisivi trasmessi sulle principali emittenti (Mediaset [Canale 5, Italia 1, Rete 4]; Sky [Fox, Fox Crime, Geographic Channel, Sky sport 1, Sky TG24, ecc.]; RAI [RAI 1, RAI 2, RAI 3]; La 7) nel corso dell'anno 2008 e fino al 17 marzo 2009. Tali spot, andati in onda in diversi orari della giornata ed in differenti versioni da cinque, sette, dieci e quindici secondi, sono sostanzialmente identici nei contenuti e nelle loro modalità di rappresentazione. Gli spot sono divisi in due parti: 1 [A seguito di specifica richiesta di informazioni inoltrata ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Regolamento.] la prima è narrativa, e vede l'enunciazione dei risultati dell'uso dell'integratore Bioscalin. La parte finale degli spot è invece dedicata alla presentazione del marchio e della confezione del prodotto. Di seguito, si riporta una descrizione della versione più breve (cinque secondi) e più lunga (quindici secondi) del messaggio pubblicitario oggetto di esame: versione da cinque secondi. Durante la rappresentazione dello spot, una voce fuori campo così recita: "Caduta dei capelli - (meno) 75,7 per cento! Bioscalin con Biogenina. Più valore ai capelli!". Al contempo, vengono raffigurati i volti di due giovani persone dalla chioma folta e ben curata seguiti da una panoramica delle confezioni della Linea anticaduta del prodotto pubblicizzato. In basso, in piccoli caratteri che, dato anche il breve tempo di permanenza sullo schermo, risultano praticamente illeggibili, si riporta: "Risultati medi di uno studio clinico contro placebo condotto su quaranta soggetti con *Defluvium Telogenico* per due mesi sotto controllo medico"; versione da quindici secondi - Durante la rappresentazione dello spot, una voce fuori campo così recita: "Con Bioscalin, i nostri capelli sono cambiati. Caduta dei capelli - (meno) 75,7 per cento! Diametro del fusto, + (più) 57,8 per cento! Capelli in crescita, + (più) 20,2 per cento! Bioscalin! Più valore ai capelli, più valore a te". Analogamente allo spot relativo alla versione più breve (cinque sec), anche in questo caso le immagini che scorrono durante il messaggio pubblicitario raffigurano due giovani in primo piano (prima una donna e dopo un uomo) dalla chioma folta e ben curata, che si muovono in mezzo alla gente. Segue una panoramica dei prodotti Bioscalin. Per quasi tutto il tempo del messaggio stesso, permane sullo schermo in basso, in caratteri piccoli, il medesimo *legal* sopra riportato».



La Giuliani S.p.A. impugnava dinanzi al T.A.R. Lazio la determinazione dell'Antitrust, senza successo visto che il Consesso amministrativo confermava il provvedimento, rideterminando solo la sanzione edittale (riducendola).

Tale sentenza veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che, ribadendo la correttezza dell'operato dell'Autorità, ha svolto un interessante ricognizione di principi consolidati in materia di pubblicità ingannevole.

**2. - Una breve premessa: La pubblicità ingannevole<sup>2</sup>.** Come ha osservato un illustre autore<sup>3</sup> la pubblicità commerciale «mette in relazione bisogni di natura e generi diversi con il mercato e trasferisce messaggi e significati, presenti nell'immaginario collettivo, nei prodotti: trasformandoli così in segni, in comunicazione. La pubblicità non inventa niente, ma attinge continuamente, con discrezionalità e fantasia, dal grande serbatoio dell'immaginario collettivo e della cultura di massa per estrarre simboli e segni con cui "far parlare" i prodotti».

Gli artt. 18 e ss. del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) che, nel loro attuale assetto, sono il frutto della ricezione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del Consiglio dell'11 maggio 2005 *relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, non recano una definizione di pubblicità, ma si limitano ad individuare caratteristiche e qualità della comunicazione ingannevole.

Una sua definizione la troviamo, invece, nel d.lgs. n. 145/2007 promulgato sempre in attuazione della direttiva 2005/29 cit.

Segnatamente l'art. 2 definisce come pubblicità «qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi».

Una definizione volutamente ampia e omnicomprensiva che fa perno sulla necessità che la comunicazione sia rivolta allo scambio di beni, diritti o servizi relativi ad un'attività commerciale.

Il d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), come anticipato, delinea con precisione gli elementi che permettono di considerare una pubblicità scorretta e ingannevole.

Deve essere contraria alla diligenza professionale o essere idonea a falsare il comportamento del consumatore.

Si può affermare che una pubblicità non è ingannevole se rispetta i principi di veridicità, correttezza e trasparenza che permeano e caratterizzano, anche a livello interpretativo, le disposizioni recate dal Codice del consumo<sup>4</sup>.

