

Tar Sentenze – nn. 10965-10969

Pubblicato il 14/11/2018

N. 10969/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00263/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 263 del 2018, proposto da Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Cristoforo Osti, Alfredo Vitale e Patrick Actis Perinetti, presso lo studio dei quali, in Roma, via XXIV Maggio, 43, è elettivamente domiciliata;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Movimento difesa del cittadino, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento n. 26758 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottato nell'adunanza del 20.9.2017 a conclusione del procedimento n. PS10678 – DPI DIAMOND PRIVATE INVESTMENT-**DIAMANTI** DA INVESTIMENTO, notificato alla ricorrente il 30.10.2017, con il quale l'Autorità ha imputato anche a Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (“BMPS”), a titolo di “responsabilità concorrente”, la pratica commerciale scorretta posta in essere da Diamond Private Investment S.p.A. (“DPI”), consistente nell' “*aver proposto l'acquisto di*

diamanti di investimento diffondendo informazioni omissive ed ingannevoli in merito alle caratteristiche dell'investimento proposto, al prezzo dei **diamanti** e alla convenienza economica di tale acquisto anche avuto riguardo all'andamento del mercato e alle qualifiche del professionista”;

della nota dell'Autorità n. prot. 53421 del 4.7.2017 (doc. 2) con la quale è stato comunicato a BMPS il rigetto degli impegni presentati il 13.6.2017;

nonché di ogni altro atto presupposto, successivo o comunque connesso ai provvedimenti appena richiamati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento indicato in epigrafe l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che una pratica commerciale posta in essere dalla società Diamond Private Investment S.p.A. (DPI), dalla Banca Monte dei Paschi di Siena (BMPS) e da altra banca - e consistita nella prospettazione omissiva e ingannevole ai consumatori di alcune caratteristiche dell'investimento in **diamanti** – costituisse una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b), c) d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lettera t), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ne ha vietato l'ulteriore diffusione e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 2.000.000 euro.

Con il medesimo provvedimento l'Autorità ha ritenuto la ricorrenza di altra pratica commerciale scorretta, imputabile alla sola DPI.

La pratica per la quale la ricorrente è stata sanzionata è stata ravvisata dall'Autorità nella diffusione di materiale promozionale, predisposto da DPI e reso disponibile anche attraverso il canale bancario cui si rivolgeva il consumatore interessato all'acquisto, in cui si rappresentavano in modo ingannevole ed omissivo: a) il prezzo di vendita dei **diamanti**, presentato come quotazione di mercato e pubblicato a pagamento su un giornale economico; b) l'andamento del mercato e l'aspettativa di apprezzamento del valore futuro dei **diamanti**, attraverso grafici costruiti sull'andamento dei propri prezzi di vendita presentati come “quotazioni”, messe a confronto con l'inflazione e le quotazioni ufficiali dell'oro; c) la facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l'unico canale di rivendita attraverso cui avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati è rappresentato da DPI; 4) la qualifica di leader di mercato del professionista, impiegata senza ulteriori precisazioni, al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

Motivo I – Violazione e falsa applicazione degli articoli 21, 21, 22 e 23 del codice del consumo, nonché dell'art. 2729 c.c. e dei principi in materia di presunzioni semplici, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei fatti e dei presupposti per l'applicazione della normativa in tema di pratiche commerciali ingannevoli, difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza e mancato adempimento dell'onere probatorio, disparità di trattamento in ragione dell'insussistenza di una responsabilità concorrente di BMPS nell'eventuale illecito e dell'assenza di qualsivoglia suo "ruolo attivo" rispetto all'attività di DPI.

La ricorrente sarebbe del tutto estranea alla condotta di DPI, sia alla luce degli accordi stipulati tra le due società, sia in considerazione delle concrete modalità comportamentali seguite dai dipendenti della banca.

L'Autorità, operando una valutazione parziale dei documenti disponibili, tesa a valorizzare solo quelli utili alla tesi accusatoria, sarebbe venuta meno agli ordinari standard probatori.

Tanto sarebbe confermato dal fatto che BMPS ha ricevuto solo quattro reclami, tutti successivi alla trasmissione televisiva Report, che di fatto avrebbe dato origine al procedimento, a mezzo dei quali i consumatori si limitano a chiedere alla Banca di intermediare con DPI.

Dallo stesso provvedimento impugnato, infine, emergerebbe come il ruolo della ricorrente si è limitato ad una mera segnalazione ai propri clienti dell'esistenza del prodotto, comportamento assolutamente non assimilabile a quello di altri istituti bancari coinvolti nello stesso procedimento o in altro similare adottato dall'Autorità nel medesimo periodo.

Motivo II - Violazione e falsa applicazione degli articoli 20, 21, 22 e 23 del codice del consumo nonché dell'articolo 5 della l. 689/1981, eccesso di potere per travisamento e carenza dei presupposti di fatto, difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza e illogicità in ragione dell'insussistenza della responsabilità concorrente di BMPS o comunque dell'assenza dell'elemento soggettivo per effetto dell'affidamento suscitato da DPI circa la legittimità della propria attività.

In via subordinata, la ricorrente rappresenta di non potere essere ritenuta responsabile della condotta sanzionata in quanto avrebbe incolpevolmente fatto affidamento sulla conformità dell'attività svolta da DPI alla normativa di settore.

Rileverebbero a tal fine: a) l'emanazione da parte della Banca d'Italia e di Consob di specifici pareri riguardanti l'attività di DPI, b) la collaborazione già instaurata da DPI con altri istituti bancari, c) le informazioni fornite da DPI a BMPS.

Motivo III – Violazione e falsa applicazione dell'articolo 27 del codice del consumo e 8, comma 7, del d.lgs. 145/2007, eccesso di potere per erronea valutazione degli elementi di fatto, difetto di istruttoria, irragionevolezza in ragione del mancato accoglimento degli impegni, manifestamente idonei a eliminare i profili di illiceità della condotta contestata.

Il rigetto degli impegni sarebbe illegittimo, in quanto, a mezzo degli stessi, la banca avrebbe adottato tutte le misure idonee ad elidere i profili di illiceità riscontrati.

Motivo IV – Violazione degli artt. 27, comma 9, del codice del consumo nonché 11 della l. 689/1981, eccesso di potere, contraddittorietà, difetto assoluto di motivazione, violazione dei

principi di proporzionalità, ragionevolezza e parità di trattamento con riferimento alla sanzione imposta in capo a BMPS

Nel determinare la sanzione l'Autorità avrebbe mal apprezzato la gravità della pratica e avrebbe assoggettato la banca a un trattamento deteriore rispetto alla stessa DPI.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del gravame.

All'udienza del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

In via preliminare occorre rilevare come le censure articolate in gravame sono tese a dimostrare la riconducibilità della condotta contestata a DPI, o, quanto meno, ad escludere la responsabilità di Monte dei Paschi.

Non si rinvencono, pertanto, censure volte a contestare nella sostanza la definizione di scorrettezza della pratica in sé considerata, che quindi può darsi per acclarata.

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente sostiene che l'Autorità avrebbe erroneamente ritenuto la ricorrenza di una “*responsabilità concorrente*” della Banca.

La prospettazione non può essere condivisa, avendo l'Autorità ben ricostruito i fatti ed esercitato, in maniera logica e congruente, la valutazione discrezionale di ingannevolezza della pratica.

Il provvedimento, infatti, ai paragrafi 124 e ss., evidenzia come, in forza dell'accordo di collaborazione sottoscritto tra DPI e MPS, la Banca aveva manifestato la volontà di offrire ai propri clienti un servizio di consulenza nel settore dei beni di lusso, avvalendosi a tal fine dei servizi proposti dalla DPI.

La delibera rappresenta poi come, per l'attività svolta, la Banca conseguiva una provvigione pari ad una percentuale dell'operazione conclusa (tra il 5% e il 15%), rilevando pure come, proponendo ai propri clienti la possibilità di comprare **diamanti**, BMPS soddisfaceva l'esigenza di offrire alla clientela una diversificazione degli investimenti.

Il provvedimento, pertanto, anche alla luce del contenuto delle linee guida operative ad uso interno dei dipendenti della banca, analizzate ai paragrafi 128 e seguenti, dimostra come l'attività di “*segnalazione*” di BMPS, al di là della sua formale definizione, comportasse una vera e propria promozione dell'investimento in **diamanti**, che comportava un'illustrazione del materiale pubblicitario consegnato da DPI e un ruolo attivo nella messa a disposizione di informazioni e consigli.

Il ruolo attivo della ricorrente è poi confermato, oltre che dall'esame di vari documenti contrattuali intercorsi tra le parti, dai reclami dei clienti e dalle segnalazioni delle associazioni, tali nel loro complesso, da giustificare la conclusione, rassegnata nel paragrafo 227, secondo cui il fatto che l'opportunità dell'acquisto dei **diamanti** venisse presentata al cliente dalla propria banca, in persona del proprio referente investimenti, ingenerava un particolare affidamento nel destinatario delle

informazioni, amplificato dalla particolare competenza che egli riconosceva al personale della banca.

La logica linearità della ricostruzione e il suo essere supportata da puntuali riscontri probatori non viene dunque scalfita, come sostenuto dalla ricorrente, dall'atomistico riferimento ad alcune clausole contrattuali che definiscono l'attività di BMPS come di mera "segnalazione" o prevedevano una autonoma responsabilità di DPI per i contratti conclusi.

Al fine di valutare la ricorrenza di una "*pratica commerciale scorretta*", infatti, le espressioni contenute in alcune specifiche clausole vanno valutate alla luce del complesso degli accordi negoziali esistenti e, ancor di più, della pratica attuazione degli stessi.

Sotto tale profilo appare di estremo rilievo il contenuto dei reclami, nei quali, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, appare chiara l'attività di promozione e consiglio svolta dai funzionari della ricorrente (cfr. allegati da 21 a 24 della produzione documentale versata in atti dalla stessa ricorrente, che menzionano un "*investimento fatto ... in seguito al consiglio di MPS Private*", un "*investimento ... tramite intermediario*", un funzionario che "*propose un investimento in **diamanti***", un investimento di cospicue somme effettuato "*dietro suggerimento e rassicurazioni ... da parte di vostri dipendenti*").

