

Pubblicato il 11/03/2021

N. 02081/2021REG.PROV.COLL.

N. 00023/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 del 2019, proposto da Banco Bpm S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Morbidelli e Duccio Maria Traina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Altroconsumo, Associazione di Consumatori, Movimento Difesa del Cittadino non costituiti in giudizio;

Laura Musola, rappresentata e difesa dagli avvocati Annalisa Lauteri e Luigi Medugno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Medugno in Roma, via Panama, n. 58;

Codacons, rappresentato e difeso dagli avvocati Gino Giuliano e Carlo Rienzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Rienzi in Roma, viale Giuseppe Mazzini, n. 73;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Silvia Ferro e Angelo Spairani, rappresentati e difesi dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II 154/3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 10967/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2021 il Cons. Giordano;

Sono presenti da remoto l'avvocato dello Stato Collabolletta, gli avvocati Giuseppe Morbidelli, Luigi Medugno, Cristina Adduzzi in delega di Carlo Rienzi, e Daniele Granara.

L'udienza si svolge ai sensi dell'art.4, comma1, del Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e dell'art.25, comma 2, del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 - La società appellante ha impugnato il provvedimento del 30 ottobre 2017 con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha accertato che due pratiche commerciali poste in essere dalla Intermarket Diamond Business S.p.A. (IDB), da IDB Intermediazione s.r.l. e Banco BPM S.p.A., oltre ad altro istituto di credito - e consistenti nella prospettazione omissiva e ingannevole ai consumatori di alcune caratteristiche dell'investimento in diamanti, nell'aggravamento delle condizioni per il diritto di recesso e nell'individuazione del foro competente per le controversie – costituivano una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b), c), d) ed f), nonché 23 , comma 1, lettera t), e 49, 50, 52, 54 e 66- bis del codice del consumo.

In particolare, il provvedimento sanzionatorio impugnato si fonda sulla considerazione per cui *“la pratica posta in essere ... concernente le modalità di prospettazione dell'acquisto di diamanti in tutto il materiale illustrativo diffuso attraverso il sito e attraverso il canale bancario ... integra la violazione ... in quanto contraria alla diligenza professionale ed idonea ad indurre in errore i consumatori relativamente: al prezzo ed al modo in cui viene calcolato – prospettato da IDB come quotazione di mercato; all'andamento del mercato dei diamanti ed alla vantaggiosità e redditività dell'acquisto prospettato, in comparazione con l'inflazione ed altri investimenti; alla certezza del rapido e certo disinvestimento in termini di facile liquidabilità del bene; alle qualifiche del professionista IDB che vanta una leadership europea”*.

Veniva anche ravvisata la violazione delle norme poste a tutela dei consumatori sotto il profilo della *“omessa indicazione dell’informativa sul diritto di recesso dovuta per i contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e la mancata messa a disposizione di un modulo tipo”* e quello della *“formulazione ... ambigua ed imprecisa, come tale suscettibile di distorta interpretazione da parte del consumatore”* dell’indicazione del Foro competente.

Con la determinazione finale si imputava alla Banca appellante la responsabilità solo della prima delle pratiche sopra descritte, ritenendo che la stessa avrebbe *“svolto un ruolo attivo nell’attività di promozione e vendita dei diamanti da investimento commercializzati dai professionisti, in virtù di accordi commerciali sottoscritti con IDB S.p.A. e IDB Intermediazioni S.r.l. che prevedevano – a titolo di corrispettivo – ingenti compensi alle suddette banche correlati alle vendite”*.

2 – Con la sentenza n. 10967 del 2018, il T.A.R. per il Lazio ha respinto il ricorso.

4 - Avverso tale pronuncia ha proposto appello l’originaria parte ricorrente.

Si sono costituiti in giudizio Laura Musola, l’AGCM, Silvia Ferro, Angelo Spairani ed il Codacons.

All’udienza del 28/01/2021 la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

1 - Prima di esaminare compiutamente gli specifici rilievi dell’appellante giova ricordare i fatti accertati a carico della società e che hanno dato luogo alla sanzione.

L’Autorità ha accertato l’esistenza di plurime carenze informative rispetto a distinti profili: a) le modalità di prospettazione delle caratteristiche dell’investimento in diamanti - presentato quale investimento in un *“bene rifugio”* in grado di conservare ed accrescere il suo valore nel tempo, di agevole liquidabilità e alienabilità; b) le modalità di determinazione del prezzo (sia in caso di acquisto, che in caso di rivendita) prospettato come quotazione di mercato; c) la rappresentazione dell’andamento del mercato dei diamanti; d) la qualifica di Intermarket Diamond Business come *“leader di mercato”*.

Quanto ai primi due profili di scorrettezza, l’Autorità ha ritenuto che il materiale illustrativo predisposto e riprodotto anche nel sito e divulgato agli istituti di credito, nonché da questi ultimi utilizzato al fine di offrire una prima informativa al cliente sull’investimento, fosse ingannevole atteso che presentava i prezzi dei diamanti come *“quotazioni”*. Tale presentazione lasciava intendere al consumatore che si trattava di rilevazioni oggettive di mercato raccolte dal professionista a beneficio del consumatore che avrebbe potuto in tal modo monitorare l’andamento del proprio *“investimento”*.

Viceversa, dall’istruttoria svolta dall’Autorità è emerso che le asserite quotazioni in realtà non corrispondevano ad una rilevazione sull’effettivo andamento di mercato risultante dall’andamento della domanda e dell’offerta di diamanti. Si trattava, invece, dei prezzi dei servizi offerti da IDB (tra cui la vendita dei diamanti), autonomamente fissati e progressivamente aumentati nel corso degli anni dalla stessa IDB.

La pubblicazione periodica di tali *“quotazioni”* su un quotidiano economico finanziario di larga diffusione e reputazione quale *“Il Sole 24 Ore”*, e successivamente *“Milano Finanza”*, ne avrebbe confermato l’autorevolezza, inducendo nei consumatori l’erronea percezione che si trattasse di oggettive quotazioni dei diamanti sul mercato.