L'ingannevolezza può incidere su diversi elementi della proposta commerciale quali ad esempio: l'esistenza, la natura o le caratteristiche principali del prodotto<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Per un approfondimento sulla tematica della pubblicità e della comunicazione ingannevole, si rimanda a: L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale, fondamento costituzionale e limiti*, Napoli, 2008; E. APA, *La pubblicità commerciale, struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011; A.G. CIANCI, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore, dal motivo allo status relazionale*, Milano, 2013; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, Milano, 2006; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Milano, 2008. Ove si desiderasse approfondire specifici settori della pubblicità ingannevole, si invita alla lettura, per la comunicazione alimentare: S. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, Milano, 2015. Mentre, con riguardo al fenomeno della pubblicità occulta e del *product placement*, si rinvia a P.F. CARBALLO - CALERO, *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004. Infine, avendo riguardo alla pubblicità con il mezzo internet si rimanda a R. BORRUSO, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in internet*, Padova, 2006.

<sup>3</sup> G. FABRIS, *La pubblicità teoria e prassi*, Milano, 2002, 147.

<sup>4</sup> Il Consiglio di Stato, ha affermato il principio che i consumatori hanno diritto ad una adeguata, chiara e trasparente informazione, nonché ad una corretta pubblicità (cfr. Cons. Stato, Sez. VI 31 gennaio 2011, n. 720, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 320; Cons. Stato, Sez. VI 30 giugno 2011, n. 3897, in *Foro amm. C.D.S.*, 2011, 2118).

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo); l'inganno può investire « a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la confezione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche

Il legislatore ha inoltre individuato una serie di specifiche tipologie di pubblicità (le c.d. «*liste nere*», secondo la definizione del Consiglio di Stato) da considerarsi *in re ipsa* ingannevoli (art. 23 a cui si aggiungono le previsioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22 *bis* del d.lgs. n. 206/2005). In queste ipotesi l'Autorità o l'Organo giudicante non dovranno compiere alcuna valutazione sulla sua capacità di incidere indebitamente sul processo di scelta del consumatore o sulla sua contrarietà alla diligenza professionale. La comunicazione commerciale scorretta si esprime quindi per essere un'informazione errata, falsata o distorta, ma può anche celarsi attraverso un'omissione, rilevante, in grado sempre di riflettersi negativamente sul processo decisionale del consumatore (art. 22, d.lgs. n. 206/2005).

Nella mia esperienza professionale, ho potuto constatare che sono proprio le azioni omissive quelle più difficili da «individuare».

L'omissione, infatti, non è mai palese: si nasconde dietro le parole, il linguaggio e le immagini e per essere «stanata» richiede spesso una lunga attività di approfondimento, anche sul piano scientifico<sup>6</sup>.

Compiuta questa breve e sintetica premessa andiamo ad analizzare i principi espressi nella sentenza in commento.

**3. - Il Consiglio di Stato sul case Bioscalin.** Il Consiglio di Stato, nel confermare la pronuncia di prime cure, ha evidenziato l'ambiguità e la scarsa trasparenza della campagna pubblicitaria messa in atto dal professionista.

Questa, nella sua complessiva presentazione, infatti, era in grado di indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche principali del prodotto, inducendolo a credere che «Bioscalin» fosse efficace anche per le forme più gravi di alopecia.

Con riguardo agli spot televisivi il Consesso amministrativo sottolinea come non evidenzino limiti e condizioni a cui era subordinata l'efficacia del prodotto, viceversa, con riguardo agli spot diffusi a mezzo stampa o tramite internet, ne marca la scarsa trasparenza.

È noto che sul professionista incombe un onere di diligenza qualificato nel rappresentare chiaramente ed in maniera facilmente intellegibile, tutte le caratteristiche del prodotto o del servizio che offre ai consumatori. Ciò, ovviamente, in relazione alle concrete possibilità che derivano dai limiti spaziali e/o temporali del mezzo di comunicazione prescelto.

Le difese della Giuliani S.p.A. si fondavano principalmente sull'assunto che il consumatore avrebbe potuto ricevere tutte le informazioni rilevanti su Bioscalin, attingendo da numerosi e diversi canali di comunicazione.

Tuttavia, è pacifico in giurisprudenza e viene ripetuto nella sentenza in commento che la comunicazione rilevante è quella che cattura al «primo contatto» ed il rinvio ad altre fonti «non consente di sanare *ex post* l'inadempimento dell'onere informativo imposto all'operatore<sup>7</sup>».

