

Prof. Avv. UGO RUFFOLO
Ordinario di Diritto Civile nell'Università di Bologna

Via A. Testoni, 5
Tel. (051) 23 74 40
(5 linee)
Fax 22 56 73
40123 BOLOGNA

C.so Vittorio Emanuele II, 308
Tel. (06) 68 30 88 43
(5 linee)
Fax 68 92 823
00186 ROMA

Via G. Compagnoni, 8
Tel. (02) 70 10 92 23
(3 linee)
Fax 70 10 90 30
20129 MILANO

**DIALOGHI SUL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO
PER PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
IN COLLABORAZIONE CON L'AUTORITÀ GARANTE DELLA
CONCORRENZA E DEL MERCATO
- Roma, 17 novembre 2011 -**

**“LA RICHIESTA DI INFORMAZIONI PRIMA DELL'APERTURA DEL
PROCEDIMENTO”**

1. PREMessa.

Il legislatore italiano ha scelto di recepire la direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, adottando **due distinti decreti legislativi di attuazione**, nn. 145 e 146/2007 (entrati in vigore il 21 settembre 2007), al fine di "non generare confusione tra i diversi destinatari delle disposizioni" (come testualmente si legge nella relazione governativa).

- Con il **D. Lgs. n. 145 del 2007**, ha asportato dal Codice del Consumo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa (originariamente contenuta nel D. Lgs. 74/92) che, assecondando l'art. 14 della Direttiva, resta valida esclusivamente per i rapporti tra professionisti, intesi come competitors, al dichiarato fine di **"tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa"** (art. 1).
- Con il **D. Lgs. n. 146 del 2007**, ha novellato il Codice del Consumo, intervenendo dove era stato spogliato dalla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa (Parte II, che cambia il suo titolo in

"Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità", Titolo III, capi I e II, artt. 18-27-quater) e introducendo una apposita normativa finalizzata a colpire le pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti nei confronti dei consumatori. In tal modo, il Codice perde ogni riferimento specifico alla pubblicità, arricchendosi, per contro, della più generica disciplina relativa alle "pratiche commerciali scorrette" la cui nozione è comprensiva di "(...) qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del bene, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori" (art. 18, lett d).

Viene, in tal modo, a realizzarsi un "doppio binario" di tutela che assume come criterio distintivo non il destinatario del messaggio, bensì il titolare dell'interesse eventualmente leso dalla comunicazione pubblicitaria: i) qualora esso sia riferibile al **consumatore**, si applicherà la disciplina di recepimento delle pratiche commerciali scorrette, e quindi i nuovi articoli da 18 a 27 del Codice del Consumo; ii) nel caso in cui l'interesse leso sia riferibile al **professionista**, si applicherà il D.Lgs. n. 145/07, il cui contenuto corrisponde sostanzialmente al "vecchio" D. Lgs. 74/92 così come integrato dal D. Lgs. 67/2000.

La competenza ad accertare ed a reprimere le pratiche commerciali scorrette è devoluta dall'art. 27, Cod. Cons., all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ma i decreti legislativi di attuazione hanno non solo ampliato le competenze dell'Autorità Garante, ma hanno attribuito alla stessa poteri estremamente penetranti.

Nell'accertamento degli illeciti e nella repressione delle pratiche commerciali scorrette, infatti, l'Autorità Garante provvede secondo un procedimento parzialmente innovativo rispetto a quello già vigente in materia di pubblicità ingannevole e di antitrust, disciplinato in un **apposito Regolamento che l'Autorità medesima ha il compito di emanare** (laddove, nel contesto normativo precedente l'adozione del decreto legislativo n. 146/07, il compito di definire le regole procedurali era, invece, affidato al Governo).

Il "**Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette**" è stato adottato con **Delibera dell'Autorità 15 novembre 2007, n. 17589**, in virtù della previsione di cui all'art. 27, comma 11, Cod. Cons.¹, che individua i parametri di legittimità del Regolamento nell'esigenza "**di garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione**".

1. IL NUOVO PROCEDIMENTO AVANTI L'AGCM.

1.A) LA FASE PRE-ISTRUTTORIA.

