

Etichette e spot non veritieri.

Le prime sanzioni dell'AGCM

di *Letizia Giliberti*¹

Direzione Generale Tutela del Consumatore – Direzione settoriale Agroalimentare e Trasporti
dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

**L'AGCM vigila
sulla correttezza
delle informazioni riportate
in etichetta
e nella pubblicità
dei prodotti alimentari.
Punto di riferimento
è la direttiva 2005/29/CE.
I contenuti della normativa
e le prime sanzioni
disposte dall'Autorità**

In data 11 maggio 2005 è stata adottata, dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione Europea, la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali ("la Direttiva").

La Direttiva è stata pensata quale strumento funzionale a contribuire, allo stesso tempo, sia alla realizzazione del Mercato Unico, favorendo l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei beni e servizi e alla libertà di stabili-

mento che possono derivare dalle divergenze nazionali in materia di valutazione e repressione delle pratiche commerciali (art. 1), sia al conseguimento del massimo livello di protezione dei consumatori.

Un quadro giuridico uniforme per tutti i professionisti e consumatori comunitari in materia è, infatti, prodromico, da un lato, all'eliminazione dei possibili ostacoli alla libera circolazione intracomunitaria di beni e servizi derivante da discipline nazionali divergenti e che possono rendere più oneroso per le imprese l'esercizio delle libertà di mercato interno, soprattutto se intendano effettuare attività commerciali per promuovere vendite transfrontaliere e, dall'altro, ad aumentare la fiducia dei consumatori proprio nell'acquisto di beni e servizi offerti da professionisti con sede in altri Paesi membri dell'UE.

Per queste ragioni, la Direttiva è stata strutturata come una direttiva di armonizzazione massima, in modo da non consentire divergenze tra i livelli di protezione assicurati dagli Stati membri in materia di pratiche commerciali scorrette che sarebbero, invece, possibili in caso di direttiva di armonizzazione minima: essa, infatti, in sede di recepimento, obbligherebbe i legislatori nazionali a

¹ Le opinioni espresse in questo contributo impegnano esclusivamente l'autore e in alcun modo l'istituzione di appartenenza.

non discostarsi solo da un livello minimo comune di protezione.

Con l'entrata in vigore delle normative nazionali di recepimento, pertanto, il grado di protezione assicurato ai consumatori nei loro rapporti con i professionisti sarà lo stesso in tutti i Paesi membri, le condizioni di liceità di una pratica saranno, del pari, omogeneizzate in tutta l'UE e le negoziazioni transfrontaliere agevolate con i conseguenti vantaggi che ne possono derivare in termini di armonizzazione dei prezzi praticati all'interno dell'Unione Europea e di ampliamento e diversificazione dell'offerta di prodotti e servizi per i consumatori.

Il recepimento della direttiva

La Direttiva è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano con i d.lgs. 145 e 146 del 2 agosto 2007, entrati in vigore il successivo 11 settembre 2007 e implementati dai regolamenti di procedura, adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con le delibere 15789 e 15790 del 15 novembre 2007,² e a loro volta entrati in vigore il successivo 6 dicembre 2007.

La scelta del legislatore italiano di recepire con due distinti e contestuali decreti legislativi la Direttiva è sicuramente condivisibile, posto che:

- il decreto legislativo 146/2007 recepisce gli articoli da 2 a 13 della Direttiva stessa, ossia quelli propriamente dedicati alla repressione delle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti nei confronti dei consumatori e che sono confluite nel Codice del Consumo modificandone gli artt. da 18 a 32 (d.lgs. 206/2005 e successive modificazioni);
- il decreto legislativo 145/2007 recepisce unicamente l'art. 14 della Direttiva, relativo alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita nei rapporti tra professionisti e che ha, di conseguenza, modificato la diret-

tiva comunitaria 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa illecita, e la relativa normativa interna di recepimento, limitandone, anzitutto, l'ambito di applicazione ai soli messaggi pubblicitari diretti a reclamizzare beni e servizi destinati unicamente a professionisti (la cosiddetta pubblicità business to business o BtoB). Proprio perché questa normativa non è diretta alla tutela del consumatore essa non è confluita nel Codice del Consumo.

Il legislatore delegato, inoltre, ha individuato nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") l'autorità competente per l'applicazione di entrambi i decreti legislativi, valorizzandone opportunamente l'esperienza maturata nell'applicazione quindicinale della precedente disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita³ e ribadendo, nel contempo, la complementarità tra la normativa a tutela del consumatore e quella a tutela della concorrenza.