Ad alimentare l'equivoco dato dalla impropria definizione del prezzo come quotazioni dei diamanti concorrevano la combinazione di ulteriori elementi quali: la stessa terminologia impiegata nella presentazione dell'acquisto dei diamanti come investimento; le reiterate indicazioni presenti nel materiale illustrativo/promozionale di IDB volte a affermare che le quotazioni dei diamanti fossero destinate ad aumentare per il progressivo esaurimento dei diamanti.

Inoltre, il raffronto nei grafici con la quotazione dell'indice Eurostoxx 50, che rappresenta una media ponderata delle quotazioni ufficiali di Borsa delle azioni delle 50 società dell'Eurozona con maggiore valore del capitale flottante, avvalorava nel consumatore l'idea che le "quotazioni" fossero riferite al valore intrinseco dei diamanti, o comunque a valori assai vicini ad essi, alla stregua di altri beni o titoli acquistati a scopo di investimento.

2 - Con il primo motivo di appello la Banca censura la decisione del T.A.R. nella parte in cui ha rigetto il motivo di ricorso con cui si deduceva la violazione dell'art. 6 della CEDU, in relazione alla Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411.

A tal fine, l'appellante ricorda che la natura sostanzialmente penale delle sanzioni pecuniarie inflitte da AGCM è stata riconosciuta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sentenza del 27 novembre 2011 "Menarini"), basandosi sulla natura dissuasiva e repressiva della sanzione, che caratterizza anche le sanzioni per le pratiche commerciali scorrette.

Secondo l'appellante, un'interpretazione restrittiva delle garanzie sancite dall'art. 6 citato, quale è quella che emerge dalla sentenza del TAR, non sarebbe giustificata, dovendosi rispettare il requisito dell'equità nel corso dell'intera procedura e, dunque, anche nella fase davanti all'Autorità, tanto più se si considerano i limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra nella valutazione dei provvedimenti dell'AGCM. Al riguardo, prospetta come sia difficile sostenere che il giudice amministrativo possa configurarsi come un giudice di piena giurisdizione con riferimento ad accuse di natura penale e in presenza di decisioni, quali quelle dell'AGCM, caratterizzate da discrezionalità tecnica, sulle quali il sindacato del Giudice amministrativo non sarebbe affatto pieno.

3 - Il motivo non è fondato, dovendosi confermare la valutazione effettuata dal T.A.R., in conformità alla giurisprudenza della Sezione (*cfr.* Cons. St., Sez. VI, n. 1164/2016).

L'art. 6 CEDU prevede che, per aversi equo processo, *"ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge"*.

Questa disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale (al ricorrere dei criteri a suo tempo stabiliti dalla nota sentenza *Engel* del 8 giugno 1976).

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il *"fair trial"* non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento amministrativo, e segnatamente: per "tribunale" deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato processo nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale.

Tuttavia, nonostante le condivisibili premesse teoriche da cui muovono le censure di parte appellante, queste si rivelano sotto più profili fallaci.

3.1 - La Sezione (*cf.* Cons. St., sez. VI, n. 1595 del 2015) ha già avuto modo di affermare come, in applicazione dei principi posti dalla Corte EDU, all'interno della più ampia categoria di "accusa penale" occorra distinguere tra un diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*") e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Più precisamente, all'interno della più ampia categoria di accusa penale, la giurisprudenza della Corte EDU (*cf.* Corte europea dei diritti dell'uomo 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*) ha distinto tra un diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*") e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato.

La pragmaticità dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo ha, dunque, portato quest'ultima a riconoscere che non tutte le garanzie di cui all'art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale.

Deve, pertanto, ritenersi compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni "penali" siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o *quasi-judicial*, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di "piena giurisdizione" e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596).

Non risulta, pertanto, censurabile l'impostazione di fondo in base alla quale la nozione di "giusto processo", enunciata dall'art. 111 Cost. è direttamente riferibile soltanto ai giudizi destinati a svolgersi dinanzi ad organi giurisdizionali. In altri termini, deve ritenersi compatibile sia con i principi costituzionali, sia con quelli di matrice europea, un procedimento amministrativo, ancorché tendente ad incidere sui diritti soggettivi del destinatario – essenzialmente sotto il profilo patrimoniale e senza implicare restrizioni della libertà personale – non completamente assimilabile al giudizio e privo di talune garanzie tipicamente processuali (*cf.* Civ., Sez. Un., 20 settembre 2009, n. 20935).

3.2 - Ferma la conclusione che precede, gli specifici rilievi di parte appellante trascurano di considerare la crescente tendenza ad anticipare, con riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza delle c.d. Autorità amministrative indipendenti, molte garanzie tradizionalmente proprie del processo e dell'esercizio della giurisdizione.

In particolare deve registrarsi il già acquisito principio di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

Nello specifico, in riferimento ai procedimenti sanzionatori dell'Antitrust, in base alla disciplina dettata Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411), il Responsabile del procedimento gode di una spiccata autonomia rispetto all'organo decisorio. Difatti, la fase istruttoria è concentrata in capo ad un soggetto la cui attività non è subordinata ai poteri di autorizzazione e di ratifica circa l'avvio e la chiusura dell'attività di accertamento, il quale cura in autonomia il procedimento, che una volta terminato verrà acquisito dal Collegio per la decisione finale.

Quest'ultimo rimane competente solo in ordine all'adozione del provvedimento finale.

In altre parole, in questo particolare settore, l'area di separazione tra fase istruttoria e fase decisoria risulta particolarmente marcata. La giurisprudenza ha già osservato che l'imparzialità dell'organo giudicante, inoltre, non è compromessa dalla partecipazione all'adunanza dell'Autorità “*del responsabile dell'unità organizzativa competente alla raccolta dei dati istruttori, al fine esclusivo della loro sottoposizione ai componenti dell'organo deliberante, riproducendo essa partecipazione uno schema procedimentale usuale nell'attività di ogni organo collegiale*” (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191).

Seppur la descritta separazione abbia un carattere essenzialmente interno e funzionale, posto che il soggetto decidente sulla sanzione, da un punto di vista formale, non è diverso da quello che svolge l'istruttoria, resta il fatto che la stessa, per come strutturata, vale in ogni caso a costituire una ulteriore garanzia per l'accusato.