Si tratta di documenti di inequivoca valenza probatoria e intrinseca credibilità, tale da rendere recessivo il riferimento al basso numero degli stessi evidenziato dalla ricorrente.

In ogni caso, deve considerarsi come l'esiguo numero di segnalazioni pervenute non elide la configurabilità dell'illecito riscontrato, non occorrendo a tal fine l'individuazione di un concreto pregiudizio delle ragioni dei consumatori, in quanto è la stessa potenzialità lesiva, al fine di evitare anche solo in astratto condizionamenti e/o orientamenti decettivi, che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito di "*mero pericolo*", in quanto intrinsecamente idonea a configurare le conseguenze che il codice del consumo ha invece inteso scongiurare (cfr., ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 luglio 2009, n. 6446).

Quanto al riferito minor coinvolgimento di BMPS rispetto all'altra banca parte del provvedimento e alle banche destinatarie di un provvedimento coevo avente oggetto simile, l'argomentazione può, al più, essere idonea a disegnare un ambito di responsabilità della ricorrente di minore rilevanza rispetto a quello di altri istituti di credito, ma non è invece utile al fine di escludere l'addebitabilità (anche) a Monte dei Paschi della pratica sanzionata.

La responsabilità di BMPS per i fatti oggetto del provvedimento risulta poi puntualmente correlata anche al ritorno economico da questa conseguito a seguito dell'attività di promozione dei **diamanti** di investimento, nonché al, pure perseguito, effetto di fidelizzazione della clientela, che aveva la sensazione di avere a disposizione un più ampio servizio consulenziale in materia di investimenti (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 cfr, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1820).

In proposito appare utile ricordare come il Codice del consumo, all'art. 2, comma 2, lett. c), prevede il diritto dei consumatori ad essere correttamente informati, stabilendo espressamente che essi hanno diritto ad "*un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" ed ancora, alla lettera e), "*alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali*".

Inoltre, ancor più nel dettaglio, l'art. 5, comma 3, prevede che *“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”*.

Non vanno infine dimenticate le indicazioni di DPI, che ha dichiarato come la maggior parte dei contratti venisse conclusa tramite il canale bancario.

Conclusivamente sul punto, il Collegio ritiene di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale 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”* (cfr. T.a.r. Lazio, sez. I, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312, 7 aprile 2015, n. 5039; 5 gennaio 2015, n. 41; 25 marzo 2015, n. 4579).

Ne discende che, ai fini dell'imputabilità dell'illecito ai sensi del Codice del Consumo, 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 allorché il contributo abbia sostanziato una agevolazione dell'altrui condotta, traendone un diretto vantaggio economico, pur se il professionista non abbia direttamente interagito con il consumatore (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763).

Medesima reiezione si impone per il secondo motivo di doglianza, formulato in via subordinata, con il quale BMPS sostiene la non addebitabilità della pratica commerciale ad essa ricorrente per l'assenza di elemento psicologico.

In proposito appare opportuno, in via preliminare, ricordare come la disciplina di tutela consumeristica, nel presupporre l'attribuibilità psicologica del fatto al soggetto, non postula necessariamente la presenza del dolo (specifico o generico), sicché la configurabilità della fattispecie prescinde dalla sussistenza di un elemento volitivo costituito dal preordinato proposito di porre in essere una condotta antiggiuridica, dimostrandosi, per l'effetto, sufficiente la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, vale a dire di un difetto di diligenza rilevabile dal complessivo atteggiarsi del comportamento posto in essere dall'operatore commerciale; cosicché non è affatto richiesto che l'imprenditore abbia volontariamente posto in essere una condotta illecita, ma è sufficiente che, pur sussistendo le obiettive condizioni per scongiurarne il verificarsi, quest'ultimo abbia ommesso di modellare il proprio comportamento ai canoni dell'ordinaria diligenza (cfr. da ultimo, Tar Lazio Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61).

Per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, nelle sanzioni amministrative è necessaria e sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897; Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12081; 18 aprile 2012, n. 3503).

Nel caso in esame, come già rilevato nel provvedimento al fine di confutare identica tesi articolata nella fase procedimentale, la ricorrente stessa ha ammesso di non aver operato alcuna verifica sul contenuto dell'offerta, comportamento questo che sicuramente non risponde alla diligenza

professionale che ci si attende dalle banche laddove esse decidano di fornire ai propri clienti una consulenza in materia di investimenti.

Né vale invocare l'esistenza dei pareri di Consob e Banca d'Italia i quali, come pure evidenziato nel provvedimento con argomentazione logica e condivisibile, riguardavano la liceità dell'attività in astratto e non le concrete modalità con le quali veniva prospettata l'offerta.

Un affidamento legittimo e meritevole di tutela, poi, non poteva essere ingenerato dalla condotta di altre banche, ciascuna responsabile per sé del proprio operato, o dalle dichiarazioni di DPI, atteso che proprio queste costituivano l'oggetto del doveroso controllo che BMPS avrebbe dovuto compiere prima di recepire acriticamente tutto il materiale pubblicitario consegnato.

Va poi rilevata l'infondatezza del terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha censurato il provvedimento di rigetto degli impegni da essa presentati in corso di procedimento.

Deve infatti rilevarsi come il provvedimento, espressione di ampio potere discrezionale, è stato puntualmente motivato dall'Autorità con riferimento all'interesse a procedere all'accertamento dell'infrazione, di particolare scorrettezza e gravità (sull'ampiezza dei poteri esercitati dall'AGCM in materia di valutazione degli impegni, cfr., ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 13821, che ha rilevato come *“Anche in materia di pratiche commerciali scorrette, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato è chiamata a valutare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte ma anche la sussistenza di un rilevante interesse pubblico all'accertamento dell'eventuale infrazione e, quindi, prima ancora, la stessa opportunità di preferire una procedura negoziata a quella di infrazione, per cui l'interesse dell'Amministrazione ad irrogare un'ammenda, attesa la funzione deterrente e di monito per gli operatori rivestita da quest'ultima, giustifica di per sé il rigetto degli impegni, attese le finalità di interesse pubblico connesse all'accertamento dell'eventuale infrazione”*).

L'Autorità, inoltre, ha evidenziato come gli impegni proposti non si presentassero idonei a rimuovere tutti i profili di criticità rilevati, in quanto gli stessi, intervenendo solo su alcuni aspetti della pratica commerciale, non apparivano risolutivi delle criticità riscontrate.

Va infine respinto il quarto motivo di doglianza, con il quale la ricorrente ha contestato l'attività di quantificazione della sanzione.

In proposito deve osservarsi come, nella determinazione della sanzione, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato, in generale, la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'impresa stessa (cfr. paragrafo 240).

Con particolare riferimento alla gravità della violazione, il provvedimento ha evidenziato l'ampia diffusione della pratica, dipendente dalle modalità utilizzate per la comunicazione (internet, stampa, anche di tipo specializzato, percepita dal consumatore come di particolare affidabilità), sia dalla diffusione di materiale pubblicitario cartaceo presso le molteplici filiali delle banche di riferimento.

L'Autorità ha pure considerato l'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatori, la cui ricorrenza risulta puntualmente argomentata nella parte di provvedimento riguardante la ricorrenza della pratica, come visto non censurata dalla ricorrente.

Con particolare riferimento alla ricorrente poi, il provvedimento ha considerato le condizioni economiche del professionista, definite dal fatturato dello stesso, e la durata della pratica, che ha dispiegato i suoi effetti dal gennaio 2013 al febbraio 2017.

Diversamente da quanto prospettato in ricorso, pertanto, il fatto che la sanzione inflitta a Monte dei Paschi sia superiore a quella inflitta a DPI, non deriva dallo scorretto apprezzamento dei contributi causali dei due professionisti - peraltro in concreto assolutamente equivalenti, atteso che in assenza del canale bancario la diffusione della pratica sarebbe stata di gran lunga inferiore - ma dipende evidentemente dal fatturato delle stesse.

Né la somma irrogata importa una violazione del principio di ragionevolezza, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione va parametrata al fatturato realizzato dall'impresa e non al prodotto di volta in volta coinvolto nella condotta accertata (così, ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 giugno 2018, n. 7009 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085).

Tale argomentazione consente pure di respingere la censura di disparità di trattamento con riferimento a DPI, all'altra banca coinvolta nel procedimento e alle banche parti del procedimento coevo per fatti simili.

Deve infatti osservarsi come la sanzione che viene irrogata per le pratiche commerciali scorrette non ha funzione puramente reintegratoria dello *status quo ante*, e dunque una matematica corrispondenza con gli effetti pratici della condotta o il vantaggio economico conseguito dal professionista, essendo la stessa finalizzata a garantire un'effettiva efficacia deterrente, generale e speciale, alla luce di tutti i parametri sopra richiamati.

Peraltro per l'altra banca parte del medesimo procedimento, la diminuzione dell'importo irrogato alla luce dei parametri generali è dipesa da una condotta attiva espressamente menzionata nel provvedimento e consistita in un'attività volta a mitigare l'impatto della pratica sui consumatori e a proseguire il servizio ponendo in essere iniziative a vantaggio dei consumatori.

Da ultimo vanno respinte le argomentazioni, in ordine all'assenza di responsabilità e o di elemento psicologico, già esaminate nell'ambito del primo e del secondo motivo di ricorso.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmino Volpe

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 14/11/2018

N. 10968/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00330/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 330 del 2018, proposto da Intermarket Diamond Business S.p.A. (IDB) e IDB Intermediazioni S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Luciano Di Via, Raimondo D'Aquino Di Caramanico e Aristide Police, elettivamente domiciliate in Roma, via di Villa Sacchetti, 11, presso lo studio dell'avv. Aristide Police;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domiciliano in Roma, via dei Portoghesi, 12;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Laura Musola, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Medugno, presso il cui studio in Roma, via Panama, 58, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

della decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 30 ottobre 2017, con cui è stata irrogata alla IDB ed alla IDB Intermediazioni in solido una sanzione amministrativa pecuniaria pari a complessivi 2.000.000,00 € (rispettivamente 1.900.000,00 € e 100.000,00 €) per violazione degli artt. 20, 21, co. 1, lett. b), c), d) e f), 49, 50, 52, 54 e 66-bis, nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusa la nota di comunicazione della

conclusione della fase istruttoria e di rigetto degli impegni proposti, entrambi con prot. PS/10677 del 4 luglio 2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento indicato in epigrafe l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che due pratiche commerciali poste in essere dalla Intermarket Diamond Business S.p.A. (IDB) e da IDB Intermediazione s.r.l. - e consistite 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 – costituissero 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, ne ha vietato l'ulteriore diffusione e ha irrogato loro, in solido, la sanzione amministrativa pecuniaria di 2.000.000,00 euro.

