

Pratiche commerciali scorrette

Gli orientamenti Agcm

Le ultime decisioni prese dall'Antitrust

di Giorgia e Lorenza Andreis

Avvocate ed Esperte di Legislazione degli Alimenti

**I più recenti casi
di pratiche commerciali
ritenute scorrette
e contrarie
alla diligenza professionale
discussi
dall'Autorità Garante
della Concorrenza
e del Mercato**

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), nota anche come Antitrust, si è pronunciata più volte, in ambito alimentare, relativamente a pratiche commerciali ritenute scorrette e contrarie alla diligenza professionale. Come noto, l'Agcm applica la procedura prevista dal codice del consumo (decreto legislativo 206/2005) e disciplinata dal regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazioni dei diritti dei contratti, violazione del divieto di discriminazione, clausole vessatorie (delibera Agcm n. 25411 del 1° aprile 2015).

Dunque, prima di riportare le sintesi di alcuni degli ultimi procedimenti che riteniamo rappresentativi,

ripercorriamo brevemente la procedura che si instaura davanti al Garante.

La procedura Agcm

Una fase pre-istruttoria introduce il procedimento.

In questa sede, l'Agcm, qualora ritenga che i profili di possibile illecitità della pratica non siano di particolare gravità, può invitare il professionista a rimuoverli attivando la "moral suasion".

L'Agcm diffida per iscritto il professionista a regolarizzare l'attività posta in essere, in modo da pervenire a una soluzione di tutela del consumatore senza giungere all'accertamento della violazione.

Nel caso in cui il professionista accetti l'invito e disponga le misure correttive, infatti, l'Agcm archivia il procedimento.

Qualora si tratti di casi ritenuti di particolare gravità o nell'eventualità in cui il professionista non accetti l'invito, alla fase pre-istruttoria segue quella istruttoria vera e propria; dell'avvio di questa fase viene data comunicazione alle parti e ai soggetti interessati, i quali hanno la possibilità di accedere agli atti, presentare difese e documenti, oltre a chiedere di essere sentiti in audizione.

Entro 45 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio della fase istruttoria, inoltre, il professionista che lo ritenga opportuno può presentare all'Agcm degli impegni¹. Si tratta di un rimedio che permette all'operatore di proporre di rimuovere i profili di scorrettezza o illegittimità della pratica, per evitare di arrivare all' accertamento della violazione. Con gli impegni, infatti, il professionista sottopone alla valutazione dell'Agcm le modifiche, le eliminazioni o comunque le soluzioni che può apportare alla pratica commerciale per renderla conforme. Qualora li ritenga idonei², l'Agcm dispone con provvedimento il loro accoglimento, rendendoli obbligatori per il professionista ed archivia il procedimento senza accertare l'infrazione (articolo 9 della delibera Agcm n. 25411 del 1° aprile 2015). Sul punto, l'Agcm precisa che gli impegni accolti «costituiscono anche uno standard di riferimento per tutti gli operatori del settore incentrato sulla chiarezza e trasparenza sotto il profilo delle informazioni da veicolare al consumatore tramite l'etichetta dei prodotti alimentari, anche al di là della conformità della stessa alle specifiche prescrizioni poste dalla normativa di settore», così riscontrando l'importanza di questo strumento, non solo in relazione al procedimento in cui è utilizzato, ma anche come criterio di valutazione nella realizzazione di pratiche commerciali³.

Se gli impegni non sono ritenuti idonei o nel caso in cui il professionista non vi abbia fatto ricorso, l'Agcm, terminata la fase istruttoria, decide sul procedimento.

In particolare, la fase decisionale si conclude:

- con l'adozione di un provvedimento che archivia il procedimento, qualora siano accolte le difese e sia stata accertata la correttezza della pratica;
- con un provvedimento sanzionatorio nel caso in cui la pratica sia giudicata scorretta. In questo caso, possono essere applicati il divieto di continuazione o diffusione della pratica

e la sanzione pecuniaria che va da € 5.000 a € 5.000.000, quantificata secondo i criteri previsti dall'articolo 11 della legge 689/1981 (gravità della violazione, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché personalità dello stesso e sue condizioni economiche).