3.3 - Le considerazioni generali già esposte valgono anche a superare la dedotta lesione del principio del contraddittorio, che non sarebbe conforme ai criteri che in ambito penale regolano la formazione della prova.

Peraltro, deve rammentarsi che lo stesso ordinamento processuale penale prevede un procedimento a contraddittorio differito – il procedimento per decreto – transitato costantemente indenne al vaglio di legittimità costituzionale (cfr., *ex plurimis*, Corte Cost. 18 luglio 2003, n. 257; Corte cost. 16 aprile 2003, n. 132; Corte cost. 15 gennaio 2003, n. 8).

Inoltre, anche la considerazione secondo cui il provvedimento amministrativo sanzionatorio, in forza della sua immediata esecutività potrebbe produrre effetti gravemente lesivi in danno al privato che ne sia destinatario ancor prima che quest'ultimo possa eventualmente invocare rimedi giurisdizionali, non pare di per sé poter giustificare un obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase procedimentale sanzionatoria.

La giurisprudenza della Sezione (cfr. Cons. St. n. 1596 del 2015), a questo proposito, ha già avuto modo di rilevare che l'ampiezza, l'efficacia e l'immediatezza della tutela cautelare, anche *ante causam* e monocratica, è certamente in grado di assicurare un equilibrato temperamento degli opposti interessi, scongiurando così il pericolo che il destinatario del provvedimento sia privato della ineliminabile garanzia della tutela effettiva.

Spostando l'attenzione su un altro aspetto, si è già detto della compatibilità con l'art. 6, par. 1, della Convenzione di un sistema che imponga sanzioni penali in prima istanza attraverso un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o *quasi-judicial*, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”.

E' evidente come da questa concezione di “giusto procedimento” emerga la rilevanza centrale, nelle controversie sull'esercizio del potere sanzionatorio, del concetto di “*full jurisdiction*”. Più precisamente, in base alla giurisprudenza della Corte Europea la decisione amministrativa incidente su diritti soggettivi, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del “*fair trial*”, può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa. Perché ciò avvenga è necessario, tuttavia, che l'organo che procede al sindacato

sulla decisione pubblica possa effettivamente ed efficacemente influire su di essa *“both on the facts and the law”*.

Al riguardo, risulta fuorviante la prospettazione dell'appellante volta a circoscrivere i poteri di questo Giudice, non potendosi, invero, mettere in discussione come il Giudice amministrativo assicuri una tutela effettiva dei diritti e degli interessi legittimi. Ed invero, il tipo di controllo che il Giudice amministrativo è chiamato a compiere risulta ispirato proprio dal principio della tutela piena ed effettiva *“secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”* (art. 1 del c.p.a.).

In sintonia con tale principio, il codice di rito ha superato in radice la realtà originaria di un processo in cui la fase istruttoria verteva prettamente su prove precostituite – ovvero su documenti che non si formavano innanzi al giudice nel processo in contraddittorio tra le parti, ma prima del processo, nel momento stesso in cui il potere veniva tradotto in atto – dotando il giudice di tutti i mezzi di prova necessari a realizzare un sistema rimediale “aperto” e conformato al bisogno differenziato di tutela dell'interesse evocato in giudizio, attraverso la piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione.

Nello specifico ambito in esame, non può poi trascurarsi la sussistenza di una giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni pecuniarie (art. 134, comma 1, lettera c), c.p.a.), per quanto riferita soltanto alla quantificazione della sanzione.

3.4 - Anche la supposta criticità conseguente ai limiti del sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica non coglie nel segno.

Su un piano generale, la Sezione (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 4990 del 2019) ha già avuto modo di approfondire la questione (tenuto anche conto delle innovazioni apportate dall'art. 7, primo comma, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della direttiva 2014/104/UE), confermando per il Giudice *“il dovere di accertamento «diretto» di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria”*.

Il limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto ad elementi valutativi quali anche quelli che si connotano per la sussistenza di una cd. discrezionalità tecnica, in base alla giurisprudenza da ultimo citata declinabile in termini di “attendibilità”, o meglio della “maggiore attendibilità”, con esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione, non costituisce un limite ai poteri del giudice suscettibile di risolversi in una minorata tutela della situazione giuridica sottostante, bensì la conseguenza del modo in cui è congegnata la situazione giuridica sottostante, che non può non riflettersi sulla valutazione della conformità dei fatti alla relativa fattispecie astratta.

Per le ragioni appena esposte, non pare corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possibilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice. Non operano, infatti, i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l'accertamento della sussistenza della pratica commerciale scorretta).

Anche i giudici dell'Unione europea hanno precisato che, nel controllo giurisdizionale sulle sanzioni antitrust, nessun ostacolo alla pienezza del sindacato può discendere dal *“potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica*

della concorrenza, dai Trattati UE e FUE” (Corte di Giustizia, 11 settembre 2014, in causa C-382/12, punto 156).

3.5 - Infine, non ci si può esimere dal constatare che, anche prescindendo dalle considerazioni svolte, nello specifico caso in esame, l'appellante ha incentrato la propria censura su rilievi di ordine sistematico teorico senza alcun riferimento alla fattispecie concreta, rendendo di fatto del tutto evanescente la supposta lesione del diritto di difesa. In altre parole, risulta risolutivo ed assorbente di qualunque rilievo il fatto che l'appellante non ha indicato in che modo, in concreto, l'asserito “scarto” tra garanzie assicurate dalle norme internazionali e quelle previste dalla norma nazionale regolamentare abbiano pregiudicato il suo diritto di difesa.

Non solo, di seguito saranno compiutamente esaminati tutti gli specifici rilievi dell'appellante, secondo una logica di piena giurisdizione, così smentendo di fatto le obiezioni di cui alla censura in esame.

Alla luce delle considerazioni che precedono deve escludersi sussistenza dei presupposti per la sospensione del giudizio, non ricorrendo i presupposti di cui all'art. 295 c.p.c.