¹ Tale Regolamento è sostanzialmente simile a quello adottato con Delibera del 15 novembre 2007, n. 17590 "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa", che ha sostituito il preesistente DPR 11 luglio 2003, n. 284 recante norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

Il nuovo procedimento, così introdotto, in tema di pratiche commerciali scorrette sembra atteggiarsi sulla falsariga di quello rinvenibile in ambito antitrust (dettato dalla l. 287/1990 e dal d.p.r. 217/1998).

Una delle più importanti novità rispetto al previgente regolamento istruttorio è costituita dalla **fase pre-istruttoria**, ossia una fase precedente all'apertura del procedimento, nel corso della quale "il dirigente preposto all'unità organizzativa competente per materia" (art. 3 Responsabile del Procedimento) "**acquisisce ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie**" (art. 4 "Attività pre-istruttoria").

Tale attività appare, tuttavia, qui più ampia anche rispetto a quella in tema di antitrust, ove la delibazione preliminare non è procedimentalizzata ed è finalizzata, esclusivamente, a valutare se procedere o meno all'avvio dell'istruttoria.

Nell'ambito della fase pre-istruttoria, il nuovo regolamento pone a disposizione degli Uffici istruttori ampi poteri volti ad "**acquisire ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie**" tra i quali il potere di "**richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato**, anche (ma non solo) al fine di individuare il professionista" (art. 4, comma 1). Ne consegue, che nel corso di tale fase, è possibile, per il responsabile del procedimento, raccogliere elementi relativi non solo alla identificazione del professionista, bensì alla sussistenza di un sufficiente *fumus* della pratica segnalata, o, comunque, di interesse, e, viceversa, all'assenza di sufficienti presupposti per il formale avvio del procedimento.

Laddove, agli atti, siano presenti elementi circa un **fondato fumus** della condotta esaminata, anche alla luce delle ulteriori evidenze raccolte nella fase pre-istruttoria, il **responsabile del procedimento disporrà l'avvio del procedimento** che viene comunicato al professionista ed al segnalante (art. 6)². Diversamente, nell'ipotesi in cui il responsabile del procedimento non ravvisi "**i presupposti per un approfondimento istruttorio**" ne informa il Collegio al quale spetta la valutazione conclusiva delle richieste di intervento. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, "qualora il Collegio ritenga, sulla base degli elementi prodotti con la richiesta di intervento o altrimenti acquisiti dal responsabile del procedimento" nel corso della fase pre-istruttoria, che non sussista il *fumus* tale da giustificare un approfondimento istruttorio, **archivia la richiesta** dandone comunicazione al solo segnalante.

1.B) LA RICHIESTA DI INFORMAZIONI AL PROFESSIONISTA EX ART. 4, COMMA 1.

² Diversamente da quanto avviene nel procedimento in materia *antitrust* ove l'avvio dell'istruttoria è, comunque, competenza del Collegio "*valutate le proposte degli Uffici*" (art. 6 DPR 217/98).

Nell'ambito della fase pre-istruttoria, frequente è, nella prassi, la richiesta di informazioni al professionista da parte del Responsabile del procedimento, finalizzata, dunque, alla acquisizione di elementi relativi anche alla sussistenza di un sufficiente fumus della pratica segnalata

La richiesta di informazioni di cui all'art. 4, comma 1, ha un **contenuto** sostanzialmente simile a quella che solitamente (anche nel sistema previgente) veniva e viene comunicata al professionista contestualmente all'avvio del procedimento. Oggetto di tale "seconda" richiesta (propria della fase istruttoria) – sebbene non predeterminato – è, generalmente: una descrizione delle caratteristiche merceologiche del prodotto e/o delle condizioni dell'offerta del servizio; le comunicazioni pubblicitarie e la programmazione della campagna promozionale in cui le stesse si inseriscono; documentazione di natura interna volta a supportare eventuali vanti prestazionali, ecc...

Rilevanti, però, appaiono le differenze.

1.)

Una prima differenza è che il procedimento non è ancora aperto, trattandosi di fase preliminare e strumentale all'eventuale apertura dello stesso; **e nemmeno esiste un termine ricollegabile alla data di richiesta delle informazioni** entro il quale debba essere data la comunicazione di avvio del procedimento o disposta l'archiviazione.

Quanto può durare, allora, tale fase pre-istruttoria? E, soprattutto, quali sono le conseguenze di una eccessiva ed incerta durata di tale fase?