Inoltre, la Giuliani S.p.A. evidenziava che la pratica commerciale non aveva determinato un danno in concreto ai consumatori e il Consesso amministrativo ha avuto cura di replicare – ribadendo un principio noto – che il bene giuridico tutelato dagli artt. 18 e ss. del d.lgs. n. 206/2005 è soltanto indirettamente il

---

*fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti».*

<sup>6</sup> Afferma il Consiglio di Stato nella sentenza in commento «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'art. 7, par. 4, della direttiva europea). In assenza di tali informazioni, un invito all'acquisto si considera quindi ingannevole (C.G.U.E., sentenza del 12 maggio 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, punto 24)».

<sup>7</sup> Il Consesso amministrativo per esprimere questo principio richiama una serie di precedenti: Cons. Stato, Sez. VI 30 settembre 2016, n. 4048, in *mm.giustizia-amministrativa.it* e Cons. di Stato, Sez. VI 17 novembre 2015 n. 5250, in *Foro amm.*, 2015, 2800.

patrimonio del consumatore, essendo invece il corretto funzionamento del mercato concorrenziale, primario interesse protetto dalla disciplina.

Pertanto, ai fini dell'accertamento di una pratica sleale è sufficiente l'accertamento sulla sua capacità di incidere sulle scelte dei consumatori, falsandole, a prescindere dal concreto danno che hanno patito.

Anni addietro si discuteva se una pratica commerciali sleale fosse tale se contraria alla diligenza professionale e se fosse idonea a falsare il comportamento del consumatore.

Ci si domandava, in altri termini, se la direttiva 2005/29 cit. richiedesse la presenza cumulativa o alternativa di questi due elementi, ai fini dell'accertamento della scorrettezza del messaggio pubblicitario. La questione veniva sollevata dinanzi alla Corte di giustizia europea<sup>8</sup> che concludeva, in sostanza, per l'alternatività dei due criteri.

La pubblicità è pertanto ingannevole se falsa il processo decisionale del consumatore, primo elemento di indagine. E se questa dà esiti positivi, non v'è necessità di verificare se la pratica commerciale sia anche contraria alla diligenza professionale.

Facendo proprie queste riflessioni, il Consiglio di stato non ha approfondito la questione sulla contrarietà o meno alla diligenza professionale del comportamento messo in atto dalla Giuliani S.p.A., in quanto le comunicazioni pubblicitarie erano oggettivamente in grado di deviare indebitamente i comportamenti dei consumatori.

**4. - Il consumatore medio: dall'astrazione sino alla sua individuazione in concreto.** Una pubblicità è ingannevole se incide sul processo decisionale del consumatore, inducendolo in errore.

Ma a quale consumatore bisogna far riferimento?

La nozione di consumatore medio si rinviene nella direttiva 2005/29 cit.: «è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici e, soprattutto, dell'esistenza di gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili per età, malattia o istruzione ('considerando' 18)».

Lo stesso 'considerando' 18 chiarisce, inoltre, che: «la nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie».

Pertanto, ad un'astrazione segue un monito: il consumatore medio deve essere individuato sempre in concreto.

Avveduto e ragionevole, non è tale quando, per il genere di pratica commerciale posta in atto, si trova in una posizione di debolezza a ragione della percezione del «sé» che intende colpire la comunicazione commerciale.

Un tipico esempio, si trova in relazione a cure estetiche (come i trattamenti per contrastare la cellulite<sup>9</sup>) o

---

<sup>8</sup> Corte di giustizia CE 19 settembre 2013, in causa C-435/11, *CHS Tour Services GmbH ed a.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 2047, secondo cui «La direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), va interpretata nel senso che, nell'ipotesi in cui una pratica commerciale soddisfa tutti i criteri enunciati all'art. 6, par. 1, di detta direttiva per poter essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore, non occorre verificare se tale pratica sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. a), della direttiva medesima perché essa possa essere legittimamente ritenuta sleale e, pertanto, essere vietata ai sensi dell'art. 5, par. 1, della stessa direttiva».

<sup>9</sup> L'A.G.C.M. ha affermato perentoriamente «Con riguardo alla "gravità della violazione" si tiene conto della debolezza dei destinatari, trattandosi di applicazioni di medicina e chirurgia estetica destinati a consumatori che, essendo afflitti da problematiche collegate all'aspetto, versano in una situazione di particolare debolezza psicologica» [A.G.C.M. 13 settembre 2007, provv. n. 17358, *Innova medica* (PI5863), in *Boll.* n. 34, 2007. Cfr. anche A.G.C.M. 23 novembre 2005, provv. n. 14922, *Snelly* (PI4911), in *Boll.* n. 47, 2005].



dimagranti<sup>10</sup>.

In questi casi, il *claim* colpisce infatti aspetti molto delicati della psicologia umana e pertanto il consumatore può essere facilmente influenzato, fino a modificare inconsapevolmente le sue scelte di acquisto, spinto dall'emotività.