4 - Con il secondo motivo, l'appellante deduce la violazione dell'art. 27, co. 1-*bis*, Codice del Consumo, perché l'Autorità non ha acquisito il necessario parere dell'autorità di regolazione competente, ossia, nella specie, della Banca d'Italia.

La censura è infondata.

In base all'art. 27, comma 1-*bis* citato, anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente.

Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze.

La disposizione in questione è stata inserita nel Codice del Consumo dall'art. 1, co. 6, lett. a), del d.lgs. 21.2.2014, n. 21 per superare la procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea (lettera di messa in mora del 17.10.2013), che si fondava sul precedente criterio di riparto della competenza a sanzionare le pratiche commerciali scorrette basato sul principio di specialità (introdotto dall'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012 conv. in l. n. 135/2012) e che affidava alle autorità di settore le relative competenze.

Con essa, pertanto, si è inteso affermare la competenza esclusiva della AGCM anche nei settori regolati e, quindi, nei settori delle assicurazioni, delle banche, e dei servizi finanziari e d'investimento, previa, tuttavia, l'obbligatoria acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione competente.

Contrariamente alla prospettazione dell'appellante, l'AGCM non deve sempre acquisire il parere dell'Autorità di regolazione competente allorché sanziona un soggetto operante “nei settori regolati”.

Invero, ciò che rileva, ai sensi dell'art. 27, comma 1-*bis*, Codice del Consumo, non è la natura del soggetto destinatario del provvedimento finale e il fatto che esso operi anche nell'ambito di un

settore regolato, ma che la specifica attività oggetto del procedimento dell'AGCM rientri tra le attività regolate.

Richiamando la *ratio* ad origine della norma, solo in tale eventualità vi è, invero, una potenziale sovrapposizione tra i due enti vigilanti. Viceversa, laddove la condotta abusiva venga in considerazione nello svolgimento di un'attività estranea a quelle regolate dalla disciplina di settore, tale rischio non sussiste.

Del resto, non si vede quale significato possa ricondursi alla partecipazione della Banca d'Italia in un procedimento avente ad oggetto la verifica di un comportamento posto in essere in ambito completamente estraneo alle proprie prerogative di vigilanza.

La soluzione che precede risulta coerente con il protocollo che regola i rapporti tra AGCM e Banca d'Italia, che all'art. 2 ("Attività di cooperazione") prevede: "*1. L'AGCM e la Banca d'Italia cooperano nelle seguenti forme: a) coordinamento degli interventi istituzionali su settori di comune interesse; b) segnalazione dell'AGCM alla Banca d'Italia di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di competenza dell'AGCM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni da parte degli operatori delle norme alla cui applicazione è preposta la Banca d'Italia; c) segnalazione della Banca d'Italia all'AGCM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di competenza della Banca d'Italia medesima, emergano ipotesi di eventuali fattispecie di pratiche commerciali scorrette relative ai settori creditizio e finanziario.*"

Quanto all'ambito delle competenze della Banca d'Italia, in base all'articolo 5 (Finalità e destinatari della vigilanza) del TUB: "*Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*". Ai sensi dell'articolo 10 l'attività bancaria attiene alla raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria.

Per le ragioni già esposte, oltre che per quelle di seguito svolte, nel caso in esame la condotta concretamente posta in essere dalla Banca non rientra tra le "*ipotesi di eventuali violazioni da parte degli operatori delle norme alla cui applicazione è preposta la Banca d'Italia*" di cui al citato protocollo, venendo in considerazione un'attività del tutto estranea al settore bancario ed a cui non si applicano le norme alla cui applicazione è preposta la Banca d'Italia.

4.1 - Deve precisarsi che non si è al cospetto neppure di un'attività "connessa" o "strumentale" a quella propria del settore regolato.

Le banche, come noto, oltre all'attività ad esse riservata (quella bancaria in senso stretto) svolgono anche "*ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali*" (art.10 del TUB). E i poteri di regolazione e di vigilanza della Banca d'Italia, essendo diretti ad assicurare la "*gestione sana e prudente, la trasparenza delle operazioni e dei servizi offerti e la correttezza delle relazioni con la clientela*", non possono che concernere l'intera sfera delle attività poste in essere dagli enti creditizi in ambito finanziario, poiché è dal complesso di tali attività che dipende la stabilità del sistema.

Tuttavia, nel caso di specie, come già evidenziato, non viene in alcun modo in considerazione l'esercizio dell'attività bancaria, né l'esercizio di attività ad essa connesse comunque sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia. Viene, invece, in considerazione un'attività di mera intermediazione per l'acquisto e la vendita di un bene (i diamanti) completamente estranea all'ambito regolamentato.

Trattasi, invero, di attività estranea a quella bancaria e finanziaria, in quanto avente ad oggetto la compravendita di merci nella loro consistenza fisica (non attraverso strumenti finanziari) non suscettibile di incidere e di riflettersi sul sistema bancario e finanziario.

Al riguardo, la comunicazione della CONSOB n. 97006082 del 10 luglio 1997 precisa che non rientrano nella nozione di prodotto finanziario *“le operazioni di investimento in attività reali o di consumo, cioè le operazioni di acquisto di beni e di prestazioni di servizi che, anche se concluse con l'intento di investire il proprio patrimonio, sono essenzialmente dirette a procurare all'investitore il godimento del bene, a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta i bisogni non finanziari del risparmiatore stesso”*.

Da un altro punto di vista, come anticipato, non pare che la detta attività, di mera intermediazione in una compravendita, sia suscettibile di mettere a rischio l'attività bancaria esercitata in via principale dagli istituti di credito.

La soluzione innanzi delineata risulta indirettamente confermata dalla stessa Banca d'Italia che – nel comunicato stampa del 14 marzo 2018 reso proprio a seguito delle segnalazioni relative alla vicenda per cui è causa (che, in quanto di pubblica diffusione può assurgere ad elemento di prova alla stregua dell'art. 115 secondo comma c.p.c.) – ha dichiarato che alla commercializzazione dei diamanti attraverso il canale bancario non si applicano le tutele di trasparenza previste per la clientela dal Testo unico bancario e che la commercializzazione di diamanti non costituisce attività bancaria o finanziaria.