Il provvedimento finale viene comunicato alle parti ed ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento ed è pubblicato, entro venti giorni dalla sua adozione, sul bollettino dell'Agcm.

Le ultime decisioni dell'Agcm

Integratori

Venendo agli ultimi casi discussi davanti al Garante, uno dei più attuali è il procedimento avente ad oggetto la promozione di alcuni integratori alimentari e prodotti sostitutivi dei pasti, effettuata principalmente tramite i social media e, in particolare, pagine e gruppi Facebook⁴.

La pratica è stata ritenuta scorretta, sia con riferimento alle modalità con cui avveniva la promozione dei prodotti, sia con riferimento al contenuto delle informazioni che venivano veicolate al consumatore.

È emerso, infatti, che alcuni rivenditori della società si erano presentati sui gruppi Facebook e sulle pagine dedicati agli integratori del professionista come consumatori degli stessi o comunque senza rendere nota la propria attività commerciale, condividendo esperienze personali relative ai prodotti. Secondo l'Agcm, in questo caso erano stati utilizzati dei registri comunicativi che creavano una commistione tra l'ambito privato e professionale e che dissimulavano l'intento promozionale delle informazioni condivise.

Sotto questo primo aspetto, quindi, il non rendere palese che i venditori della società agivano nel quadro di una specifica attività commerciale o il

¹ Articolo 9 della delibera dell'Agcm n. 25411 del 1° aprile 2015.

² Nell'esame della proposta del professionista, l'Autorità valuta sia l'effettiva potenzialità degli impegni a rimuovere i profili di illecità della pratica commerciale, sia l'esistenza di profili di manifesta scorrettezza e gravità della pratica considerata (articolo 27 del codice del consumo).

³ Agcm. *Relazione annuale sull'attività 2017*. 31 marzo 2018, pag. 200.

⁴ Agcm, provvedimento n. 27612 del 27 marzo 2019.

fatto di presentarsi falsamente come consumatori, configurava, a parere del Garante, una fattispecie di marketing occulto e, quindi, una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'articolo 23, lettera aa) del codice del consumo.

La pratica è stata criticata anche sotto un ulteriore aspetto: nei messaggi forniti durante l'attività promozionale dei rivenditori, infatti, veniva lasciato intendere che, attraverso l'assunzione dei prodotti in questione, fosse possibile guarire da talune patologie ovvero ottenere notevoli cali di peso in poco tempo, senza seguire un regime alimentare controllato o svolgere un adeguato esercizio fisico. Queste informazioni sono state ritenute ingannevoli relativamente alle caratteristiche dei prodotti e ai risultati conseguibili con il loro utilizzo perché non dimostrate e giustificate.

Ebbene, visti le modalità di esposizione della pratica e i contenuti non veritieri, l'Agcm ha riscontrato la manifesta scorrettezza e gravità dei messaggi promozionali, escludendo di poter accogliere gli impegni presentati dal professionista, tenendo anche conto della carenza di diligenza professionale in capo alla società in relazione alla gestione e al controllo dell'attività promozionale dei propri rivenditori.

L'Agcm ha, quindi, sanzionato la pratica e nella valutazione della quantificazione ha tenuto conto della durata e della gravità della condotta; la condotta è stata giudicata particolarmente insidiosa e di elevata potenzialità offensiva, considerato che la promozione effettuata riguardava prodotti salutistici ed era rivolta a consumatori coinvolti in numero elevato e ritenuti particolarmente vulnerabili.

Benessere animale

Altro caso ha riguardato il benessere degli animali⁵: la condotta contestata, infatti, ha avuto ad oggetto la diffusione, attraverso il sito internet aziendale, di una comunicazione commerciale che enfatizzava l'impegno del professionista a garantire le migliori condizioni di benessere animale a tutta la produzione, quando detto vanto risultava essere circoscritto a sole due linee di prodotto di nicchia.