Il legislatore nazionale ha quindi, e in coerenza con la scelta dell'autorità di *enforcement*, optato tra i possibili mezzi individuati dall'art. 11 della Direttiva per dare concreta applicazione al divieto di pratiche commerciali scorrette, quello dell'instaurazione di un procedimento amministrativo di fronte a un'autorità amministrativa e, in particolare, a un'autorità amministrativa indipendente, secondo la qualificazione propria dell'AGCM.

Come già evidenziato, la Direttiva e, in modo speculare, la normativa interna di recepimento, distingue, quindi, la disciplina repressiva della pubblicità ingannevole e comparativa illecita a seconda che la stessa sia diretta alla promozione di beni e/o servizi destinati ai consumatori (ossia, secondo la definizione normativa a

² La normativa nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette è scaricabile dai siti Internet www.agcm.it e www.insic.it, come il testo integrale dei provvedimenti citati nel corso dell'articolo.

³ Il potenziamento della propria competenza nel settore della tutela del consumatore ha determinato una riorganizzazione dell'assetto dell'AGCM attraverso, in particolare, l'istituzione di una direzione generale dedicata (la Direzione Generale Tutela del Consumatore o DGTC) articolata, sul modello della Direzione Generale Concorrenza, in sei Direzioni settoriali (Direzione Energia e Industria; Direzione Comunicazioni; Direzione Credito; Direzione Agroalimentare e Trasporti; Direzione Servizi) e l'istituzione dell'Unità Call Center.

trarie alla diligenza professionale e idonee a influenzare in modo rilevante il comportamento economico del consumatore medio o del membro medio del gruppo di consumatori a cui la pratica sia, eventualmente, diretta, inducendoli a scelte economiche che altrimenti non avrebbero preso (art. 20). Il divieto generale si concretizza, poi, nei divieti di pratiche commerciali ingannevoli (azioni e omissioni ingannevoli, artt. 21 e 22) e di pratiche aggressive (artt. 24 e 25), nonché in un elenco di pratiche dichiarate dal legislatore ingannevoli o aggressive di per sé (le cd. liste nere, artt. 23 e 26).

L'ampiezza del divieto generale è tale da consentire la repressione anche di comportamenti dei professionisti nei confronti dei consumatori non ancora tipizzati e, quindi, difficilmente sussumibili sia nelle due categorie di pratiche ingannevoli e aggressive, in cui la nozione di pratica commerciale scorretta si

articola, sia nelle ipotesi di cosiddetta scorrettezza per sé, di cui alle cosiddette liste nere. La tipizzazione delle pratiche commerciali aggressive quale specie del più ampio genere delle pratiche commerciali scorrette rappresenta una novità importante sia nell'ordinamento comunitario che nazionale.

Le pratiche ingannevoli a cui si riferisce l'attuale disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, infatti, corrispondono sostanzialmente alle ipotesi già sanzionabili dall'AGCM nella vigenza della pregressa normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

Le pratiche aggressive, invece, sono comportamenti del tutto diversi che non potevano essere oggetto di indagine con la normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, perché trattasi di comportamenti la cui idoneità a compromettere in modo sensibile la libertà del consumatore di

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un'autorità amministrativa indipendente, istituita con la legge 287/90 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato").

Con il termine Autorità indipendente si fa riferimento a un'amministrazione pubblica che prende le proprie decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica.

L'Autorità ha il compito di applicare la legge 287/1990 vigilando:

- sulle intese restrittive della concorrenza;
- sugli abusi di posizione dominante;
- sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza.

L'Autorità ha anche il compito di applicare le norme contenute nel Titolo III del decreto legislativo 206/2005 (Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali e nel decreto legislativo 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali.

È attribuito, infine, all'Autorità il compito di vigilare sui conflitti di interessi affinché i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedichino esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengano dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto di interessi.

A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo e l'esercizio dell'attività consultiva. L'Autorità è un organo collegiale, un organo, cioè, formato da più persone, che prendono le decisioni votando a maggioranza. È composta da un presidente e da quattro componenti nominati, di concerto, dai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati. Il presidente Antonio Catricalà (nominato il 18 febbraio 2005) e i quattro componenti, Giorgio Guazzaloca, Antonio Pilati (nominati il 29 dicembre 2004), Piero Barucci e Carla Rabitti Bedogni (nominati il 3 marzo 2007) durano in carica sette anni senza possibilità di un secondo mandato.

Il Gabinetto dell'Autorità è diretto da Paolo Troiano.