Inoltre, la soluzione che precede risulta conforme all'orientamento della giurisprudenza espressasi in casi simili (Cons. St., 25 giugno 2019, n. 4357 e 11 dicembre 2017, n. 5795).

5 - Con il terzo motivo di appello si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 19, 20, 21, co. 1, lett. b), c), d) e f), 22, 23, comma 1, lett. t) del Codice del Consumo e si contesta l'imputabilità della condotta all'Istituto di credito.

La Banca prospetta che, anche a voler accedere alla tesi secondo cui dovrebbero rispondere delle pratiche commerciali scorrette anche i meri coautori delle stesse, tale responsabilità non può estendersi fino a ricomprendere il mero “segnalatore”, ossia chi faccia solo “da tramite” con chi pone in essere una pratica scorretta la cui ideazione e realizzazione gli è del tutto estranea.

A tal fine, rileva che gli artt. 20, 21, 22 e 23 del Codice del consumo trovano applicazione esclusivamente alle pratiche commerciali poste in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori (*cf.* art. 18, lett. d) e art. 19 del Codice cons.).

L'appellante rileva, inoltre, che la distinzione tra attività di segnalazione (quale quella posta in essere dalla Banca in virtù della Convenzione) e attività promozionale ha trovato pieno riconoscimento anche a livello normativo, per esempio in materia di intermediazione creditizia a partire dalla Direttiva 2014/17/UE, il cui considerando n. 74 afferma che *“le persone che presentano o rinviano semplicemente un consumatore a un creditore o a un intermediario del credito a titolo accessorio nell'esercizio della loro attività professionale, per esempio segnalando l'esistenza di un particolare creditore o intermediario del credito senza ulteriore pubblicità né intervento nella presentazione, nell'offerta, nei preparativi o nella conclusione del contratto di credito, non dovrebbero essere considerati intermediari del credito ai sensi della presente direttiva”*. Considerando, questo, che ha trovato attuazione nella normativa interna in virtù dell'art. 12, comma 1 quater, D. Lgs. 141/2010, il quale, nel rimettere ad un Regolamento del Ministero

dell'economia e delle finanze la disciplina dell'attività di segnalazione, precisa che si tratta di attività che non costituisce esercizio di agenzia in attività finanziaria né di mediazione creditizia. Dal che deriva che l'attività di segnalazione non comporta "corresponsabilità" ai sensi delle norme del Codice del consumo in questione, che possono applicarsi esclusivamente all'attività promozionale.

5.1 - La censura è infondata, muovendo da una premessa errata, ovvero che l'attività dell'Istituto bancaria si sia limitata a quella di mero "segnalatore".

Deve, invero, escludersi che il ruolo della Banca nella realizzazione della pratica in oggetto si sia limitato semplicemente a trasmettere alla clientela un prodotto e un materiale divulgativo interamente predisposto da altri.

L'indagine di tale aspetto non può limitarsi alle evidenze formali rappresentate dalle disposizioni contrattuali che regolavano i rapporti con IDB e IDB Intermediazioni, né rileva che l'appellante non abbia mai partecipato alla predisposizione e alla realizzazione dei materiali divulgativi che conterrebbero le informazioni ingannevoli contestate dall'Autorità, né rilevano le circolari interne dell'istituto.

La compartecipazione dell'appellante all'illecito emerge, invece, inequivocabilmente dai riscontri fattuali già evidenziati dal T.A.R. solo genericamente contestati con l'atto di appello.

Al riguardo, è sufficiente richiamare gli elementi più significativi del ruolo attivo svolto dalla Banca nella dinamica contrattuale complessiva in cui il consumatore era coinvolto:

a) in forza dell'accordo di collaborazione sottoscritto tra IDB e BBPM, la banca era tenuta a mettere a disposizione dei clienti, nei propri locali, il materiale divulgativo predisposto da IDB, provvedendo anche i funzionari dell'istituto a inoltrare alla IDB le disposizioni di acquisto sottoscritte dall'acquirente, previa informativa resa, dai medesimi funzionari, in ordine all'esatto ammontare dell'operazione;

b) per l'attività svolta, la banca conseguiva una provvigione pari ad una percentuale dell'operazione conclusa (tra il 10% e il 20%); inoltre, è emerso come la stessa si prefiggesse, a mezzo dell'accordo con IDB, di conseguire un aumento delle vendite di servizi bancari aggiuntivi (quali la custodia in cassette di sicurezza);

c) l'appellante aveva previsto che alla raccolta della proposta di acquisto era deputato un c.d. "referente investimenti" e ed aveva descritto nel dettaglio il processo da seguire nel "proporre" l'investimento in diamanti e nell'"assistere" il cliente nell'eventuale acquisto;

d) dai reclami dei clienti e dalle segnalazioni delle associazioni, è emerso che *"i funzionari bancari ai quali normalmente i clienti si rivolgevano per la consulenza sui propri investimenti proponevano alla propria clientela ... l'acquisto dei diamanti come forma di investimento alternativa"*;

Il ruolo svolto dagli operatori degli istituti di credito nella realizzazione della pratica emerge anche dall'ampiezza delle attività svolte dagli stessi nelle diverse fasi dell'acquisto, così come risulta dal contenuto degli esposti dei risparmiatori. Infatti, gli impiegati della Banca curavano la compilazione e l'invio a IDB del modulo d'ordine di acquisto delle pietre sottoscritto dal cliente, informavano il cliente stesso dell'esatto importo dell'investimento, organizzavano e presenziavano ad eventuali incontri tra cliente e IDB, nonché alla consegna della pietra, che avveniva nei locali della filiale laddove il cliente non avesse richiesto la custodia presso i caveaux di IDB. Anche nel caso di

richieste di ricollocamento, la banca assumeva un ruolo di intermediazione, mettendo in contatto i clienti con IDB.

E' dunque indubbio che il cliente – come confermato dal contenuto di molte segnalazioni e reclami – al momento dell'acquisto fosse persuaso del fatto che l'operazione nel suo complesso e le informazioni rese sull'investimento fossero verificate, e quindi "garantite", dalla banca.