In particolare, è stato oggetto di valutazione il claim

"Maggiore spazio in allevamento rispetto ai limiti di legge (con una densità massima di 33 kg per mq rispetto a 39 kg per mq)", che è risultato non corrispondente alla realtà dei fatti, in quanto l'operato del professionista si traduceva nella mera osservanza del limite di densità previsto normativamente.

Ebbene, il professionista ha presentato una serie di impegni volti a modificare il sito web, intervenendo sul contenuto di alcune informazioni. Ha proposto, infatti, cambiando alcune immagini e testi della sua presentazione online, di chiarire meglio che il benessere degli animali era garantito nel rispetto delle norme vigenti e che non era riferito a tutte le linee della produzione, bensì a quelle di eccellenza.

Con l'accoglimento degli impegni, il procedimento è stato archiviato.

Tè

Sono stati sottoposti al giudizio del Garante alcuni messaggi diffusi online e relativi ad un tè presentato come idoneo a prevenire e curare malattie nonché con effetto antiparassitario "certificato"⁶.

Oltre alla valutazione sulla decettabilità delle informazioni, su cui si tornerà più avanti, l'Agcm si è espressa, in via preliminare, sull'imputabilità della condotta nei confronti dell'inserzionista pubblicitario, che aveva promosso il prodotto utilizzando il messaggio inserito dal produttore su una piattaforma online.

Si tratta di una piattaforma che serve da collegamento fra coloro che promuovono un proprio prodotto o servizio e coloro che intendono offrire tale l'altrui prodotto o servizio a persone terze, dietro il pagamento di un corrispettivo.

Ebbene, contrariamente a quanto sostenuto dall'inserzionista nelle sue difese, l'Agcm ha ritenuto che questi non potesse andare esente da responsabilità, in quanto prestatore intermediario del servizio, ai sensi della direttiva 2000/31/CE e dell'articolo 17 del decreto legislativo 70/2003 sul commercio elettronico⁷. Secondo l'Agcm, l'attività svolta dall'inserzionista non poteva rientrare nei casi di esenzione della responsabilità, in quanto lo stesso aveva realizzato un'attività di promozione e di intermediazione direttamente sul proprio sito, reclamizzando il prodotto attraverso un link di collegamento al sito del produttore.

⁵ Agcm, provvedimento n. 27492 del 19 dicembre 2018.

⁶ Agcm, provvedimento n. 27396 del 17 ottobre 2018.

Non solo: è emerso anche che l'inserzionista traeva un vantaggio economico dalla vendita del prodotto, ponendo il consumatore nella condizione di acquistare il prodotto per il tramite del suo sito. Come anticipato, nel merito l'Agcm ha riscontrato l'ingannevolezza dei messaggi diffusi dai professionisti coinvolti.

I claim che, infatti, enfatizzavano l'effetto antiparassitario "certificato" del prodotto e le sue caratteristiche naturali grazie alle quali, in modo "completamente sicuro per la salute", non occorreva effettuare alcuna visita medica, sono risultati in contrasto con la normativa di riferimento e, in particolare, con l'articolo 7 del regolamento (UE) 1169/11, che vieta di presentare i prodotti alimentari inducendo in errore il consumatore sulla loro composizione e attribuendo agli stessi proprietà curative o terapeutiche.

Le rivendicazioni in questione violavano tale divieto, in quanto non riscontrate né dimostrate e in quanto oggetto di rivendicazioni vietate.

Non solo, ma trattandosi di integratori a base di *botanicals*, il Garante ha valutato la presentazione in esame, anche alla luce del decreto del Ministero della Salute del 9 luglio 2012, recante Linee guida ministeriali di riferimento per gli effetti fisiologici e che disciplina l'impiego negli integratori alimentari di sostanze e preparati vegetali, potendo così accettare l'assenza di riscontri sulle funzionalità vantate.

Il Garante, dunque, ha sanzionato i professionisti con il divieto di continuazione della pratica e l'irrogazione della sanzione pecuniaria, che, essendo individuale e commisurata alle condizioni soggettive e oggettive di ciascun coautore dell'illecito, è stata di entità maggiore per il produttore che ha creato e diffuso i claim e di entità minore per l'inserzionista, che ha contribuito alla divulgazione degli stessi.