Il Segretario Generale dell'Autorità (Luigi Fiorentino), che è nominato dal ministro dello Sviluppo economico su proposta del presidente dell'Autorità, sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici. Il personale, tra quello di ruolo, quello con contratto a tempo determinato e quello comandato da amministrazioni pubbliche, è attualmente composto da 227 unità.

- *attivazione dei poteri di interventi dell'AGCM*: l'AGCM può attivarsi sia su istanza di parte sia, e diversamente dal passato, d'ufficio (art. 27, comma 2, del Codice del Consumo). In caso di ricevimento di una segnalazione, il regolamento di procedura non prevede più un termine entro il quale l'AGCM deve assumere una decisione in ordine alla sua archiviazione o all'apertura di un procedimento istruttorio;
- *l'esito di una segnalazione può essere*:
 - l'archiviazione per assenza dei presupposti o inapplicabilità del decreto (art. 5, comma 2, del Regolamento);
 - un'attività, sconosciuta nel passato, di cosiddetta moral suasion, che permette, salvo nei casi di particolare gravità e a seguito di una procedura informale, di ottenere dal professionista la rimozione dei profili di scorrettezza rilevati (art. 4, comma 2, del Regolamento);
 - l'avvio di un procedimento istruttorio (art. 6 del Regolamento);
- *sospensione provvisoria della pratica*: in caso di particolare necessità e urgenza, l'AGCM può disporre, oltre l'avvio dell'istruttoria anche la misura cautelare della sospensione provvisoria della pratica.
La misura interinale può essere adottata sia previa instaurazione del contraddittorio scritto con il professionista sia, qualora ricorrano particolari esigenze di indifferibilità, differendo l'instaurazione del contraddittorio a dopo l'adozione della misura stessa che allora dovrà essere confermata dall'AGCM entro 5 giorni dalla presentazione delle argomentazioni difensive;
- *poteri istruttori*: sono stati notevolmente potenziati, in particolare, attraverso la previsione:
 - del potere di disporre ispezioni presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili all'istruttoria (art. 27, comma 2, del Codice del Consumo e art. 14 del Regolamento);
 - e del potere di applicare una sanzione pecuniaria, compresa tra 2.000 e 20.000 euro, per mancato riscontro alle richieste di informazioni e tra 4.000 e 40.000 euro nel caso in cui le informazioni o la documentazione fornita non sia veritiera. Inoltre, e come in passato: è possibile richiedere al professionista di provare l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale (art. 27, comma 5, del Codice del Consumo); richiedere l'audizione delle parti; disporre analisi e perizie;
- *dritti delle parti*: sono garantiti, nel rispetto del principio generale del diritto di difesa, la partecipazione al procedimento delle parti e, in particolare, del professionista a cui è contestata la pratica ritenuta scorrette, mediante:
 - l'invio della comunicazione di avvio del procedimento in cui deve, in particolare, essere individuato l'oggetto di contestazione, l'ufficio istruttorio competente, il responsabile del procedimento, i termini di chiusura del procedimento e i principali adempimenti istruttori;



ti al TAR del Lazio e in appello davanti al Consiglio di Stato (art. 27, comma 13, del Codice del Consumo e del Regolamento di procedura);

- incremento della sanzione per inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e inibitori dell'Autorità: da 10.000 a 150.000 euro.

I provvedimenti dell'AGCM

Nel settore di interesse e a un anno esatto di applicazione della nuova disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, l'AGCM ha adottato due provvedimenti sanzionatori.

Logo "ingannevole" in etichetta

Con il primo (provvedimento 18700 del 31 luglio 2008⁵), l'Autorità ha ritenuto scorretta l'apposizione da parte di alcune società produttrici di prodotti alimentari e non alimentari per l'infanzia sulle rispettive confezioni e sui relativi messaggi promozionali del logo Fimp, comprensivo della dicitura "Approvato Fimp-Federazione Italiana Medici Pediatrici" e, in alcuni casi, accompagnato anche dal vanto attribuito al prodotto appro-

vato di essere l'unico della corrispondente categoria merceologica di appartenenza ad avere tale attestazione.

Alle società è stata, quindi, contestata la possibile violazione degli artt. 20, 21, 22 lett. b) e c) e 23 lett. d) del Codice del Consumo, in quanto l'indicata approvazione da parte della Federazione dei pediatri italiani e il vanto di unicità di tale attestazione avrebbero potuto rivelarsi idonei a suscitare nei consumatori falsi affidamenti sulla qualità e caratteristiche dei prodotti e sulla natura e valenza sostanziale dell'approvazione stessa. È stata, quindi, contestata anche una delle cosiddette ipotesi di scorrettezza di per sé (*sub specie* di ingannevolezza di per sé).