L'affidamento derivante dalla circostanza che l'opportunità dell'acquisto dei diamanti venisse presentata al cliente come forma di investimento dalla propria banca – e dal proprio referente di fiducia – emerge anche dal fatto che i reclami, in gran parte, sono stati presentati alle banche, proprio in quanto percepite come controparti di prima istanza.

5.2 - In base all'art. 5, comma 3, del codice del consumo "*le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore*".

Deve, dunque, concludersi che la nozione di "professionista" rinveniente dal Codice del consumo deve essere intesa in senso ampio, essendo sufficiente che la condotta venga posta in essere nel quadro di una attività di impresa finalizzata alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o servizio. In tal senso, integra la nozione di professionista autore (o co-autore) della pratica commerciale "*chiunque abbia una oggettiva cointeressenza diretta ed immediata alla realizzazione della pratica commerciale medesima*".

5.3 - Alla luce di tale considerazione perde di consistenza anche il rilievo dell'appellante secondo cui nella specie non sarebbe ravvisabile una propria condotta colposa, in quanto non sarebbe possibile affermare in capo alla stessa un onere di verificare il contenuto dell'offerta.

Al riguardo, deve anche osservarsi che ciò che rileva è che il professionista abbia con il suo contegno contribuito, in qualità di co-autore, alla realizzazione dell'illecito, non solo ove il suo contributo abbia avuto efficacia causale, ponendosi come condizione indefettibile alla realizzazione della violazione, ma anche allorquando il contributo abbia sostanziato una agevolazione dell'altrui condotta, traendone un diretto vantaggio economico (*cf.* Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763).

Non può, inoltre, trascurarsi che la responsabilità della ricorrente per i fatti oggetto del provvedimento risulta correlata anche al ritorno economico da questa conseguito a seguito dell'attività di promozione dei diamanti di investimento (sulla rilevanza del ritorno economico del professionista al fine di fondare la sua responsabilità per pratica commerciale scorretta, a prescindere dalla estraneità del prodotto offerto rispetto alla gamma tipica di servizi forniti vedasi Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1820).

La giurisprudenza ha ulteriormente precisato che "*l'obbligo di diligenza richiede che, in presenza di vantaggi economici derivanti dalla pratica commerciale, il soggetto che consegue comunque un vantaggio, come nel caso di specie il titolare dei punti commerciali dove sono effettuate le vendite e sottoscritti i contratti di finanziamento, si attivi concretamente e ponga in essere misure idonee per comprendere appieno le modalità ed il contenuto delle operazioni proposte ai consumatori, solo in presenza delle quali la responsabilità editoriale può essere esclusa essendosi l'operatore economico diligentemente attivato*" (Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 38).

6 - Con un diverso ordine di censure, l'appellante contesta la sentenza impugnata nel punto in cui conferma la valutazione dell'Autorità quanto alla qualificazione come scorrette delle pratiche commerciali poste in essere da IDB.

Anche tale censura, nelle sue plurime articolazioni, è infondata.

L'analisi svolta sui contenuti del materiale pubblicitario utilizzato dalla società conferma la sussistenza dei presupposti dell'illecito e delle condotte come innanzi descritte (vedasi punto 1).

Appaiono, invero, ragionevoli gli assunti su cui si basa il provvedimento ed in particolare la valutazione che l'attenzione dei consumatori sia stata condizionata: a) dalla enfaticizzazione della estrema convenienza all'investimento in diamanti (reclamizzati quali beni rifugio); b) dall'asserita costante crescita della loro quotazione sul mercato, tale da assicurarne la realizzazione di cospicue plusvalenze in caso di rivendita.

A tale scopo – ed in tale pratica risiede l'aspetto maggiormente censurabile – la società, a garanzia della sicurezza e della monitorabilità dell'investimento e a sostegno della trasparenza dell'operazione proclamava l'impegno di pubblicare trimestralmente sui principali giornali economici i dati relativi all'andamento dei prezzi dei diamanti.

Ad imprimere il connotato illecito della condotta censurata, risulta dirimente il fatto che l'aggiornamento delle "quotazioni" pubblicate sui citati quotidiani, ancorché rappresentata come un servizio prestato dal venditore, consisteva, in realtà, nella pubblicazione a pagamento del suo listino-prezzi. E tale circostanza non era immediatamente percepibile dal consumatore.

Da un altro punto di vista, la mancanza di qualsiasi attività di rilevazione preventiva e l'assoluta autoreferenzialità delle fonti di determinazione dei prezzi proposti ai consumatori privano di ogni attendibilità le assicurazioni fornite in merito alla "costante crescita" dei valori di mercato dei preziosi, disvelando in tutta la sua gravità distorsiva il carattere decettivo della pratica commerciale posta in atto.

6.1 - Il tenore dei rilievi dell'appellante conferma indirettamente la bontà della valutazione effettuata dal primo giudice e della conclusione di questo Collegio innanzi anticipata, ove si consideri che l'oggettiva assenza di una quotazione ufficiale del valore dei diamanti, rilevata dall'appellante, avvalorava come l'enfaticizzata pubblicazione trimestrale delle "quotazioni" – che in realtà rappresentavano un prezzo determinato in maniera autonoma dal professionista – lasciava intendere al potenziale acquirente di essere in presenza di rilevazioni oggettive di mercato raccolte ed elaborate dal professionista a beneficio degli acquirenti.

6.2 - Da un altro punto di vista, deve convenirsi che il materiale pubblicitario predisposto dalla società, enfaticizzava la qualità dei diamanti, ne garantiva il valore intrinseco e quindi la facilità di disinvestimento, in grado di assicurare "*Un rendimento sicuro nel tempo*".

Non appare, pertanto, illogica la conclusione che tali affermazioni si prestassero ad ingenerare nel consumatore l'idea del diamante come "bene rifugio" agevolmente monetizzabile in qualsiasi momento e che, pertanto, avrebbe potuto preservare il valore dei risparmi investiti.