Progetto Benessere

In ultimo, il Garante è intervenuto su un'iniziativa commerciale, avente ad oggetto la presentazione di un percorso nutrizionale ("Progetto Benessere")

in grado di guidare i consumatori e supportarli nel fare una scelta per "mangiare meglio"⁸.

Nel caso specifico, l'iniziativa era caratterizzata dal fatto che sulle confezioni di alimenti selezionati veniva apposto un bollino di colore blu.

La selezione degli alimenti, così come descritto dallo stesso operatore sul proprio sito web, si fondava sull'uso di un algoritmo e sul supporto di un collegio di esperti.

Sul sito web, infatti, si forniva una descrizione del contenuto e degli obiettivi salutistici del percorso, si presentavano i documenti sulla selezione dei prodotti, sul collegio degli esperti e sul manifesto del progetto; venivano, inoltre, illustrati i criteri in base ai quali erano stati scelti i prodotti (ad esempio, "rifiutando sostanze controverse: OGM, olio di palma, aspartame nei prodotti dedicati ai bambini"; "mettendo prodotti virtuosi – Testati periodicamente, con meno additivi, conservanti o allergenici").

Una volta selezionati, gli alimenti venivano presentati come in grado di mostrare il "miglior equilibrio nutrizionale tra le sostanze nutritive che devono essere presenti nella dieta (proteine) e sostanze nutritive la cui assunzione va tenuta sotto controllo (zuccheri, grassi saturi e sale)".

Nell'esaminare questa iniziativa, il Garante ha ritenuto che le affermazioni impiegate nella campagna generale ponevano in essere una pratica commerciale scorretta in quanto si forniva un quadro omissivo e idoneo ad alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole di acquisto.

In particolare, la campagna è stata ritenuta caratterizzata da elementi "di scorrettezza metodologica e da scarsa trasparenza" perché, da una parte, carente delle necessarie garanzie di oggettività scientifica e trasparenza delle valutazioni sottese al rilascio del bollino blu (nell'affermare l'uso di un algoritmo e la costituzione di un "collegio di esperti" non venivano fornite informazioni chiare su tali elementi e neppure sulla posizione di indipendenza e terzietà dei membri di tale collegio).

Dall'altra, si è ritenuto che la comunicazione potesse

⁷ La normativa in questione prevede che l'operatore sia esente da responsabilità, non gravando su di lui alcun obbligo di controllo o di sorveglianza dei contenuti delle informazioni che trasmette o memorizza, se compie attività di mera, e, ossia quando tratti in maniera puramente tecnica ed automatica i dati ottenuti dalla piattaforma; secondo recenti interpretazioni, l'operatore è altresì esente da responsabilità, nel caso in cui non svolga alcun ruolo attivo atto a conferirgli un vantaggio economico.

⁸ Agcm, provvedimento n. 27379 del 10 ottobre 2018.

trasmettere al consumatore il messaggio che le scelte presentate erano *“scelte di consumo alimentare salutistiche in senso assoluto e che il prodotto bollino blu potesse essere considerato il “migliore” della sua categoria, a discapito dei prodotti non selezionati”*. Alla luce di quanto rilevato dall'Agcm, l'operatore ha presentato impegni sotto diversi aspetti: sotto il profilo comunicazionale, si è proceduto all'eliminazione degli elementi mancanti di oggettività e di fondatezza scientifica, e alla loro sostituzione con formulazioni dirette ad evidenziare, invece, che la proposta commerciale era basata su criteri autonomamente e soggettivamente definiti dalla azienda. In questo senso, quindi, i toni della presentazione sono stati modificati e ridotti, rendendo così l'iniziativa *“coerente con la sua effettiva natura commerciale”*. In relazione poi alle criticità espresse sul *“comitato di esperti”*, l'azienda ha optato per una modifica della struttura dello stesso comitato, ampliandone il numero di membri e modificandone il regolamento nella parte sui quorum necessari per l'adozione delle decisioni.