Per quanto concerne, specificamente, la **durata del procedimento**, vi è un sensibile mutamento rispetto alla disciplina precedente di cui al DPR 284/2003 che prevedeva un dies a quo predeterminato, coincidente con il momento del ricevimento di una richiesta regolare e completa. Nel nuovo regolamento, invece, il termine di durata del procedimento è – così come avviene nel procedimento in materia di antitrust – nella disponibilità degli Uffici, in quanto decorre dal momento in cui l'Ufficio comunica l'apertura dell'istruttoria, ossia quel provvedimento che chiude la fase pre-istruttoria ed apre l'istruttoria vera e propria.

Ma quanto tempo può passare dalla richiesta di informazioni alla comunicazione di avvio del procedimento o di sua archiviazione ?

Come precisato e confermato dalla giurisprudenza amministrativa: “dal vigente quadro normativo non è possibile evincere **nessun termine**, né perentorio, né ordinatorio, **ricollegabile alla data** di presentazione della segnalazione o **di richiesta delle informazioni** entro il quale debba essere data la comunicazione di avvio del procedimento” (TAR Lazio, 12 settembre 2011, n. 7182; in senso conforme TAR Lazio, 13 luglio 2010, n. 24994: “non sussiste alcun termine, neppure di natura acceleratoria (...) entro il quale debba intervenire la comunicazione di avvio del procedimento, la cui “temporalizzazione” è ovviamente condizionata dal numero e dal contenuto delle segnalazioni, dall’ampiezza temporale della stessa pratica commerciale scorretta, dalla maggiore o minore complessità della fattispecie”.

Occorre, allora, interrogarsi quali sono le conseguenze che possono derivare al professionista da una durata imprecisata della fase pre-istruttoria.

i) Un problema serio si pone ai fini della determinazione della sanzione. Come noto, per quanto concerne la quantificazione della sanzione, si applicano (in virtù del richiamo espresso previsto all’art. 27, comma 13 d. Lgs. 205/05) i criteri dettati dall’art. 11 l. 689/81. Segnatamente, si tiene conto, tra gli altri, della gravità e della **durata** della violazione. Con riferimento a tale ultimo criterio, la prassi dell’AGCM è solita ricondurlo al periodo di diffusione del messaggio e/o di continuazione della pratica.

Se si considera che la giurisprudenza del TAR Lazio (sentenza n. 36112 del 13 dicembre 2010) ha escluso possa considerarsi di “breve durata” “una importante campagna promozionale iniziata nel novembre 2007 e in parte in corso nel giugno 2008” (dunque, avente una “durata” di circa sette mesi); e che nella prassi, la fase pre-istruttoria, solitamente, ha una durata talora superiore ai sette mesi, può accadere – ed accade – che la durata della stessa fase pre-istruttoria venga ad incidere concretamente sul quantum della sanzione.

Tanto trova, del resto, conferma anche nella più recente giurisprudenza del TAR che, per esempio, con la sentenza del 12 settembre 2011, n. 7182, ha dimezzato la sanzione comminata dall’Autorità osservando come, nel caso specifico, l’Autorità avesse preso in considerazione una durata della diffusione pari a due anni. Tale durata, tuttavia, risultava condizionata dalla lunga fase pre-istruttoria (dopo avere inoltrato una richiesta di informazioni nel settembre 2008, l’Autorità aveva avviato il procedimento solo nel marzo 2009).

Il Collegio ha, in quell'occasione, chiarito che sebbene "dal vigente quadro normativo non sia possibile evincere nessun termine, né perentorio, né ordinario, ricollegabile alla data di presentazione della segnalazione o di richiesta delle informazioni entro il quale debba essere data la comunicazione di avvio del procedimento", tuttavia "la pur consentita lunga durata della fase pre-istruttoria deve trovare idonea considerazione nella determinazione della sanzione, dal momento che un più tempestivo avvio del procedimento e della conseguente sua conclusione avrebbe inciso sulla durata della pratica stessa impedendo il protrarsi del pregiudizio da essa discendente al consumatore". Dalla motivazione si evince, altresì, che l'"inerzia" dell'Autorità successivamente alla prima richiesta di informazioni avrebbe determinato un "affidamento in capo al professionista in ordine alla assenza dei presupposti per l'avvio del procedimento di accertamento inducendolo a perseguire nella pratica commerciale così prolungandone la relativa durata".