In particolare la prima pratica (violazione o pratica sub A) è stata ravvisata nella rappresentazione in modo ingannevole ed omissivo, dei seguenti aspetti: a) il prezzo di vendita dei **diamanti**, fissato in maniera autonoma dal professionista e tale da comprendere costi e margini di importo complessivamente superiore al valore della pietra, ma presentato come quotazione di mercato, l'andamento dei quali veniva pubblicato, a pagamento, su giornali economici, b) l'aspettativa di apprezzamento del valore futuro dei **diamanti**, attraverso grafici costruiti sull'andamento dei propri prezzi di vendita presentati come "quotazioni" e messe a confronto con indici ufficiali e quotazioni di titoli stabilite in mercati regolamentati, c) la facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l'unico canale di rivendita attraverso il quale avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati è rappresentato dagli stessi professionisti, d) la qualifica di leader di mercato, impiegata senza ulteriori precisazioni al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta.

La seconda pratica (violazione o pratica sub B) è stata ravvisata nella predisposizione di clausole contrattuali che descrivevano in maniera generica i termini per il diritto di recesso, senza mettere a disposizione del consumatore un modulo e limitando le modalità di esercizio, e in quelle che individuavano il foro competente per incardinare eventuali controversie.

Con il medesimo provvedimento, e solo con riferimento alla pratica sub A), sono stati sanzionati due istituti bancari che costituivano i principali canali di vendita dei **diamanti** di IDB.

Il procedimento, unitamente ad un altro riguardante un secondo professionista operante nel medesimo settore e le banche di riferimento di questo, aveva avuto inizio nel gennaio 2017 a seguito di una segnalazione dell'Associazione Altroconsumo e di una trasmissione di approfondimento, Report, andata in onda nell'autunno 2016.

Le ricorrenti, rispettivamente società che cura la commercializzazione e società che, su mandato dei clienti, provvede alla ricollocazione sul mercato dei **diamanti** che essi vogliono rivendere, articolano i seguenti motivi di ricorso:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 12 e 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e degli artt. 27, comma 11, del codice del consumo e degli artt. 6 e 16 del relativo Regolamento per difetto di istruttoria e mancato ed incompleto esercizio dei poteri di indagine finalizzati alla corretta individuazione e ricostruzione dei soggetti operanti nel mercato di riferimento. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241 per difetto di attività istruttoria e motivazione parziale ed erronea adottata a seguito di un'attività istruttoria incompleta. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21 comma 1, lettere b), c), d) ed f), nonché 49, 50, 52, 54 e 66-bis del codice del consumo per erronea individuazione della fattispecie rilevante ed omessa considerazione di circostanze fattuali idonee ad escludere l'applicazione delle stesse disposizioni. - Erronea individuazione ed istruttoria in tema di delimitazione e comprensione dell'effettivo mercato di riferimento e relativi soggetti coinvolti.

Erroneamente l'Autorità avrebbe ritenuto la ricorrenza di una pratica commerciale scorretta affermando che le società avrebbero fornito “*una rappresentazione parziale, ingannevole e fuorviante*” in ordine alle caratteristiche dell'investimento proposto.

Le ricorrenti sostengono che, diversamente da quanto ritenuto nel provvedimento gravato: a) corrisponderebbe al vero che i **diamanti**, come affermato da IDB nel materiale pubblicitario, costituiscono dei “*beni rifugio*”, atteso che la momentanea difficoltà di ricollocazione degli stessi è stata determinata dalla particolare mobilità del mercato che ha fatto seguito alla trasmissione Report; b) la parola “*quotazione*” non avrebbe un significato univoco e la pubblicazione dei prezzi a cura di IDB, in un mercato comunque privo di *fixing*, avrebbe avuto, dichiaratamente, valore pubblicitario; c) i prezzi proposti dalle ricorrenti sarebbero in linea con quelli Index e Rapaport – maggiorati dei servizi aggiuntivi forniti dai professionisti - e con gli stessi prezzi indicati da Consob nel corso dell'istruttoria, ove depurati da dati relativi a prodotti diversi, d) la società ha effettivamente una posizione di particolare importanza nel mercato di riferimento.

L'Autorità avrebbe del pari errato nel ritenere l'esistenza di una pratica commerciale scorretta con riferimento alla determinazione delle condizioni di recesso e del foro competente in caso di controversie e non avrebbe compreso la peculiare condizione della IDB Intermediazioni, dalla quale discenderebbe l'estraneità della stessa alla pratica sanzionata.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 della l. 24 novembre 1981, n. 689 in tema di determinazione dell'importo delle sanzioni amministrative. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 270, in ragione del mancato esercizio del potere di riduzione della sanzione accordata all'AGCM a causa della mancata valutazione della qualificata collaborazione prestata dalle ricorrenti, della disposta sospensione delle attività commerciali nonché della proposizione di assunzione di impegni. – Eccesso di potere per difetto di proporzionalità, travisamento dei fatti, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.

L'Autorità avrebbe errato nel quantificare la sanzione.

In particolare risulterebbe motivata in maniera insufficiente la gravità dei fatti, mentre sarebbe stato mal apprezzato il rilevante pregiudizio economico subito dai consumatori, in verità estremamente circoscritto nel tempo e comunque dipendente dall'allarme creato dalla trasmissione televisiva.

Infine, non sarebbe stata tenuta nel debito conto la condotta delle ricorrenti che, ancor prima dell'inizio del procedimento, hanno posto in essere autonome modifiche nella predisposizione del materiale pubblicitario e, nel corso dell'istruttoria, hanno presentato impegni idonei a rimuovere tutti i profili di illiceità rilevati.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del gravame.

La signora Laura Musola, acquirente di alcuni **diamanti**, è intervenuta ad opponendum.

Alla camera di consiglio del 31 gennaio 2018, il Collegio ha fissato l'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

All'udienza del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Come visto nell'esposizione in fatto, con la delibera gravata l'Autorità ha ritenuto la ricorrenza di due distinte pratiche commerciali scorrette, entrambe realizzate nel campo della vendita dei **diamanti** di investimento, imputabili a IDB e IDB Intermediazioni, nonché, quanto alla prima pratica ravvisata, alle due banche attraverso le quali avvenivano la maggior parte delle vendite.

Il provvedimento sanzionatorio, premessa un'introduzione sulla particolare tipologia dei "**diamanti di investimento**", sui canali di offerta in Italia e sulla disciplina normativa della vendita degli stessi, esamina il materiale pubblicitario diffuso da IDB, direttamente o a mezzo delle banche convenzionate.

La delibera rileva, quindi, con riferimento alle diverse tipologie di materiale, come gli aspetti sui quali viene focalizzata l'attenzione del consumatore attengano alla descrizione dei **diamanti** offerti in vendita da IDB, operatore leader nel settore, come prodotti di particolare pregio e alla rappresentazione dei **diamanti** come "*bene rifugio*", qualità derivante dalle quotazioni in costante crescita, dalla circolazione libera nel mercato globale e dalla facile liquidità dell'investimento.

Il provvedimento rileva poi come la società si impegnasse a pubblicare trimestralmente su giornali economici delle "*quotazioni*", a garanzia della certezza e monitorabilità dell'investimento e a sostegno della politica di trasparenza adottata.

Di tali quotazioni viene riportato sia un grafico tratto dal quotidiano Il Sole 24 ore (che reca il logo della società, ma non l'indicazione del fatto che si tratti di un'inserzione pubblicitaria), sia altro grafico, contenuto nel materiale pubblicitario diffuso presso le banche, in cui le dette "*quotazioni*", in costante crescita dal 1992, vengono comparate con l'andamento dell'inflazione e con un altro indice di borsa.

Quanto invece al disinvestimento, il provvedimento osserva come, al fine di completare il quadro di convenienza dell'offerta, lo stesso venga prospettato come realizzabile in tempi brevi, che non

superano i 45 giorni, ad un costo decrescente dal 16% al 7%, a seconda del tempo trascorso dall'acquisto della pietra, alle quotazioni pubblicate a cura della società su Il Sole 24 ore e, in seguito, su Milano Finanza.

Passando all'esame delle risultanze istruttorie (uno studio Consob del 2017, due studi redatti dai consulenti economici delle società ricorrenti e le dichiarazioni di queste), il provvedimento evidenzia come le citate "quotazioni" non siano il risultato di un'attività di rilevazione di mercato da parte del professionista, ma siano il frutto di autonome scelte commerciali di IDB, che somma al valore di acquisto delle pietre sia dei veri e propri costi sia il proprio margine di guadagno, tali da determinare un valore in media significativamente più elevato di quello risultante dagli indici, ancorché non ufficiali, relativi a transazioni effettivamente realizzate nel mercato dei **diamanti** o, comunque, sulla base di questi elaborati.

Ne discende che la pubblicazione delle quotazioni, sebbene prospettata come un servizio offerto dal venditore, costituisce, in realtà, una pubblicazione a pagamento dei suoi listini prezzo.

La delibera evidenzia ancora come l'assenza di una previa attività di rilevazione e la determinazione autonoma del prezzo rendano ragione dell'andamento costantemente crescente dei prezzi e come lo stesso disinvestimento in attivo sia subordinato ad una serie di circostanze assolutamente particolari (rivendita attraverso IDB, in condizioni di basse percentuali di disinvestimento), di incerta realizzazione.

Dopo aver esaminato i reclami dei consumatori e le argomentazioni delle parti, il provvedimento, nei paragrafi da 178 a 235, espone poi le ragioni della valutazione di scorrettezza delle due pratiche commerciali e procede, infine, alla quantificazione della sanzione, posta in solido a carico delle ricorrenti e determinata in € 1.900.000,00 per la pratica sub A) ed € 100.000,00 per la pratica sub B).