Gli impegni proposti sono stati ritenuti idonei a fornire un quadro informativo più completo e accurato sul carattere commerciale dell'iniziativa e sulla sua natura dei criteri di scelta; pertanto, sono stati accettati dall'Agcm.

L'influencer marketing

Interessante, infine, un caso trattato nel corso del 2019 che, seppur non attinente al settore alimentare, riguarda una forma di pubblicità digitale che si sta sempre più diffondendo: si tratta dell'*“influencer marketing”*, che rappresenta, come precisato dallo stesso Garante, *“una modalità di comunicazione, consistente nella diffusione su blog, vlog e social network (come Facebook, Instagram, Twitter, Youtube, Snapchat, Myspace) di foto, video e commenti da parte di blogger e influencer che mostrano sostegno o approvazione (endorsement) per determinati brand, generando un effetto pubblicitario”*. Considerato il crescente ricorso a questo mezzo promozionale, il Garante - così come l'Istituto dell'Autodisciplina pubblicitaria – manifesta l'esigenza di individuare degli standard di chiarezza e trasparenza per consentire la riconoscibilità del carattere commerciale e pubblicitario dei messaggi online.

In particolare, nel caso citato, l'Agcm è intervenuta in relazione alla pubblicazione, sul profilo Instagram

di alcuni *influencer* italiani, di post in cui appariva in primo piano il logo dell'operatore di trasporto aereo (X) impresso sui capi di abbigliamento firmati da un marchio italiano (Y) e indossati dagli *influencer* stessi. L'Agcm ha ritenuto che questa rappresentasse una fattispecie di pubblicità occulta, in quanto l'enfasi nella visualizzazione del brand X e l'evocazione della linea disegnata apposta dal marchio Y non trovavano diversa spiegazione se non in un intento promozionale, che però non era evidente al consumatore; ciò in ragione della sproporzione tra la citazione dei marchi e il contesto narrativo espressivo in cui si inseriva il post del personaggio famoso.

Gli operatori interessati hanno, quindi, presentato degli impegni per rimuovere sì i profili di scorrettezza della pratica, ma rilevanti anche per l'impostazione da seguire nell'impiego di forme pubblicitarie come l'*“influencer marketing”*, dovendo garantire al consumatore la riconoscibilità del loro carattere promozionale. In particolare, gli impegni dei professionisti titolari dei brand hanno riguardato l'adozione di misure e cautele tese a evitare la pubblicità occulta, in particolare con l'adozione di linee guida aziendali, linee guida sulle regole di condotta degli *influencer*, e con l'aggiunta di clausole standard nei contratti di co-marketing e nei contratti di licenza di marchio a fini promozionali, aventi ad oggetto le corrette modalità di comportamento degli *influencer*, con la conseguente previsione, in caso di mancato rispetto degli accordi, di procedure e penali.

Quanto agli impegni presentati dagli *influencer*, questi sono consistiti, in generale, nel vincolarsi a rendere più trasparente la finalità promozionale dei loro contenuti diffusi online e, a livello più operativo, ad impiegare all'interno dei post hashtag come *“#prodottofornitoda+brand/#suppliedbybrand”* nei casi di prodotti ricevuti in omaggio, oppure, nell'ambito di un rapporto di committenza, precise avvertenze, quali *#advertising*, *#ad*, *#sponsoredby+nome marchio*, *#pubblicità*.

È stato, inoltre, apprezzato e accettato l'impegno degli *influencer* di divulgare post e comunicazioni sull'importanza dei valori della correttezza e trasparenza commerciale.

Il Garante ha, quindi, ritenuto che le misure presentate fossero idonee a chiarire ai consumatori la natura delle comunicazioni, in ossequio ai principi di trasparenza e riconoscibilità, ma apprezzando anche la previsione di un preventivo approccio regolatorio del comportamento dei professionisti e degli *influencer*.