L'art. 23 lett. d) del Codice del Consumo sanziona, infatti, come pratica in ogni caso ingannevole la falsa attestazione di un prodotto e/o il rispetto delle relative condizioni, attestata da un qualsiasi organismo pubblico o privato.

La contrarietà della pratica contestata è stata comprovata dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria, sia a seguito degli accertamenti ispettivi svolti presso le sedi delle società interessate dall'istruttoria da cui è infatti emerso:

- che il conseguimento dell'approvazione da parte della Fimp dipendeva unicamente da un accordo commerciale oneroso di validità triennale, concluso in esclusiva merceologica tra una società controllata dalla stessa Fimp e

⁵ In Bollettino n. 30/2008, consultabile sui siti internet www.agcm.it e www.insic.it.

l'AGCOM, è apparsa, tenuto conto anche delle valutazioni svolte dal ministero della Salute e dall'ISS idonee a ingenerare falsi affidamenti nei consumatori circa le caratteristiche e l'efficacia degli alimenti funzionali in questione.

Tale idoneità decettiva delle comunicazioni commerciali in esame è stata, in particolare, riconosciuta con riguardo ai seguenti vanti:

- A. “rallenta l'invecchiamento cellulare”, perché già a livello di decodifica appare espressione idonea, per il suo tenore assertivo, a indurre il consumatore medio a ritenere falsamente che dall'assunzione del prodotto derivi con certezza l'effetto promesso e ulteriormente esplicitato dalla dicitura “mix di sostanze [...] che ti aiutano a rimanere giovane più a lungo”.

La correttezza della decodifica svolta ha trovato conferma:

- (i) nella risposta fornita alla richiesta di informazioni da parte del ministero della Salute, che ha valutato tale claim inammissibile e sproporzionato;
- (ii) nelle osservazioni svolte dall'ISS in risposta alla richiesta di informazioni, in cui si sottolinea come una dieta ad alto contenuto di antiossidanti non determina una diminuzione dei livelli dei marker ossidativi, salvo di quello relativo alle sole proteine e che, comunque, tutti gli studi prodotti dal professionista non soddisfano i criteri richiesti dalla Comunità Europea per valutare il supporto necessario a utilizzare i claim salutistici (cosiddetti health claims) in base alle linee guida elaborate dall'EFSA¹⁰ nel 2007;
- (iii) nella stessa documentazione prodotta dal professionista, da cui emerge che i radicali liberi in eccesso sono solo una delle cause dell'invecchiamento cellulare; che i test clinici condotti forniscono dati solo parziali e non oggettivamente nelle promesse di cui alle affermazioni censurate; che la letteratura scientifica riguarda solo la sperimentazione effettuata su singole sostanze e non sui mix proposti e che la stessa società produttrice riteneva necessaria rafforzare il coinvolgimento di esperti e produrre dati pro-

pri in quanto i test e gli studi clinici saranno sempre più importanti in Europa per supportare la product performance di questo tipo di alimenti e per ottenere l'approvazione della comunità scientifica;

- B. “il programma alimentare. Una linea di prodotti che ci aiuta ad assumere ogni giorno e nelle giuste quantità i principi nutritivi essenziali per prenderci cura delle diverse funzioni del nostro organismo [...]”. Nel programma, scegli anche i prodotti: per aiutare la salute del cuore, per rallentare l'invecchiamento cellulare, per aiutare a rinforzare le difese immunitarie, per migliorare le funzioni intestinali” (presenti sulle confezioni dei prodotti) e “per aiutare la salute del cuore 2 porzioni al giorno dei prodotti [...] ci forniscono le giuste quantità di quei nutrienti essenziali che spesso è difficile assumere con l'alimentazione quotidiana” (presenti sulle brochure diffuse nei punti vendita): queste espressioni sono state ritenute ingannevoli perché idonee ad accreditare i prodotti reclamizzati di caratteristiche e di risultati ottenibili con la loro assunzione non veritieri. Essi, infatti:
 - enfatizzano la pretesa completezza del programma alimentare proposto e la sua conseguente pretesa idoneità a soddisfare completamente il fabbisogno dell'organismo marginalizzando le avvertenze di associare alla somministrazione dei prodotti reclamizzati un'alimentazione equilibrata e uno stile di vita sano. Per tali ragioni, e come sottolineato anche dall'ISS e dal ministero della Salute, le affermazioni censurate si pongono in contrasto anche con la normativa di derivazione comunitaria in materia di etichettatura e di presentazione dei prodotti alimentari nonché con i principi fissati dal reg. CE 1924/2006 (cosiddetto regolamento claims) che, tra l'altro, vieta indicazioni nutrizionali o sulla salute false, ambigue o fuorvianti e di affermare o sottendere che una dieta equilibrata e varia non possa in generale fornire quantità adeguate di tutte le sostanze nutritive (art. 3);
 - ingenerano, attraverso l'uso di espressioni come “giuste quantità” e il riferimento alla difficoltà di assumere le sostanze di cui so-

¹⁰ Autorità europea per la sicurezza alimentare.