Conseguentemente, se si consente una lunga durata della fase pre-istruttoria, è auspicabile che tale durata trovi idonea considerazione quantomeno nella determinazione della sanzione.

ii) Un ulteriore aspetto da considerare concerne la mancata comunicazione dell'archiviazione al professionista destinatario della richiesta di informazioni.

Nel nuovo procedimento, la presentazione di una richiesta di intervento non comporta più l'obbligo per l'Autorità di aprire un procedimento, ma solo quello di adottare un provvedimento espresso e motivato (artt. 2 e 3 l. 241/90³) al termine di una valutazione sommaria compiuta dal responsabile del procedimento nella c.d. fase pre-istruttoria. Tale provvedimento potrà essere: o l'**avvio dell'istruttoria** (disposto dal responsabile) o la **archiviazione** (disposta dal Collegio).

Mentre entrambi i provvedimenti sono comunicati al segnalante, solo il primo, ossia l'avvio del procedimento, sarà comunicato al professionista: non l'archiviazione che viene comunicata esclusivamente al richiedente, anche quando il professionista è stato reso destinatario di una richiesta di informazioni ex art. 4, comma 1.

³ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, L. 241/90: "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento **espresso**"; ai sensi dell'art. 3, comma 1, L. 241/90: "Ogni provvedimento amministrativo (...) deve essere **motivato**. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Il destinatario della richiesta di informazioni viene, così, a trovarsi in una **zona grigia**: con l'invito a fornire informazioni e documenti viene a conoscenza del fatto che la pratica commerciale dallo stesso condotta è "sotto osservazione" dell'AGCM. Fino a quando non gli viene comunicato l'avvio del procedimento, resta nel dubbio circa la correttezza o meno della sua pratica, pur non sussistendo ostacoli al suo proseguimento.

E' inevitabile, tuttavia, che il trascorrere del tempo dalla richiesta di informazioni, senza che giunga alcuna comunicazione di avvio dell'istruttoria, determina il suo affidamento in ordine alla assenza dei presupposti per l'avvio del procedimento di accertamento inducendolo a perseguire nella pratica commerciale così prolungandone la relativa durata. Salvo poi vedersi aumentare la sanzione il cui quantum viene determinato anche in base alla durata.

Tanto premesso, in un'ottica di trasparenza, sembrerebbe opportuna la comunicazione dell'archiviazione anche al destinatario della richiesta di informazioni. E credo che la prassi si stia orientando in questo senso.

2.)

Con la richiesta di informazioni ex art. 4, comma 1, il professionista è invitato a fornire una serie di informazioni rilevanti ed anche "riservate" (pur nel rispetto del diritto alla riservatezza ex art. 11, comma 7), ma **gli è precluso l'accesso agli atti, possibile solo nella fase istruttoria (art. 11)⁴**, così come la effettiva partecipazione al procedimento nel rispetto del contraddittorio.

Il destinatario della richiesta di informazioni non può, dunque, conoscere il contenuto della segnalazione - la quale viene solamente e sommariamente descritta nella richiesta, salvo l'Autorità, del tutto discrezionalmente, non la alleggi alla stessa. Analogamente, il segnalante non può conoscere il contenuto delle informazioni rese, eventualmente, dal professionista.

Sembrerebbe, dunque, venir meno il rispetto di quel tasso minimo di partecipazione e permeabilità informativa garantito dalla disciplina generale (di cui alla l. 241/90) sul procedimento amministrativo.

⁴ Ai sensi dell'art. 11, comma 1, Regolamento: *"Il diritto di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti concernenti pratiche commerciali è riconosciuto (solo) nel corso dell'istruttoria dei procedimenti stessi ai soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 6, comma 2, nonché ai soggetti inteveninetti di cui all'art. 10"*.

Occorre allora chiedersi se, ferma la mancanza, nella disciplina speciale, di previsioni intese ad imporre il rispetto del contraddittorio nell'ambito di tale fase pre-procedimentale, possa porsi un problema di raccordo tra la disciplina speciale (il cui corpus normativo è dato dalle norme del D. Lgs. 206/2005 e della Delibera del 15 novembre 2007) e quella generale di cui alla L. 241/90 sul procedimento amministrativo.