Al riguardo, l'indagine dell'Autorità ha, invece, appurato che la rivendibilità e redditività del bene erano subordinate alla permanenza di condizioni del tutto particolari, tra cui la scelta di ricollocare i diamanti utilizzando il medesimo canale di acquisto e la circostanza di chiedere il disinvestimento

in un momento nel quale vi fosse una scarsa domanda di smobilizzo, la cui necessaria ricorrenza non era in alcun modo resa nota al consumatore.

In particolare, l'istruttoria procedimentale ha permesso di appurare che la possibilità di recuperare il capitale investito dipendeva da diversi fattori quali, principalmente, il prezzo al quale si rivende il diamante sul mercato e la facilità di trovare una controparte disposta ad acquistare il diamante stesso. L'alea del ricollocamento, verosimilmente possibile solo all'interno del circuito nel quale operava lo stesso professionista (IDB e IDB Intermediazioni), non veniva in alcun modo chiaramente esplicitata al consumatore, al quale invece venivano prospettati, in particolare attraverso il sito internet, rendimenti certi e, in generale, la conservazione del valore capitale, a fronte del mantenimento dei diamanti per un periodo medio-lungo.

Al riguardo, deve ricordarsi che secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato, 19 settembre 2017, n. 4878) grava sul professionista un obbligo di chiarezza e completezza dei messaggi promozionali al fine di evitare qualsivoglia forma di aggancio scorretta e ingannevole, ciò in quanto l'onere di completezza e chiarezza informativa previsto dalla normativa a tutela dei consumatori richiede che ogni messaggio rappresenti i caratteri essenziali di quanto mira a reclamizzare e sanziona la loro omissione, a fronte della enfaticizzazione di taluni elementi, qualora ciò renda non chiaramente percepibile il reale contenuto ed i termini dell'offerta o del prodotto, così inducendo il consumatore, attraverso il falso convincimento del reale contenuto degli stessi, in errore, condizionandolo nell'assunzione di comportamenti economici che altrimenti non avrebbe adottato.

6.3 – E' nell'ambito della descritta condotta che si colloca anche la questione del rivendicato ruolo di *leader* del settore in Europa da parte della società venditrice.

Da un lato, non può essere messo in discussione come tale affermazione contribuisca all'ingannevolezza della condotta complessivamente considerata; da un altro lato, la spendita della qualifica di "azienda *leader* in Europa" nel settore dell'investimento in diamanti, non ha trovato riscontro nella situazione di mercato, come del resto emerge dai dati allegati dalla stessa società, i quali oltretutto sono circoscritti all'ambito nazionale e non a quello europeo.

6.4 - Quanto al rilievo che nel mercato mondiale dei diamanti non vi sono quotazioni (fixing) ufficiali, le indagini istruttorie dell'Autorità hanno comunque accertato che il valore di mercato dei diamanti venduti da IDB, oltre ad essere indecifrabile nelle sue componenti, risultava inferiore al prezzo proposto per l'acquisto. Non può, inoltre, ravvisarsi una carenza istruttoria nel fatto che quelli presi in considerazione dall'Autorità a fini comparativi sono anch'essi indici privati, giacché questi ultimi (diversamente dalle quotazioni di IDB) erano, comunque, basati su dati reali, corrispondenti alle transazioni effettivamente concluse.

Risulta, invece, irrilevante il fatto che l'effettiva stima dei preziosi possa aver risentito nel tempo dei fatti seguenti alla trasmissione "Report" (di cui in ogni caso non sussiste la prova), dal momento che tale aspetto non incide sulla sussistenza della condotta decettiva nei termini innanzi delineati, potendo rilevare, se del caso, al fine dell'ipotetica liquidazione del danno subito dal consumatore.

In riferimento al prezzo dei diamanti ed in particolare quanto alla rivendicata fornitura di servizi ulteriori da parte dell'appellante incidenti sul prezzo dei diamanti, a differenza di quanto prospettato dalla società, deve evidenziarsi come di tale circostanza i consumatori non fossero edotti; invero, la società nel proprio materiale informativo non forniva alcuna indicazione circa l'incidenza delle singole voci di costo.

6.5 – Come anticipato, tenuto conto delle specifiche violazioni contestate all'appellante, appaiono sostanzialmente irrilevanti ai fini del presente giudizio i fatti seguiti alla trasmissione televisiva “Report”, allorquando gli interessati hanno sollecitato lo smobilizzo dei loro investimenti ed IDB ha dichiarato la propria incapacità a far fronte all'impegno contrattualmente assunto, comunicando che le procedure di disinvestimento erano state sospese. Ciò che rileva è la condotta pubblicitaria svolta a monte di tale momento, che per le ragioni esposte risulta fuorviante per il consumatore al quale è rivolta.

Anche in riferimento alla doglianza con la quale si lamenta l'omesso accertamento, da parte dell'Autorità, dei danni effettivamente patiti dagli investitori che sono riusciti a rivendere i preziosi tramite il canale IDB, deve richiamarsi l'attenzione alle specifiche violazioni contestate che sono fattispecie di pericolo. La loro punizione non è, dunque, subordinata alla dimostrazione del nocumento patrimoniale sofferto dalle vittime della condotta vietata.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che si tratta di un “illecito di pericolo”, con la conseguenza che deve essere effettuato un giudizio prognostico *ex ante*, avendo riguardo alla “*potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari, indotti ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso*” (cfr. Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976; sez. VI, 23 maggio 2019, n. 3347; sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050).

Per la medesima ragione, l'Autorità non è tenuta a verificare quanti consumatori hanno in concreto subito pregiudizio dalla pratica, con la conseguenza che l'effettiva incidenza della pratica commerciale scorretta sulle scelte dei consumatori non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa.

Come già detto, il carattere della pratica commerciale deve essere valutato a prescindere dal dato di fatto concreto, variabile per le più svariate ragioni, soggettive e oggettive, legato all'esito concretamente lesivo prodotto dalla condotta del professionista (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2018, n. 1670). Infatti, la *ratio* della disciplina in materia di pratiche scorrette è quella di salvaguardare la libertà di autodeterminazione del destinatario di un messaggio promozionale da ogni erronea interferenza che possa, anche solo in via teorica, incidere sulle sue scelte e sui riflessi economici delle stesse fin dal primo contatto pubblicitario, imponendo, dunque, all'operatore un preciso onere di chiarezza nella redazione della propria offerta.