Conclusioni

I casi riportati e sintetizzati rappresentano le ultime decisioni dell'Agcm dove, a ben vedere, la stessa è intervenuta spesse volte sulle presentazioni online dei prodotti e su forme di digital marketing, che allo stato attuale sono sempre più diffuse e che, nonostante la loro "dinamicità", debbono restare ancorate ai principi di corretta, veritiera e trasparente informazione. Nella stragrande maggioranza dei casi, poi, i professionisti hanno presentato degli impegni; ove possibile, il ricorso al suddetto istituto permette agli operatori di orientarsi verso comportamenti più virtuosi, con l'effetto complessivo

di innalzare il livello di legalità e correttezza delle condotte sul mercato.

Se gli impegni sono accolti, si permette una rapida conclusione del procedimento, che certamente viene incontro alle esigenze di celerità e di evitare sanzioni del professionista; allo stesso tempo la pratica degli impegni consente di reprimere le pratiche meno gravi contrarie agli interessi dei consumatori.

Diversamente, il giudizio dell'Agcm viene riservato ai casi connotati da particolare gravità e per i quali si ritiene che un'efficace tutela del consumatore possa avvenire solamente mediante l'irrogazione di una sanzione che inibisca la condotta del professionista.

Origine del grano duro, l'Agcm accoglie gli impegni delle aziende per eliminare le informazioni fuorvianti

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha concluso cinque procedimenti istruttori riguardanti informazioni fuorvianti circa l'origine del grano duro utilizzato nella produzione di pasta di semola di grano duro, diffusi attraverso le etichette e i siti aziendali di Divella (marchio Divella)¹, F.lli De Cecco di Filippo - Fara San Martino (marchio De Cecco)², Lidl Italia (marchi Italiano e Combino)³, Margherita Distribuzione (ex Auchan, marchio Passioni)⁴, e Pastificio Artigiano Cav. Giuseppe Cocco (marchio Cav Giuseppe Cocco)⁵.

L'Autorità ha accolto e reso obbligatori gli impegni presentati da Auchan, Cocco, De Cecco e Divella. Nel dettaglio, gli impegni consistono in modifiche delle etichette e dei rispettivi siti così da garantire al consumatore un'informazione completa, fin dal primo contatto, sull'origine (talvolta estera) del grano utilizzato nella produzione della pasta. Il nuovo set informativo permetterà di evitare la possibile confusione tra provenienza della pasta e origine del grano.

L'Autorità ha adottato, inoltre, un provvedimento di accertamento di una pratica commerciale scorretta attuata da Lidl, che non ha presentato impegni nel corso della procedura istruttoria. La pratica commerciale accertata consiste nell'aver ingannato i consumatori sulle caratteristiche della pasta a marchio "Italiano" e "Combino", inducendoli in errore sull'origine italiana della materia prima. In ragione dell'importanza attribuita dai consumatori all'informazione sull'origine della materia prima e della diffusione dei punti vendita della catena, l'Autorità ha quindi irrogato una sanzione di 1 milione di euro.

(Fonte: Agcm)

¹ Leggi il provvedimento istruttorio riguardante il marchio Divella e gli impegni dell'azienda omonima rispettivamente agli indirizzi web www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11416prov.pdf e <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Impegni DIVELLA.pdf>

² Leggi il provvedimento istruttorio riguardante il marchio De Cecco e gli impegni dell'azienda F.lli De Cecco di Filippo - Fara San Martino rispettivamente agli indirizzi web www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11383prov.pdf e www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Impegni DE CECCO.pdf

³ Leggi il provvedimento istruttorio riguardante i marchi Italiano e Combino dell'azienda Lidl Italia all'indirizzo web <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11387prov.pdf>

⁴ Leggi il provvedimento istruttorio riguardante il marchio Passioni e gli impegni dell'azienda Auchan (ora Margherita Distribuzione) rispettivamente agli indirizzi web www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11385prov.pdf e www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Impegni AUCHAN.pdf

⁵ Leggi il provvedimento istruttorio riguardante il marchio Cav Giuseppe Cocco e gli impegni dell'azienda Pastificio Artigiano Cav. Giuseppe Cocco rispettivamente agli indirizzi web www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11384prov.pdf e www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Impegni COCCO.pdf