- C. “gli esperti di nutrizione raccomandano l’uso regolare dei prodotti associato a un’alimentazione equilibrata e a uno stile di vita sano” (presente sulle confezioni dei prodotti della linea alimentare proposta): l’affermazione, in quanto attribuita a esperti di nutrizione, è idonea ad accreditare in modo particolare il consumo regolare e quindi prolungato nel tempo degli alimenti reclamizzati. La prospettata decodifica non può ritenersi attenuata dall’indicazione di associare l’assunzione regolare dei prodotti reclamizzati con un’alimentazione equilibrata e uno stile di vita sano, in quanto comunque il contenuto della raccomandazione resta nel senso di prospettare il consumo regolare degli alimenti reclamizzati come necessaria anche nel caso in cui si osservi un’alimentazione equilibrata e uno stile di vita sano. Tale decodifica ha trovato, del resto, conferma nella strategia di marketing del professionista che – come evidenziato dalla documentazione ispettiva raccolta – è stata intenzionalmente orientata nel senso di trasmettere al consumatore un’idea di scientificità delle affermazioni relative alle caratteristiche degli alimenti in questione, attraverso l’uso pubblicitario di un linguaggio scientifico-medicale e di associazioni in grado di suggerirlo (ad esempio, il riferimento a esperti di nutrizione). Peraltro, il ricorso a indicazioni che fanno riferimento al parere di singoli medici o altri operatori sanitari sono contrarie all’art. 12, lett. c) del Reg. CE 1924/2006;
- l’insieme delle affermazioni con cui si stabilisce un rapporto di equivalenza tra l’apporto di una dose dei vari alimenti reclamizzati in termini di componenti nutrizionali e la corrispondente quantità di cibo che andrebbe altrimenti assunta (ad esempio: “2 porzioni contengono Beta-glucani = 100g farina e avena, Omega 3 = 300g di merluzzo, Folati = 200g di spinaci”) in quanto, da un lato, suggeriscono l’inadeguatezza dei prodotti alimentari confrontati ad apportare il corrispon-

dente nutrizionale di una porzione dell’alimento proposto confrontato e, dall’altro, lasciano suggestivamente intendere la difficoltà di assumere attraverso l’alimentazione quotidiana tutti i principi nutritivi presenti negli alimenti della linea reclamizzata e in quantità adeguate al benessere del proprio organismo in contrasto, peraltro, anche con l’art. 3, comma 2, lett. b), del reg. CE 1924/2006.

- D. “il segreto di vivere al meglio”; “vivi più a lungo”: perché ritenuti claim che, in associazione con le predette affermazioni di carattere salutistico e al denunciato linguaggio scientifico-medicale, valgono a enfatizzarne ulteriormente la portata ingannevole, soprattutto presso il pubblico di quanti siano convinti delle proprietà terapeutiche o preventiva di una sana e corretta alimentazione e che – come emerso in sede ispettiva – risultano essere proprio il target di consumatori che la campagna pubblicitaria del professionista intendeva raggiungere.

Il professionista è stato condannato a una sanzione pecuniaria di 200.000 euro e gli è stato assegnato, ex art. 27, comma 10, del Codice del Consumo, un termine di 90 giorni entro cui modificare le confezioni dei prodotti in questione, attraverso l’eliminazione delle affermazioni censurate. La società, nei termini procedurali previsti, aveva presentato impegni consistente nell’attenuazione di alcuni dei claim contestati, per ottenere la conclusione del procedimento senza accertamento dell’infrazione, ma sono stati ritenuti insufficienti dall’AGCM per sanare i profili di scorrettezza contestati.

Per approfondimenti:

- Alimenti&Bevande (aprile 2006)
**Quello spot è poco salutare.
Se la pubblicità è ingannevole**
Gaetano Forte
- Alimenti&Bevande (luglio 2005)
**Stop alla pubblicità ingannevole.
Ora l’Antitrust diventa più forte**
Carlo Corraa