Con il primo motivo di doglianza le ricorrenti contestano, con riferimento ai singoli profili esaminati dall'Autorità, la ricorrenza di obiettivi aspetti di ingannevolezza e omissività.

La prospettazione non può essere condivisa.

Con riferimento alla pratica sub A) appare opportuno, in via preliminare, rilevare come non sia controversa la circostanza che i prezzi di vendita dei **diamanti** di investimento venivano fissati da IDB in maniera autonoma e che gli stessi, comprensivi del valore della pietra, dei servizi aggiuntivi e del margine di guadagno del professionista, non fornivano indicazione in ordine all'incidenza delle singole voci di costo.

Del pari incontrovertibile è il dato per cui tali circostanze non venivano rappresentate in maniera sufficientemente chiara al momento della diffusione del materiale pubblicitario.

Ne risulta che il provvedimento, il cui apparato probatorio è stato sopra descritto e il cui corredo motivazionale appare estremamente diffuso e logicamente argomentato, risulta espressione del corretto esercizio della potestà sanzionatoria di cui l'Autorità è investita.

Passando ad esaminare analiticamente le argomentazioni di parte ricorrente in relazione alla carenza dell'istruttoria sulla base della quale l'AGCM avrebbe valutato la ricorrenza della pratica commerciale scorretta, deve, in primo luogo, rilevarsi come non corrisponda al vero quanto affermato dalla parte ricorrente in relazione al fatto che il provvedimento non avrebbe considerato

che nel settore dei **diamanti** di investimento non esistono fixing e che l'equilibrio di settore è stato turbato da Report.

La prima affermazione è, infatti, smentita dalla semplice lettura del provvedimento, ove, al paragrafo 28, si legge che “*nel mercato mondiale dei **diamanti** non vi sono quotazioni (fixing) ufficiali*”, descrivendosi poi, ai paragrafi successivi, i criteri di redazioni degli indici più diffusi.

Sul punto occorre poi rilevare come il fatto che non esistano quotazioni ufficiali non può impedire di fare una stima approssimativa di valore dei **diamanti** di investimento, esame che, nel caso di specie, sulla base di una istruttoria ricca e dettagliata, ha dimostrato come il valore di mercato dei **diamanti** venduti da IDB era di gran lunga inferiore al prezzo proposto per l'acquisto dei medesimi, senza che fosse chiara al potenziale acquirente l'incidenza delle varie componenti di prezzo sul costo finale, in ciò risultando integrato un ulteriore profilo di opacità (cfr. quanto al confronto con i valori ricavabili da altri indici, i paragrafi da 67 a 71 e 190 e seguenti).

L'equilibrio di mercato, poi, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, non è stato turbato dalla trasmissione Report che, avendo portato all'attenzione dei consumatori alcuni profili di criticità dell'offerta di IDB, ha piuttosto creato un'occasione per verificare in concreto come il pubblicizzato andamento crescente dei valori fosse stato, a sua volta, rappresentato in maniera omissiva e ingannevole, in quanto legato alla permanenza di condizioni (quali la rivendita attraverso i canali IDB e lo scarso indice di disinvestimento), la ricorrenza delle quali era meramente eventuale e non resa nota al consumatore.

In tale quadro, la sospensione integrale delle operazioni disposta dalle ricorrenti (la cui idoneità ad incidere sugli effetti di una pratica commerciale messa in atto per un lungo arco di tempo non appare chiaramente indicata nella censura), sembra piuttosto integrare una misura di tutela delle posizioni delle società che non dei loro potenziali clienti.

Diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti, poi, l'Autorità, nell'adottare il provvedimento in materia di pubblicità ingannevole, non era affatto tenuta a tutelare la concorrenza nel mercato dei **diamanti** di investimento, asseritamente posta in pericolo secondo la prospettazione di parte.

E infatti, il provvedimento gravato è stato adottato per sanzionare una pratica commerciale scorretta, i presupposti per l'adozione del quale consistono (esclusivamente) nella individuazione della condotta del professionista e nella dimostrata ascrivibilità della stessa alle ipotesi di cui agli artt. 20 e seguenti del codice del consumo, a nulla rilevando il fatto che la sanzione che colpisce la condotta deviante possa avere effetti indiretti nella concorrenza in un certo mercato.

Vanno del pari disattese le argomentazioni con le quali le ricorrenti hanno contestato le conclusioni raggiunte dall'Autorità in ordine agli effetti decettivi delle cosiddette “*quotazioni*”.

Il provvedimento, infatti, ha efficacemente evidenziato, con diffuso richiamo alla documentazione raccolta e alle dichiarazioni dei professionisti parti del procedimento, come l'enfaticata pubblicazione trimestrale delle quotazioni, che rappresentavano, come visto, 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.

La valenza polisemantica del termine, infatti, non elide il dato per cui il significato di immediata percezione è quello di “*rilevazione del prezzo corrente di un bene*”, così che correttamente il provvedimento ha rilevato l'idoneità dell'espressione “*ad indurre in fraintendimento i consumatori*”

in ordine alla natura e oggettività di tali valori che ragionevolmente erano interpretabili come espressione dell'andamento dei prezzi".

Del pari ingannevole e tale da contribuire a rappresentare al destinatario del messaggio pubblicitario un quadro fattuale diverso dalla situazione reale, era la circostanza che le dette quotazioni venivano pubblicate sul quotidiano Il Sole 24 ore, atteso che la natura pubblicitaria della pubblicazione, non espressamente menzionata, non era riconoscibile ad un esame mediamente accorto.

L'utilizzo dell'espressione "a curadi IDB", poi, diversamente da quanto sostenuto in gravame, non appare affatto sufficiente a mettere il possibile acquirente in condizione di comprendere che la determinazione era stabilita in autonomia dalla società sulla base di valutazioni commerciali di convenienza, suggerendo piuttosto, in considerazione del contesto di formulazione e della oggettiva idoneità dell'espressione ad individuare un'attività di rilevazione e di ricerca, che la società procedesse ad una previa ricerca, ad alto tasso di oggettività, pur in un mercato privo di fixing.

E' poi decisivo che una serie di informazioni relative al profilo dei prezzi risultavano accessibili solo in un momento successivo alla primo impatto con il messaggio pubblicitario.

Del pari condivisibile ed argomentata in maniera logica appare la motivazione del provvedimento impugnato nella parte in cui ravvisa una falsa rappresentazione dell'andamento del mercato e dell'aspettativa dei **diamanti**.

La falsa rappresentazione, tale da disegnare un andamento dei prezzi in costante crescita, era infatti logicamente dipendente dalla modalità di individuazione dei prezzi, determinati, come visto, in piena autonomia dal professionista, che in tal modo non aveva necessità di rappresentare le oscillazioni di prezzo, che invece venivano oggettivamente registrate dai diversi indici basati sulle rilevazioni di contrattazioni.

Tale dato rende dunque irrilevante un certo (invero molto approssimativo) parallelismo con gli indici ufficiali, peraltro apprezzabile solo con riferimento alla tendenza e non ai singoli prezzi.

Né la pretesa carenza istruttoria può dipendere dal fatto che quelli presi in considerazione dall'Autorità per effettuare una comparazione sui prezzi fossero a loro volta indici privati, atteso che gli stessi, diversamente da quanto avveniva per le "quotazioni" IDB, erano comunque fondati su dati reali, corrispondenti a transazioni effettivamente realizzate.

Medesima condivisione merita la tesi dell'Autorità laddove ha rilevato profili di ingannevolezza nel materiale pubblicitario relativo al ricollocamento dei **diamanti** e alla facilità di disinvestimento, pure contestata dalle ricorrenti.

Rivendibilità e redditività, ancorché in periodo considerevolmente lungo, erano infatti, come correttamente evidenziato nel provvedimento, subordinate alla permanenza di condizioni del tutto particolari, costituite dalla scelta di ricollocare i **diamanti** utilizzando il medesimo canale di acquisto e dalla 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.

Neppure possono essere condivise le argomentazioni con le quali le ricorrenti affermano l'assenza di profili di ingannevolezza nell'affermazione di IDB di essere leader del settore, tanto più che tale circostanza sarebbe riconosciuta dallo stesso provvedimento.

Deve, in proposito, considerarsi come il provvedimento abbia inteso sanzionare, da un lato, il fatto che l'affermazione fosse generica e non contestualizzata (è infatti priva di riferimenti geografici, temporali e così via), dall'altro il fatto che la stessa fosse astrattamente finalizzata, e in concreto idonea, a contribuire a creare nel consumatore una sensazione di particolare affidabilità del professionista.

Né ricorre alcuna contraddittorietà di tale valutazione in punto di decettività con l'affermazione, funzionale alla diversa e distinta finalità di individuare la capacità di penetrazione della pratica, dell'essere le ricorrenti tra i principali operatori del settore.

L'istruttoria che ha preceduto l'emanazione del provvedimento, poi, non può dirsi viziata perché l'Autorità non ha considerato il fatto che la vendita dei due operatori specializzati (IDB e DPI, destinatarie dei due provvedimenti coevi emessi dall'Autorità) copre solo l'11% del mercato dei **diamanti**, atteso che in più punti le ricorrenti stesse hanno evidenziato come quello di riferimento sia un mercato altamente parcellizzato.

La riferita esistenza di altri operatori che operano nel medesimo settore poi è assolutamente ininfluenza, legittimando la stessa, nel solo, e peraltro qui non dimostrato, caso di identità di condotte, l'adozione di un futuro e autonomo intervento sanzionatorio dell'Autorità, ma non determinando in alcun modo l'illegittimità dell'accertamento posto in essere nei confronti delle ricorrenti.

Né, ad elidere i profili di ingannevolezza ravvisati, vale il richiamo alla natura dei soggetti destinatari della pratica, i quali, appartenendo alla categoria dei clienti *affluent* (con patrimoni di dimensioni tra i 100.000,00 e i 500.000,00 euro) avrebbero avuto competenze tali da prendere compiuta conoscenza dell'offerta IDB attraverso la lettura delle quotazioni pubblicate su Il Sole 24 ore, di approfondire i temi trattati nelle FAQ e di assumere informazioni ulteriori e di vagliarle.