Il Regolamento sulle procedure istruttorie, di cui alla Delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589, in materia di pratiche commerciali scorrette, introduce una disciplina procedimentale specifica, parzialmente esaustiva e rispondente all'esigenza di garantire il rispetto del contraddittorio.

Senonché, così come avviene in materia di antitrust, tale specifica disciplina circoscrive l'ambito entro cui il suddetto principio deve trovare applicazione non imponendone espressamente l'osservanza nella fase pre-istruttoria, nel corso della quale l'Autorità valuta gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da chiunque ne abbia interesse.

Si tratta, pertanto, di verificare se si tratti di una lacuna intenzionale o di vero e proprio vuoto normativo destinato ad essere colmato attraverso la riesplorazione della portata applicativa della disciplina generale di cui alla l. 241/90 e delle disposizioni in essa contenute che impongono la partecipazione procedimentale. Tanto più ove si consideri che talune disposizioni dettate dalla l. 241/90, tra cui, per l'appunto, quelle che garantiscono la partecipazione al procedimento ed il contraddittorio, costituiscono principi ormai generali dell'ordinamento.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento al procedimento in materia *antitrust*.

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza n. 7265 del 12 novembre 2003, ha ritenuto:

“che non meriti condivisione l'indirizzo propenso ad assoggettare alla generale disciplina di cui alla l. 241/90 le forme di esercizio del potere di indagine a carattere preliminare: se è vero, infatti, che il raggio di operatività di alcune norme della legge in questione può essere esteso agli organismi preposti all'esercizio di funzioni neutrali, in quanto espressione di principi generali, è parimenti vero, d'altra parte, che a tale conclusione può pervenirsi all'esito di una verifica di tipo logico giuridico che tenga conto della regolamentazione speciale dettata al riguardo e della ratio alla stessa sottesa.

Orbene, nel caso di specie, la duplice circostanza della previsione ad opera della disciplina speciale di un apposito procedimento nel cui ambito è pienamente garantita non la sola partecipazione, ma il contraddittorio dei soggetti interessati, e della espressa limitazione della sfera di efficacia di siffatta previsione a far data dal momento in cui l'Autorità decide di addivenire all'apertura formale della procedura istruttoria tipica, induce a dubitare della correttezza di un orientamento volto ad estendere le garanzie procedurali, ivi comprese, quindi, quelle della comunicazione di avvio della procedura e della partecipazione, alla fase anteriore, nel corso della quale, al contrario, l'Autorità è chiamata ad effettuare una valutazione di tipo preliminare, decidendo se avviare l'istruttoria o decidere il non luogo a procedere: **l'informalità di tale fase e la considerazione della sua stretta strumentalità rispetto a quella, eventuale, dell'istruttoria, nel corso della quale, il contraddittorio è pienamente assicurato dalla disciplina speciale, sono fattori che inducono a disattendere l'assunto dell'applicabilità anche al caso di specie delle norme della L. n. 241/90, intese come enunciazione di principi generali ivi operanti**".

Tanto premesso, il fatto che il nuovo procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette appare atteggiarsi sulla falsariga di quello dettato dalla l. 287/1990 e dal d.p.r. 217/1998 in ambito antitrust, potrebbe indurre ad estendere le considerazioni del Consiglio di Stato anche al procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette.

3.)

Il potere acquisitivo dell'AGCM consistente nella richiesta di informazioni al professionista prima dell'apertura del procedimento **non sembra passibile di coercizione**, non potendo essere equiparato all'esercizio dei "poteri istruttori" di cui all'art. 14 l. 287/90, se non dopo l'avvio dell'istruttoria.

Fermo restando che i soggetti interpellati, nella generalità dei casi, avranno interesse ad assumere un atteggiamento collaborativo, al fine di evitare - ove possibile - l'apertura dell'istruttoria, occorre chiedersi che cosa succede qualora il professionista non risponda alla richiesta di informazioni. L'apertura del procedimento è automatica?

Nel Regolamento nulla viene detto sulle conseguenze discendenti dal mancato rispetto dell'invito a fornire le informazioni richieste. Ragionando, allora, per deduzioni, occorre muovere dalla ratio della norma (art. 4 "attività pre-istruttoria") che sembrerebbe quella di garantire una efficace azione dell'AGCM che, instaurando un atteggiamento collaborativo con i professionisti interessati già nella fase pre-istruttoria, potrebbe evitare il moltiplicarsi di procedimenti.