6.6 - Il corretto inquadramento della fattispecie rende irrilevanti anche le argomentazioni con le quali si tenta di superare l'addebito di ingannevolezza nell'assunto che gli acquirenti dei preziosi, appartenenti alla c.d. categoria *affluent* della clientela bancaria, sarebbero risultati in possesso di competenze tecniche tali da comprendere chiaramente le modalità attuative della pratica ed i rischi ad essa connessi.

Tale assunto appare una mera ipotesi destituita di ogni conforto oggettivo. In ogni caso, la tesi è smentita, in linea di principio dalle considerazioni già svolte, dovendosi ribadire come le disposizioni in tema di pubblicità ingannevole si collocano sul piano più avanzato di un sistema di deterrenza preventiva, essendo le sanzioni volte ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici a tutela di valori che trascendono quelli strettamente individuabili.

6.7 - Non rileva che eventuali chiarimenti rispetto agli aspetti critici innanzi evidenziati fossero contenuti nella sezione “FAQ” del sito dell'appellante, o comunque reperibili altrove, dal momento che la giurisprudenza ha chiarito la sussistenza di un obbligo di chiarezza, trasparenza e comprensibilità delle comunicazioni commerciali sin dal “primo contatto” ed al fine di evitare

“agganci ingannevoli” (*ex multis*, Consiglio di Stato, 4 luglio 2018, n. 4110; Consiglio di Stato, 11 maggio 2017, n. 2178).

Invero, “*l’obbligo di estrema chiarezza, che viene violato proprio da pratiche ingannevoli o false che in qualsiasi modo, anche nella presentazione complessiva, ingannino o possano indurre in errore il contraente medio, deve essere congruamente assolto dal professionista sin dal primo contatto, attraverso il quale debbono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per un’immediata percezione della offerta economica pubblicizzata*” (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019).

7 – La Banca contesta infine la determinazione della sanzione, che è stata quantificata dall’AGCM in misura pari a 3.350.000 Euro.

A tal fine l’appellante: a) reputa generico il riferimento operato sia dall’AGCM che dal TAR alla (pretesa) ampia diffusione della pratica; b) rileva come sia indimostrato anche il preteso pregiudizio economico subito dai consumatori; c) contesta che ai fini di garantirne la funzione deterrente la sanzione vada parametrata al fatturato; d) insiste nel rilevare che le pratiche commerciali in oggetto sono state interamente ideate e realizzate da IDB, senza il coinvolgimento dell’appellante, che, al più, in denegata ipotesi, può vedersi coinvolto nel presente procedimento per il suo ruolo di mero segnalatore.

9.1 – Le censura deve trovare parziale accoglimento.

Ai sensi dell’articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, nel testo applicabile *ratione temporis*, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l’Autorità dispone l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 di euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

Inoltre, l’art. 27, comma 13, del Codice del Consumo richiama espressamente le previsioni di cui al capo I, sezione I della legge 689/1981, in materia di sanzioni amministrative. L’art. 11 della citata fonte normativa, in particolare, stabilisce che nella determinazione del *quantum* della sanzione all’interno della cornice edittale debba aversi riguardo “*alla gravità della violazione, all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o l’attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*”.

L’Autorità ha tenuto conto della dimensione economica della Banca, che nell’anno di riferimento aveva realizzato in Italia un fatturato considerevole (seppur l’esercizio a livello contabile non si sia concluso positivamente), della ampia diffusione della pratica e degli effetti ingenerati sulla fiducia dei consumatori.

La contestazione di tali parametri deve essere disattesa, dal momento che, contrariamente agli assunti dell’appellante, la pratica aveva assunto una diffusione particolarmente estesa, proprio grazie alla presenza capillare sul territorio degli istituti di credito coinvolti; deve ritenersi parimenti condivisibile la valutazione dell’Autorità circa la capacità economica dell’ente appellante al quale deve essere parametrata la sanzione; il numero ed il contenuto delle segnalazioni acquisite dall’Autorità depongono nel senso della sussistenza di un effettivo pregiudizio ai consumatori, anche a prescindere dalla sua connotazione strettamente patrimoniale che, se del caso, sarà valutata in altre sedi.

9.2 - Appaiono invece condivisibili gli ulteriori rilievi dell’appellante.

Come già rilevato, è indubbia la sussistenza della responsabilità della Banca, che non ha svolto il ruolo di mero segnalatore. Tuttavia, è altrettanto pacifico che il meccanismo nel quale si è concretizzata la pratica illecita sanzionata è stato ideato ed implementato dalle società di vendita dei diamanti, le quali hanno altresì predisposto la relativa documentazione e che si ponevano quali controparti dirette nella compravendita dei preziosi.

Il ruolo della Banca assume, invece, una valenza meno marcata rispetto a quello della società di vendita, essendosi risolto nell'agevolare la vendita dei preziosi (e, come già detto, per tale ragione la stessa è stata giustamente sanzionata).

Ai fini sanzionatori, il contributo, illecito ma comunque secondario, della banca non pare poter giustificare l'applicazione di una sanzione quasi doppia a quella inflitta alla società di vendita, che è l'autrice principale dell'illecito, e ciò anche tenuto conto degli ulteriori parametri valorizzati dall'Autorità ed innanzi ricordati.

In tali termini, la sanzione inflitta all'appellante risulta irragionevole rispetto alla responsabilità alla stessa effettivamente ascrivibile, tenuto conto della sanzione, di gran lunga inferiore, inflitta all'autore principale dell'illecito.

Alla luce di tali considerazioni, ciò che risulta violato è il principio di proporzionalità nella modulazione dell'entità della sanzione; ne consegue che la sanzione deve essere ridotta del 30% rispetto a quella complessivamente irrogata.

10 – L'esito della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie in parte l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie - limitatamente alla determinazione dell'importo della sanzione e nei sensi di cui in motivazione - il ricorso di primo grado.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Pannone, Presidente FF

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Andrea Pannone

IL SEGRETARIO