Anche sul punto appare condivisibile la ricostruzione dell'Autorità secondo cui la particolare affidabilità delle banche intermediarie e l'autoreferenzialità della parte ricorrente contribuivano a creare una particolare sensazione di affidabilità nel potenziale acquirente.

In proposito, deve pure rilevarsi come, proprio perché le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole non hanno la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate agli interessi del consumatore, ma si collocano su di un più avanzato fronte di prevenzione, essendo le stesse tese ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici, la giurisprudenza ha escluso "*la necessità sia che rispetto ad un dato comunicato venga accertata la condizione soggettiva media di intelligenza del consumatore, sia che risulti un pregiudizio economico derivante dalla pubblicità ingannevole*" (così T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 29 novembre 2014, n. 11995, nel senso che la tutela apprestata dalle norme sulla pubblicità ingannevole non si commisura alla posizione degli acquirenti dotati di specifica competenza, avvedutezza e di particolari cognizioni merceologiche, ma a quella degli acquirenti di media accortezza o alla generalità dei consumatori, cfr. pure T.A.R. Lazio, Roma, 3 luglio 2012, n. 6026).

Risulta poi genericamente argomentata l'affermazione secondo cui l'Autorità avrebbe erroneamente individuato, quale possibile canale di rivendita, la sola vendita all'incanto, essendo comunque rimasta indimostrata la possibilità di rivendere i **diamanti** IDB ai prezzi da questa promessi, ma fuori dai suoi circuiti di circolazione.

Può dunque passarsi all'esame delle argomentazioni con le quali le ricorrenti hanno contestato la ritenuta sanzionabilità della pratica su B).

In primo luogo e con riferimento ad entrambi i profili di criticità ritenuti sussistenti dall'AGCM, ritiene il Collegio di condividere l'affermazione del provvedimento secondo cui la disciplina applicabile è quella prevista per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

Non è dubitabile, infatti, il dato per cui i contratti venivano sottoscritti, in massima parte, presso le banche, i cui locali non sono della parte ricorrente, potendo la stessa soltanto utilizzarli, ove richiesta, sulla base di una previsione convenzionale.

L'affermazione di parte secondo cui le previsioni contrattuali relative all'esercizio del diritto di recesso non integravano violazione del codice del consumo è poi smentita dal semplice raffronto tra la modulistica contrattuale, che individua le modalità di esercizio del diritto di recesso nell'invio di una lettera raccomandata ovvero nell'invio di un fax o una mail, seguito, nelle 48 ore, da una lettera raccomandata di conferma, e le disposizioni del codice del consumo che attribuiscono ai consumatori il diritto di recedere senza fornire motivazioni, a mezzo di una dichiarazione che espliciti la volontà di recedere.

Del pari corretta appare la qualifica della previsione in materia di foro competente come "*ambigua ed imprecisa e come tale suscettibile di distorta interpretazione da parte del consumatore*", contestata dalle ricorrenti per non avere l'Autorità chiarito in cosa sarebbe consistita la possibile "*distorta interpretazione*" alla quale la clausola si sarebbe prestata.

La disposizione contrattuale a cui si riferisce il provvedimento, inserita nelle condizioni contrattuali applicate per acquisti posti in essere da persone fisiche è, infatti, la seguente: "*qualora il proponente non sia soggetto consumatore ai sensi dell'art. 1469 bis c.c., per ogni controversia che potesse sorgere tra questi e IDB in dipendenza dei rapporti (...) fra gli stessi in essere, il foro competente è esclusivamente quello in cui ha la sede legale IDB. E' lasciata tuttavia alla sola IDB la facoltà di adire l'autorità giudiziaria del luogo ove trovasi la residenza o il domicilio del cliente*".

Dalla semplice lettura della stessa, emerge come il contenuto della norma di legge applicabile (art. 66 bis del codice del consumo, secondo cui per le controversie civili inerenti all'applicazione delle Sezioni da I a IV del capo del d.lgs. 206/2005, la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato) non viene affatto menzionata, diffondendosi per contro la previsione contrattuale nella descrizione di un'ipotesi derogatoria di difficile applicabilità, dato assolutamente sufficiente a giustificare il giudizio di equivocità della clausola e di idoneità della stessa a confondere il destinatario.

Con un ultimo ordine di argomentazioni, le ricorrenti sostengono l'erroneità del provvedimento nella parte in cui ha incluso tra i destinatari dell'effetto sanzionatorio la IDB Intermediazioni, che si è limitata a svolgere la propria attività di collaborazione al disinvestimento sulla base di singoli mandati, sempre andati a buon fine prima della trasmissione report.

La IDB Intermediazioni, inoltre, sarebbe priva di un sito internet e non avrebbe prodotto autonomo materiale pubblicitario, così che il suo assoggettamento a sanzione deriverebbe solo dal fatto di essere una controllata della IDB

La doglianza va respinta.

Vanno in proposito condivise le argomentazioni spese dall'Autorità nel paragrafo 178, nel quale è stato evidenziato come la IDB Intermediazioni venisse citata in tutto il materiale promozionale informativo e nella modulistica contrattuale come soggetto che avrebbe provveduto alla

ricollocazione, ciò che costituiva un aspetto di fondamentale rilevanza nel delineare la complessiva appetibilità dell'investimento, atteso che ne garantiva una disinvestibilità sicura e veloce.

La IDB Intermediazioni era poi citata negli accordi di collaborazione con le banche e, nel risultare destinataria dei mandati a vendere dei consumatori, assumeva un ruolo attivo e autonomo nella condotta complessivamente sanzionata.

Va infine respinto il secondo motivo di doglianza, con il quale le ricorrenti hanno contestato l'attività di quantificazione della sanzione.

In proposito deve osservarsi come, nella determinazione della sanzione, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'impresa stessa.

La gravità della violazione, in particolare, è stata correlata alle dimensioni dei professionisti e all'ampia diffusione della pratica, dipendente sia dalle modalità utilizzate per la comunicazione (internet, stampa, anche di tipo specializzato, percepita dal consumatore come di particolare affidabilità), sia dalla distribuzione di materiale pubblicitario cartaceo presso le molteplici filiali delle banche di riferimento.

L'Autorità ha pure considerato l'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatori ampiamente dimostrata, alla luce di quanto sopra esposto, nel testo del provvedimento.

Quanto al pregiudizio economico subito dai consumatori, poi, lo stesso non può essere calcolato, come preteso dalla parte ricorrente, con riferimento agli acquirenti che siano riusciti a rivendere, tramite i canali IDB, in momenti di scarso indice di disinvestimento, avendolo l'Autorità correlato alla divergenza, obiettivamente e motivatamente dimostrata, tra prezzo di acquisto e valore di mercato dei preziosi, costantemente presente per tutta la durata della pratica.

Né vi era, in considerazione del fatto che si è in presenza di una fattispecie di pericolo, la necessità di quantificare il pregiudizio economico subito dai consumatori.

Deve infatti osservarsi come la sanzione che viene irrogata per le pratiche commerciali scorrette non ha una funzione puramente reintegratoria dello *status quo ante*, e dunque una matematica corrispondenza con il vantaggio economico conseguito dal professionista, essendo la stessa finalizzata a garantire un'effettiva efficacia deterrente, generale e speciale, alla luce di tutti i parametri sopra richiamati.

Quanto al preteso scorretto apprezzamento della condotta tenuta dalle ricorrenti, deve, infine, considerarsi il fatto che l'Autorità, che aveva determinato l'originaria sanzione in € 2.000.000,00 anche in ragione delle condizioni economiche delle ricorrenti, ha poi operato una riduzione di 100.000,00 euro in considerazione del fatto che tra il dicembre 2016 e il gennaio 2017 (periodo di tempo oggettivamente poco rilevante in ragione della complessiva durata della pratica) la società IDB ha modificato la propria comunicazione promozionale, improntandola a maggiore chiarezza.

A nulla vale, per contro, il riferimento agli impegni, non accettati dall'Autorità, o alla sospensione volontaria dell'attività commerciale.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 14/11/2018

N. 10967/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00213/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 213 del 2018, proposto da Banco Bpm S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli e Duccio Maria Traina, elettivamente domiciliata in Roma, viale Maresciallo Pilsudski n. 118, presso lo studio dell'avv. Giuseppe Morbidelli;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Altroconsumo - Associazione di consumatori, Movimento difesa del cittadino, non costituiti in giudizio;

Codacons, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Rienzi e Gino Giuliano, elettivamente domiciliato in Roma, viale Giuseppe Mazzini n. 73, presso lo studio dell'avv. Carlo Rienzi;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Laura Musola, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Medugno, presso il cui studio in Roma, via Panama, 58, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

della decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 30 ottobre 2017, con cui è stata accertata la pretesa violazione, da parte del Banco BPM, degli artt. 20 e 21, co. 1, lett. b), c), d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lett. t), del Codice del Consumo, ne è stata vietata l'ulteriore continuazione ed è stata irrogata al medesimo Banco BPM una sanzione amministrativa pecuniaria pari a complessivi 3.350.000,00 €, nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusa la nota di comunicazione della conclusione della fase istruttoria e la delibera AGCM 1.4.2015, n. 25411.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e di Codacons;

Visto l'atto di intervento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento indicato in epigrafe l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che una pratica commerciale posta in essere da Intermarket Diamond Business S.p.A., IDB Intermediazioni S.r.l., Banco BPM S.p.A. e altro istituto di credito - e consistita nella prospettazione omissiva e ingannevole ai consumatori di alcune caratteristiche dell'investimento in **diamanti** – costituisse una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b), c) d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lettera t), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ne ha vietato l'ulteriore diffusione e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 3.350.000 euro.

Con il medesimo provvedimento l'Autorità ha ritenuto la ricorrenza di altra pratica commerciale scorretta, imputabile alle sole IDB e IDB Intermediazioni.