Ma che cosa succede in concreto?

Se, da un lato, è vero che il mancato rispetto dell'invito da parte del professionista non dovrebbe determinare automaticamente l'avvio del procedimento, potendo l'Autorità svolgere ulteriori approfondimenti circa i caratteri e la fondatezza della pratica, dall'altro, sembrerebbe probabile che non rispondendo il professionista all'invito e non disponendo, in tale fase, il responsabile del procedimento di poteri istruttori e di indagine veri e propri (possibili solo successivamente all'avvio del procedimento), il motivo stesso che aveva indotto la Direzione a richiedere informazioni, potrebbe consigliare una apertura dell'istruttoria.

Come ribadito, del resto, anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, una impresa non ancora destinataria della notifica dell'avvio del procedimento non può essere sottoposta ad accertamenti ispettivi (o ad altri atti di esercizio del potere istruttorio).

Appare, allora, verosimilmente sostenibile che, ove il professionista non collabori, l'Autorità possa procedere ad un approfondimento istruttorio per acquisire gli elementi necessari alla valutazione della sussistenza della pratica commerciale.

4.)

Obiettivo della fase pre-istruttoria è la verifica circa la sussistenza di un sufficiente fumus di una pratica commerciale scorretta attraverso la acquisizione di "ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie", anche mediante la richiesta di chiarimenti e/o informazioni circa la condotta commerciale osservata dal professionista. Potrebbe, dunque, essere talora, possibile, già in questa fase pre-procedimentale, distinguere tra disguidi del singolo operatore e/o singolo evento e pratica commerciale.

Ma laddove il disguido o il singolo evento è dovuto ad un "**mero errore materiale**", che cosa succede? Sarà sufficiente che il professionista, su invito della Direzione istruttoria, proceda alla sua immediata correzione o si avrà comunque l'apertura del procedimento per la inflizione della sanzione pecuniaria?

Tale interrogativo sorge da una duplice considerazione concernente da un lato la funzione della sanzione irrogabile dall'Autorità, dall'altro la configurazione dell'"errore materiale".

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza del TAR (TAR Lazio, 17 giugno 2010, n. 18462) ha confermato che le sanzioni pecuniarie in materia di pratiche commerciali scorrette hanno una valenza plurifunzionale, al contempo **educativa ed afflittiva**: esse, infatti "non tendono soltanto a colpire il soggetto che abbia commesso un'infrazione, quanto e soprattutto ad ingenerare una indiretta coazione psicologica nei confronti di altri soggetti, al fine di determinare una contropinta all'eventuale spinta all'infrazione".

Sotto il secondo profilo, sempre secondo il TAR (TAR Lazio, 13 dicembre 2010, n. 36112), l'onere di diligenza richiesta dalla ratio e dalle finalità del Codice del Consumo "si declina in paradigmi comportamentali che ricalcano i modelli sottesi alle varie tipologie di responsabilità per colpa, a fronte delle quali la **sussistenza di un mero errore materiale** nel messaggio pubblicitario **non risulta idonea a far venir meno il titolo di imputazione soggettiva della responsabilità** in relazione al modello di professionista delineato dalla specifica normativa". Per cui l'imputazione della condotta sanzionata può trovare "il proprio titolo nella responsabilità per colpa, quantomeno nella specie di colposo omesso controllo del contenuto del testo del volantino recante l'errata indicazione (...) essendo agevolmente pretendibile in capo al professionista un onere di verifica della correttezza dei dati ivi stampati".

Tanto premesso, se obiettivo della fase pre-istruttoria e' quello di decongestionare l'attività dell'AGCM garantendo un efficace intervento della stessa, basato sulla libera cooperazione con i professionisti interessati che, instaurando un atteggiamento collaborativo con l'Autorità nella fase pre-procedimentale, possono così evitare ulteriori approfondimenti, come si coniuga tale obiettivo con l'esigenza di infliggere una sanzione avente funzione rieducativa non solo per il singolo professionista ma per anche per gli altri ?

Ruffolo

Prof. Avv. Ugo