Partendo da queste considerazioni, la sentenza in commento si sofferma anche sulla particolare vulnerabilità dei soggetti affetti da «alopecia».

Il Consesso amministrativo, infatti, ha cura di sottolineare «si deve osservare che il tipo di risultato ottenibile da un prodotto per capelli – prospettato nella specie come avente il potere di arrestare la calvizie – 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».

Il ragionamento espresso, evidentemente condivisibile, non si è voluto però portarlo alle sue logiche conseguenze.

L'ammontare della sanzione comminata dall'A.G.C.M. veniva dal T.A.R. Lazio rideterminata «*in melius*» per il professionista, anche se non di molto, e tale statuizione ha trovato conferma in sede di appello.

Non si può nascondere un certo disappunto: quando un *claim* ingannevole si rivolge a soggetti vulnerabili, andando a colpire i lati più deboli dell'io, il professionista dovrebbe essere duramente sanzionato, senza sconti o attenuanti. Questo «buonismo» degli organi giudicanti produce il risultato inverso a quello desiderato: far credere alle aziende che, seppur sono gravemente scorrette, potranno godere di clemenza dinanzi a loro. Così disincentivando il virtuosismo.

Siamo di fronte ad un prodotto Bioscalin destinato a risolvere un problema, il *defluvium telogenico*, reversibile naturalmente, e già ciò costituisce un serio campanello d'allarme sulla sua utilità concreta per i consumatori. In più veniva pubblicizzato come una cura contro le forme gravi di alopecia, giocando sulle ambiguità e le debolezze dei riceventi.

Ciò reca danno non solo ai consumatori, ma anche alle aziende che della correttezza e della qualità ne fanno principi cardini della propria politica aziendale.

Ma non si può negare che il problema non è tanto giurisprudenziale ma sistemico.

Si auspica *de jure condendo* che il legislatore intervenga per inasprire le sanzioni, per irrigidire i criteri per la determinazione delle stesse, permettendo anche l'ingresso nel nostro ordinamento dei c.d. danni punitivi. Meccanismo fondamentale se si vuole realmente attuare un'azione, non solo di contrasto della slealtà, ma soprattutto di prevenzione<sup>11</sup>.

La scorrettezza commerciale è un danno grave e plurioffensivo che deve reprimersi con durezza, solo così si solleciteranno le aziende a indirizzarsi verso modelli virtuosi nei rapporti con i consumatori. Presupposto fondamentale per un ordinato funzionamento del mercato concorrenziale.

Alessandro Sproviero

<sup>10</sup> A.G.C.M. 16 giugno 2010, provv. n. 21260, *Centri dimagranti sobriino* (PS5445), in *Boll.* n. 24, 2010; A.G.C.M. 27 marzo 2008, provv. n. 18197, *Comprese hca dimagrante* (PI6500), in *Boll.* n. 12, 2008; A.G.C.M. 27 marzo 2008, provv. n. 18196, *Vernat compresse zactol* (PI6499), in *Boll.* n. 12, 2008; A.G.C.M. 27 dicembre 2007, provv. n. 17811, *American diet system giorno e notte* (PI5813), in *Boll.* n. 49, 2007; A.G.C.M. 10 ottobre 2007, provv. n. 17470, *Lipo slim* (PI5539), in *Boll.* n. 38, 2007; A.G.C.M. 13 settembre 2007, provv. n. 17352, *Distillato 19 erbe vivalight* (PI5347), in *Boll.* n. 34, 2007; A.G.C.M. 8 marzo 2007, provv. n. 16587, *bio-light* (PI5177), in *Boll.* n. 10, 2007; A.G.C.M. 27 settembre 2006, provv. n. 16005, *Ok linea* (PI5010), in *Boll.* n. 39, 2006; A.G.C.M. 24 agosto 2006, provv. n. 15883, *Ise-dimagrare mangiando* (PI5165), in *Boll.* n. 33-34, 2006; A.G.C.M. 12 luglio 2006, provv. n. 15699, *Liotrex 24* (PI5178), in *Boll.* n. 28, 2006; A.G.C.M. 30 novembre 2005, provv. n. 14964, *Dimagranti labo real-riva beauty-bioline* (PI4892), in *Boll.* n. 48, 2005; A.G.C.M. 26 marzo 1999, provv. n. 7024, *Dimagrante chitosan* (PI2245), in *Boll.* n. 12, 1999.

<sup>11</sup> Si evidenzia che solo recentemente i danni punitivi hanno avuto una timida apertura da parte della Cassazione civile (Cass. Sez. Un. Civ. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Guida al diritto*, 2017, 50).