La pratica per la quale la ricorrente è stata sanzionata è stata ravvisata dall'Autorità nella diffusione di materiale promozionale, predisposto da IDB e reso disponibile anche attraverso il canale bancario cui si rivolgeva il consumatore interessato all'acquisto, in cui si rappresentavano in modo ingannevole ed omissivo: a) il prezzo di vendita dei **diamanti**, fissato in maniera autonoma dal professionista e tale da comprendere costi e margini di importo complessivamente superiore al valore della pietra, ma presentato come quotazione di mercato, l'andamento dei quali veniva pubblicato, a pagamento, su giornali economici, b) l'aspettativa di apprezzamento del valore futuro dei **diamanti**, attraverso grafici costruiti sull'andamento dei propri prezzi di vendita presentati come "quotazioni" e messe a confronto con indici ufficiali e quotazioni di titoli stabilite in mercati

regolamentati, c) la facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l'unico canale di rivendita attraverso il quale avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati è rappresentato dagli stessi professionisti, d) la qualifica di leader di mercato, impiegata senza ulteriori precisazioni al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

I – Violazione dell'art. 6 della CEDU, in relazione alla Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411 *“Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazione e clausole vessatorie”* (pubblicato in G.U. del 23 aprile 2015, n. 94); Violazione del principio di imparzialità e della par condicio procedimentale; Violazione del giusto procedimento amministrativo sanzionatorio.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato all'esito di un procedimento che, in contrasto ai principi di cui all'art. 6 CEDU, non garantisce la separazione tra organo inquirente e organo decidente, con conseguente violazione del diritto di difesa dell'incolpato e del principio del giusto procedimento sanzionatorio, applicabili anche agli illeciti anticoncorrenziali, di chiara natura penale.

II - Violazione dell'art. 27, comma 1 bis, del Codice del Consumo

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, avendo omesso di acquisire il parere della Banca d'Italia, avrebbe violato la prescrizione del codice del consumo secondo cui, nei settori regolati, va acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente.

L'acquisizione, diversamente da quanto si legge al § 38 del provvedimento impugnato, non avrebbe potuto essere omessa in considerazione del fatto che la Banca d'Italia ha definito l'attività di **diamanti** come *“connessa a quella bancaria”*, atteso che l'attività di vigilanza della banca non è strettamente limitata all'attività bancaria propriamente detta, estendendosi all'intera attività svolta nel settore regolato.

III - Violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 19, 20, 21, comma 1, lettera b), c), d) e f), 22, 23, comma 1, lett. t), del codice consumo. Eccesso di potere per sviamento, illogicità manifesta, erronea individuazione dei *“professionisti”* cui sono imputabili le pratiche commerciali scorrette contestate.

Il provvedimento impugnato avrebbe erroneamente ritenuto l'imputabilità al Banco BPM delle pratiche commerciali poste in essere da IDB e IDB Intermediazioni, essendosi il Banco limitato, in virtù del rapporto contrattuale in essere, a fare da segnalatore dei clienti interessati, ciò che non potrebbe integrare una forma di concorrenza nella promozione del medesimo prodotto.

Neppure sarebbe configurabile una responsabilità, assimilabile alla c.d. responsabilità editoriale, intesa come obbligo di controllare i contenuti del prodotto offerto e la correttezza del messaggio pubblicitario diffuso, atteso che il Banco è rimasto estraneo all'ideazione e alla predisposizione delle pratiche ed è del pari rimasto estraneo al rapporto contrattuale tra IDB e il cliente.

L'Autorità avrebbe dunque confuso l'attività di mera segnalazione con una vera e propria attività promozionale.

L'estraneità del Banco alle pratiche commerciali contestate si ricaverebbe chiaramente dal contenuto dell'accordo di collaborazione stipulato con IDB e dal modulo d'acquisto (o modulo

d'ordine) predisposto da IDB, dalla normativa interna del Banco BPM che regolava il comportamento dei funzionari a contatto con la clientela, la quale espressamente vietava qualsiasi attività promozionale diretta da parte delle banche del gruppo nell'attività di vendita dei **diamanti** di investimento e, infine, dal contenuto della brochure informativa redatta da IDB.

Contro tali dati testuali non varrebbero le dichiarazioni, di segno opposto, dei consumatori, mossi dalla convenienza di far valere una responsabilità degli istituti bancari, né le dichiarazione della stessa IDB, secondo cui gli istituti bancari avrebbero costituito il principale canale di vendita dei **diamanti**, atteso che tale dato non implicherebbe una partecipazione alla pratica commerciale.

Le dichiarazioni dei clienti, poi, sarebbero state assunte in assenza di contraddittorio con l'istituto bancario.

L'intrinseca inverosimiglianza della tesi secondo cui il Banco avrebbe posto in essere un'attività di vendita, infine, emergerebbe dal fatto che lo stesso aveva un interesse opposto a quello della collocazione dei **diamanti**, che gli sottraeva, in realtà, clienti e capitali.

Né l'interesse potrebbe essere desunto dall'esistenza di un vantaggio economico, atteso che non di corrispettivo si tratterebbe, ma di indennizzo.

Da ultimo la ricorrente evidenzia che i contratti venivano firmati tra il cliente e IDB e che la banca non si obbligava a fornire servizi accessori.

IV - Violazione e falsa applicazione degli artt. 12 e 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, dell'art. 27, comma 11, del codice del consumo e degli artt. 6 e 16 del relativo Regolamento per difetto di istruttoria e mancato ed incompleto esercizio dei poteri di indagine finalizzati alla corretta individuazione e ricostruzione dei soggetti operanti nel mercato di riferimento e delle pratiche scorrette. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241 per difetto di attività istruttoria e motivazione parziale ed erronea adottata a seguito di un'attività istruttoria incompleta. Violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 19, 20, 21, comma 1, lett. b), c), d), e f), 22 e 23 del codice del consumo per erronea individuazione della fattispecie rilevante ed omessa considerazione di circostanze fattuali idonee ad escludere l'applicazione delle stesse disposizioni. Erronea individuazione ed istruttoria in tema di delimitazione e comprensione dell'effettivo mercato di riferimento e relativi soggetti coinvolti.

Le pratiche commerciali poste in essere da IDB, e imputate al Banco a titolo di "corresponsabilità", sarebbero prive dei ritenuti profili di scorrettezza, la cui ricorrenza sarebbe stata affermata sulla base di un'attività istruttoria parziale ed erronea, le cui risultanze sarebbero state esposte a mezzo di una motivazione insufficiente.

5 Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 della l. 24 novembre 1981 n. 689 in tema di determinazione dell'importo delle sanzioni amministrative. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 9, del codice del consumo. Eccesso di potere per difetto di proporzionalità, travisamento dei fatti, disparità di trattamento e ingiustizia manifesta.

L'Autorità avrebbe errato nella determinazione della sanzione, irragionevole, non proporzionale e manifestamente ingiusta, di molto superiore a quella inflitta a IDB e IDB Intermediazioni.

Oltre che l'esistenza stessa dell'addebitabilità alla ricorrente di profili di responsabilità o, quantomeno la marginalità della stessa, sarebbero state mal apprezzate la gravità e la durata della condotta, essendosi l'Autorità limitata a parametrare la sanzione alla dimensione del professionista.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il Codacons, costituiti in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

La signora Laura Musola è intervenuta ad opponendum.

All'udienza del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento gravato in ragione dell'assenza di distinzione, nell'ambito del procedimento antitrust, tra funzioni istruttorie e decisorie.

La doglianza va respinta.

In proposito è sufficiente richiamare quanto già affermato dalla giurisprudenza circa le garanzie procedurali connesse all'applicazione di sanzioni amministrative di natura afflittiva, ove si è osservato come, pur ricorrendo, in tali ipotesi, l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, occorre distinguere, all'interno della più ampia categoria di "*accusa penale*", tra un diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*") e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Al di fuori del c.d. *hard core*, l'art. 6, par. 1, della Convenzione è rispettato in presenza di "*sanzioni penali*" 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*", con la conseguenza che le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente in sede giurisdizionale; ciò che è puntualmente avvenuto nel caso in esame (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164, nello stesso senso Tar Lazio n. 09065/2017, Tar Lazio n. 02668/2016).

Da ultimo, il Collegio osserva come la pendenza di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo avverso una delle sentenze che ha affermato i principi sopra esposti, rappresentata dalla ricorrente nella memoria depositata il 5 ottobre 2019, non integra ragione di sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

La norma invocata, infatti, trova applicazione solo quando il giudice del medesimo processo o altro giudice deve risolvere una controversia "*dalla cui definizione dipende la decisione della causa*".

Con il secondo motivo di doglianza la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 27, comma 1 bis, del Codice del Consumo per non essere stato acquisito il parere della Banca d'Italia, Autorità di regolazione competente nel caso di specie.

La prospettazione non può essere condivisa.

La norma invocata dispone che "*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 in base ai poteri di cui al*

presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta.”.

Nel caso in esame, l'attività oggetto di sanzione, definita dalla stessa Banca d'Italia in un parere del 2010 come meramente “*connessa*” all'attività bancaria, non rientra nell'ambito di regolamentazione della stessa.

Si tratta, infatti, di attività estranea al settore creditizio o finanziario, che solo in via occasionale viene svolta dagli istituti di credito.

Trova dunque applicazione nel caso in esame l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il coinvolgimento dell'Autorità di regolazione è necessario solo quando, diversamente da quanto accade nel caso in esame, la fattispecie sulla quale AGCM interviene, in applicazione della disciplina a tutela del consumatore di cui al Codice del Consumo, insista o coinvolga il settore bancario in senso proprio (cfr., Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12082, e 17 maggio 2016, n. 5809).

Con il terzo motivo di doglianza BBPM contesta l'imputabilità ad essa ricorrente della pratica commerciale sanzionata, essendo, a tal fine, inidonee le dichiarazioni di IDB (che ha dichiarato che quello bancario era il principale canale di vendita dei **diamanti** da investimento), la previsione di un ritorno economico (individuato dall'Autorità in un corrispettivo parametrato al volume di vendita e nel vantaggio conseguente alla fidelizzazione dei clienti) e l'attività di mera segnalazione prestata dai funzionari della banche.

La prospettazione non può essere condivisa, avendo l'Autorità ben ricostruito i fatti ed esercitato, in maniera logica e congruente, la valutazione discrezionale di ingannevolezza della pratica.

Il provvedimento, infatti, ai paragrafi 101 e ss., evidenzia come, in forza dell'accordo di collaborazione sottoscritto tra IDB e BBPM, la banca fosse 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.

La delibera rappresenta inoltre come, per l'attività svolta, la banca conseguiva una provvigione pari ad una percentuale dell'operazione conclusa (tra il 10% e il 20%, ben lontana dalla misura di un ipotetico “*indennizzo*”) e 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) e un effetto di fidelizzazione del cliente.

Il provvedimento, anche alla luce del contenuto delle linee guida operative ad uso interno dei dipendenti della banca e di circolari interne vigenti fino al 28 dicembre 2016, analizzate ai paragrafi 108 e seguenti, rileva poi come fosse espressamente previsto che alla raccolta della proposta di acquisto era deputato un c.d. “*referente investimenti*” e come pure fosse descritto nel dettaglio il processo da seguire nel “*proporre*” l'investimento in **diamanti** e nell’ “*assistere*” il cliente nell'eventuale acquisto.

Già tali evidenze dimostrano come l'attività di “*segnalazione*” di BBPM, al di là della sua formale definizione, comportasse un ruolo attivo nella dinamica contrattuale complessiva in cui il consumatore era coinvolto.

Il ruolo attivo della ricorrente è poi confermato dai reclami dei clienti e dalle segnalazioni delle associazioni, tali, nel loro complesso, da giustificare la conclusione, rassegnata nei paragrafi 179 e seguenti, secondo cui la pratica commerciale sanzionata “*si è realizzata ed è stata favorita proprio dal canale di vendita di cui la società si è avvalsa, costituito dalla rete bancaria*” e che il quadro probatorio complessivamente raccolto faceva emergere il fatto 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*”.

La logica linearità della ricostruzione e il suo essere supportata da puntuali riscontri probatori non viene dunque scalfita, come sostenuto dalla ricorrente, dall’atomistico riferimento ad alcune clausole contrattuali o circolari interne che escludevano, formalmente, lo svolgimento, da parte della banca, di un’attività promozionale.

Al fine di valutare la ricorrenza di una “*pratica commerciale scorretta*”, infatti, le espressioni contenute nelle singole clausole vanno valutate alla luce del complesso degli accordi negoziali esistenti e, ancor di più, della pratica attuazione degli stessi.

Sotto tale profilo appare di estremo rilievo il contenuto dei numerosi reclami, nei quali, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, appare chiara l’attività di promozione e consiglio svolta dai funzionari della ricorrente (cfr. paragrafo 137 e documenti da questo richiamati, che riportano il contenuto di segnalazioni pervenute all’Autorità, dalle quali emerge che alcuni consumatori hanno riferito di essere stati “*indotti*” dai funzionari all’acquisto di **diamanti**, previo disinvestimento di parte delle proprie attività e, ancora i paragrafi 138 e seguenti, che riportano il contenuto di reclami indirizzati alla banca e riferiscono di un’attività promozionale particolarmente intensa e insistente dei funzionari della banca per convincere i clienti all’acquisto dei **diamanti** IDB).

Si tratta di documenti di inequivoca valenza probatoria e intrinseca credibilità, la cui rilevanza non può essere elisa dal fatto di non essere stati gli stessi assunti in contraddittorio, tanto più che la maggior parte dei reclami era indirizzata alla banca stessa che non è stata in grado di smentirne efficacemente il contenuto, essendosi essa limitata, come pure riferito in ricorso, a indicare nelle risposte come IDB fosse l’unico soggetto responsabile.

La genuinità del contenuto dei reclami non viene poi meno alla luce della pretestuosa spiegazione che ha inteso darne la ricorrente (secondo cui le proteste sarebbero state finalizzate, prima ancora dell’inizio del procedimento antitrust, alla predisposizione di una ragione risarcitoria autonoma e aggiuntiva rispetto a quella da azionare nei confronti della società che curava la commercializzazione), che presuppone nei clienti della banca una particolarmente avveduta competenza giuridica, in concreto non sussistente.

La responsabilità della ricorrente per i fatti oggetto del provvedimento risulta poi puntualmente correlata anche al significativo ritorno economico da questa conseguito a seguito dell’attività di promozione dei **diamanti** di investimento (i cui importi ammontano, giusta quanto riferito nel paragrafo 112, a oltre 100 milioni di euro nel periodo 2011 – 2016), nonché al, dichiaratamente perseguito, effetto di vendita di servizi bancari di custodia e di fidelizzazione della clientela, che aveva la sensazione di avere a disposizione un più ampio servizio consulenziale in materia di investimenti (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 cfr, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1820).

La ricorrente, peraltro, non ha mai quantificato le pretese minori entrate che avrebbe comportato l'attività promozionale svolta.

Non vanno infine dimenticate le indicazioni di IDB, anche esse affidabili e credibili, attesa la valenza potenzialmente autoaccusatoria, che ha dichiarato come la maggior parte dei contratti venisse conclusa tramite il canale bancario.

In relazione al fondamento della responsabilità della banca appare utile ricordare come il Codice del consumo, all'art. 2, comma 2, lett. c), prevede il diritto dei consumatori ad essere correttamente informati, stabilendo espressamente che essi hanno diritto ad *“un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”* ed ancora, alla lettera e), *“alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali”*, specificando, all'art. 5, comma 3, che *“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”*.

Conclusivamente sul punto, il Collegio ritiene di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale 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”* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312, 7 aprile 2015, n. 5039; 5 gennaio 2015, n. 41; 25 marzo 2015, n. 4579).

Ne discende che, ai fini dell'imputabilità dell'illecito ai sensi del Codice del Consumo, 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 allorché il contributo abbia sostanziato una agevolazione dell'altrui condotta, traendone un diretto vantaggio economico, pur se il professionista non abbia direttamente interagito con il consumatore (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763).

La doglianza va pure respinta nella parte in cui BBPM sostiene la non addebitabilità ad essa ricorrente della pratica commerciale, per essere la banca priva del potere - dovere di verificare il materiale pubblicitario predisposto da IDB, che peraltro i suoi funzionari si limitavano a consegnare.

In proposito appare opportuno, in via preliminare, ricordare come la disciplina di tutela consumeristica, nel presupporre l'attribuibilità psicologica del fatto al soggetto, non postula necessariamente la presenza del dolo (specifico o generico), sicché la configurabilità della fattispecie prescinde dalla sussistenza di un elemento volitivo costituito dal preordinato proposito di porre in essere una condotta antiggiuridica, dimostrandosi, per l'effetto, sufficiente la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, vale a dire di un difetto di diligenza rilevabile dal complessivo atteggiarsi del comportamento posto in essere dall'operatore commerciale; cosicché non è affatto richiesto che l'imprenditore abbia volontariamente posto in essere una condotta illecita, ma è sufficiente che, pur sussistendo le obiettive condizioni per scongiurarne il verificarsi, quest'ultimo abbia ommesso di modellare il proprio comportamento ai canoni dell'ordinaria diligenza (cfr., da ultimo, Tar Lazio Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61).

Per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, nelle sanzioni amministrative è necessaria e sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897; Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12081; 18 aprile 2012, n. 3503).

Nel caso in esame la ricorrente stessa ammette di non aver operato alcuna verifica sul contenuto dell'offerta, comportamento questo che sicuramente non risponde alla diligenza professionale che ci si attende dalle banche laddove esse decidano di fornire ai propri clienti un servizio di consulenza su investimenti.

Né vale invocare l'esistenza del parere Consob, che riguardava la liceità dell'attività in astratto e non le concrete modalità con le quali veniva prospettata l'offerta, al controllo delle quali la ricorrente era dunque tenuta.

Con il quarto motivo di ricorso il Banco BPM ha sostenuto che la pratica commerciale sanzionata non potesse essere considerata ingannevole e che la valutazione di scorrettezza sia stata effettuata dall'Autorità all'esito di un'istruttoria assolutamente lacunosa, le cui risultanze sono state apprezzate a mezzo di una motivazione carente.

La doglianza va respinta.

Il provvedimento, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, ha infatti fatto emergere, in maniera compiutamente argomentata e con richiami ad un'attività istruttoria completa e diversificata, la ricorrenza dei profili di scorrettezza sanzionati.

In proposito appare opportuno considerare, in via preliminare, come dal provvedimento emerga che non è contestato, nemmeno da IDB, il fatto che i prezzi di vendita dei **diamanti** erano determinati dal professionista in via autonoma, in modo tale da far confluire nella cifra finale, oltre il prezzo di acquisto e alcuni servizi accessori, un margine di guadagno estremamente alto e tale da superare significativamente i costi sostenuti.

Neppure è controverso che quelle che IDB definiva quotazioni corrispondevano, in realtà, ai prezzi dalla stessa di volta in volta determinati.

Ciò posto appare evidente come la valutazione di ingannevolezza sia stata correttamente correlata dall'Autorità all'utilizzo del termine "quotazione" il cui primo e più diffuso significato, specie se riferito ad un prodotto di investimento, è quello di rilevazione oggettiva di un valore di mercato, ciò che invece non corrispondeva alla realtà dei fatti.

Il provvedimento, riproducendo i grafici pubblicati sui quotidiani economici e quelli presenti nel materiale pubblicitario diffuso dalla IDB, ha pure efficacemente evidenziato come la natura autoreferenziale e pubblicitaria dei dati non fosse resa conoscibile al consumatore, potenziale acquirente, atteso che tale natura non era espressamente dichiarata, non era univocamente deducibile dall'utilizzo del logo e di espressioni quali "a cura di" (a sua volta equivoca, perché tale da evocare più un'attività di ricerca che di autovalutazione), si accreditava di un crisma di ufficialità perché effettuata su un giornale economico di primaria importanza ed aveva una veste grafica simile alle quotazioni ufficiali (e perciò era ulteriormente ingannevole).

La possibile polisemanticità del termine quotazione, pertanto, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, non fa venir meno l'effetto decettivo ravvisato, espressamente rinvenuto nel provvedimento nell'idoneità della parola *“ad indurre in fraintendimento i consumatori in ordine alla natura e oggettività di tali valori che ragionevolmente erano interpretabili come espressione dell'andamento dei prezzi”*.

Del pari condivisibile ed argomentata in maniera logica appare la motivazione del provvedimento impugnato nella parte in cui ravvisa una falsa rappresentazione dell'andamento del mercato e dell'aspettativa dei **diamanti**.

La falsa rappresentazione, tale da disegnare un andamento dei prezzi in costante crescita, era infatti logicamente dipendente dalla modalità di individuazione dei prezzi, determinati, come visto, in piena autonomia dal professionista, che in tal modo non aveva necessità di rappresentare le oscillazioni di prezzo, che invece venivano oggettivamente registrate dai diversi indici basati sulle rilevazioni di contrattazioni.

Tale dato rende dunque irrilevante un certo (invero molto approssimativo) parallelismo con gli indici ufficiali, peraltro apprezzabile solo con riferimento alla tendenza, e non ai singoli prezzi, il cui oggettivo scollamento dalle voci di costo rimaneva particolarmente alto e, a sua volta, non conoscibile da parte dell'acquirente.

Medesima condivisione merita la tesi dell'Autorità laddove ha rilevato profili di ingannevolezza nel materiale pubblicitario relativo al ricollocamento dei **diamanti** e alla facilità di disinvestimento, pure contestata dalla ricorrente.

Rivendibilità e redditività, ancorché in periodo considerevolmente lungo, erano infatti, come correttamente evidenziato nel provvedimento, subordinate alla permanenza di condizioni del tutto particolari, costituite dalla scelta di ricollocare i **diamanti** utilizzando il medesimo canale di acquisto e dalla 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.

Neppure possono essere condivise le argomentazioni con le quali la ricorrente afferma l'assenza di profili di ingannevolezza nell'affermazione di IDB di essere leader del settore, tanto più che tale circostanza sarebbe riconosciuta dallo stesso provvedimento.

Deve, in proposito, considerarsi come il provvedimento abbia inteso sanzionare, da un lato, il fatto che l'affermazione fosse generica e non contestualizzata (è infatti priva di riferimenti geografici, temporali e così via), dall'altro il fatto che la stessa fosse astrattamente finalizzata, e in concreto idonea, a contribuire a creare nel consumatore una sensazione di particolare affidabilità del professionista.

Né ricorre alcuna contraddittorietà di tale valutazione in punto di decettività con l'affermazione, funzionale alla diversa e distinta finalità di individuare la capacità di penetrazione della pratica, dell'essere IDB tra i principali operatori del settore.

Va infine respinto il quinto motivo di doglianza, con il quale BBPM ha contestato l'attività di quantificazione della sanzione.

In proposito deve osservarsi come, nella determinazione della sanzione, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto

all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'impresa stessa (cfr. provvedimento impugnato, paragrafi 236 e seguenti).

Con particolare riferimento alla gravità della violazione, il provvedimento ha evidenziato, con riferimento a tutte le parti del procedimento, l'ampia diffusione della pratica, dipendente sia dalle modalità utilizzate per la comunicazione (internet, stampa), sia dalla diffusione di materiale pubblicitario cartaceo presso le molteplici filiali delle banche di riferimento.

L'Autorità ha pure considerato l'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatori, la cui ricorrenza risulta puntualmente argomentata nella parte di provvedimento riguardante la ricorrenza della pratica e il pregiudizio economico subito dai consumatori.

Ancora corretto è il riferimento al pregiudizio economico subito dai consumatori, che va ravvisato nella sproporzione tra valore e costo dell'investimento, dato assolutamente acclarato e neppure contestato, non eliso dalla circostanza che per un determinato arco di tempo i consumatori, che si siano serviti del medesimo circuito di rivendita, abbiano effettivamente conservato o incrementato il valore dell'investimento.

Con particolare riferimento alla ricorrente poi, il provvedimento ha considerato, in primo luogo, la dimensione economica del professionista, "*tra i principali operatori del sistema bancario*", che nel corso del 2016 ha realizzato un fatturato di 11,7 miliardi di euro.

Diversamente da quanto prospettato in ricorso, pertanto, il fatto che la sanzione inflitta a BBPM sia ampiamente superiore a quella inflitta a IDB non deriva dallo scorretto apprezzamento dei contributi causali dei due professionisti - peraltro in concreto assolutamente equivalenti, atteso che in assenza del canale bancario la diffusione della pratica sarebbe stata di gran lunga inferiore - ma dipende evidentemente dal fatturato delle stesse.

Né l'entità della somma quantificata importa una violazione del principio di ragionevolezza, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione va parametrata al fatturato realizzato dall'impresa e non al prodotto di volta in volta coinvolto nella condotta accertata (così, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 giugno 2018, n. 7009 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085).

Deve in proposito osservarsi come la sanzione che viene irrogata per le pratiche commerciali scorrette non ha funzione puramente reintegratoria dello status quo ante, e dunque una matematica corrispondenza con gli effetti pratici della condotta o il vantaggio economico conseguito dal professionista, essendo la stessa finalizzata a garantire un'effettiva efficacia deterrente, generale e speciale, alla luce di tutti i parametri sopra richiamati.

Sempre con riferimento al fatturato, poi, la giurisprudenza ha, anche recentemente, ribadito come in materia di pubblicità ingannevole risulti corretto il riferimento al fatturato e non all'utile, così che non vi era necessità di tenere conto delle perdite di esercizio della ricorrente (cfr., da ultimo, Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 ottobre, 2017, che richiama l'orientamento della Corte di Giustizia UE - 16 aprile 2015, C-388/13).

Da ultimo si osserva che non possono essere condivise le argomentazioni della ricorrente in punto di scorretto apprezzamento della durata della pratica, atteso che la natura continuata dell'illecito sanzionato non consente di ritenere maturata la prescrizione.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 14/11/2018

N. 10966/2018 REG.PROV.COLL.

N. 13344/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13344 del 2017, proposto da Unicredit S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Piero Fattori, Salvatore Spagnuolo e Fabrizio Carbonetti, elettivamente domiciliata in Roma, via delle Quattro Fontane, 20, presso lo studio dell'avv. Antonio Lirosi;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Altroconsumo, Intermarket Diamond Business S.p.A, Idb Intermediazioni S.r.l., non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

Associazione codici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ivano Giacomelli, domiciliata, ex art. 25 c.p.a., in Roma, presso la Segreteria del Tar;

per l'annullamento e/o la riforma

- del provvedimento dell'AGCM n. 26757 assunto in data 20 settembre 2017, notificato a UniCredit il successivo 30 ottobre 2017 e pubblicato nel Bollettino dell'AGCM n. 30/17, con il quale è stato

deliberato: “a) che la pratica commerciale [...] posta in essere dalle società Intermarket Diamond Business – IDB S.p.A., IDB Intermediazioni S.r.l, UniCredit S.p.A. e Banco BPM S.p.A. costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e 21 comma 1, lettere b), c), d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lettera t), del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore continuazione; “d) di irrogare alla società UniCredit S.p.A., per la violazione di cui alla precedente lettera a), una sanzione amministrativa pecuniaria di 4.000.000 € (quattro milioni di euro)”;

“g) che i professionisti Intermarket Diamond Business – IDB S.p.A., IDB Intermediazioni S.r.l., UniCredit S.p.A., Banco BPM S.p.A., comunichino all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a) e che, entro il medesimo termine, Intermarket Diamond Business – IDB S.p.A. e IDB Intermediazioni S.r.l. comunichino all'Autorità le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto b)” (“Provvedimento”);

- di ogni altro atto preordinato, conseguente o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento indicato in epigrafe l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che una pratica commerciale posta in essere Intermarket Diamond Business S.p.A., IDB Intermediazioni S.r.l., UniCredit S.p.A. e un altro istituto di credito - e consistita nella prospettazione omissiva e ingannevole ai consumatori di alcune caratteristiche dell'investimento in **diamanti** – costituisse una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b), c) d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lettera t), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ne ha vietato l'ulteriore diffusione e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 4.000.000 euro.

Con il medesimo provvedimento l'Autorità ha ritenuto la ricorrenza di altra pratica commerciale scorretta, imputabile alle sole IDB e IDB Intermediazioni.

La pratica per la quale la ricorrente è stata sanzionata è stata ravvisata dall'Autorità nella diffusione di materiale promozionale, predisposto da IDB e reso disponibile anche attraverso il canale bancario cui si rivolgeva il consumatore interessato all'acquisto, che rappresentava in modo ingannevole ed omissivo, i seguenti aspetti: a) il prezzo di vendita dei **diamanti**, fissato in maniera autonoma dal professionista e tale da comprendere costi e margini di importo complessivamente superiore al valore della pietra, ma presentato come quotazione di mercato, l'andamento dei quali veniva pubblicato, a pagamento, su giornali economici, b) l'aspettativa di apprezzamento del valore futuro

dei **diamanti**, attraverso grafici costruiti sull'andamento dei propri prezzi di vendita presentati come "quotazioni" e messe a confronto con indici ufficiali e quotazioni di titoli stabilite in mercati regolamentati, c) la facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l'unico canale di rivendita attraverso il quale avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati è rappresentato dagli stessi professionisti, d) la qualifica di leader di mercato, impiegata senza ulteriori precisazioni al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

I – Violazione e falsa applicazione dell'art. 27 del codice del Consumo e 97 Cost. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, violazione del principio del buon andamento, sviamento di potere.

Il provvedimento sarebbe viziato dalla mancata acquisizione del parere della Banca d'Italia, autorità di regolazione competente in materia in ragione del fatto che la stessa AGCM ha rilevato come quella sanzionata costituisca attività connessa o strumentale all'attività bancaria.

II. Non imputabilità a Unicredit della pratica contestata. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del d.lgs. 206/205 (codice del consumo) e della direttiva 2005/29/CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 5 della l. n. 689/1981. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, mancanza dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, perplessità.

Non sussisterebbero i presupposti fattuali per addebitare ad Unicredit una responsabilità concorrente, la cui ricorrenza è stata ravvisata dall'Autorità nell'esistenza di un ritorno economico per la banca, nel fatto che la banca venisse percepita dal consumatore come controparte di prima istanza e dall'utilizzo da parte della banca di materiale divulgativo predisposto da IDB per illustrare il prodotto.

In realtà il ruolo della Banca si sarebbe limitato a fornire una mera segnalazione in ordine all'esistenza del prodotto.

Il cosiddetto "ritorno economico", peraltro, rappresenterebbe un mero (e parziale) ristoro per la perdita di una potenziale fetta di clienti che, investendo in **diamanti**, sottrarrebbero risorse agli investimenti bancari proposti da Unicredit.

L'assenza di una comune pianificazione sarebbe confermata dal contenuto dell'accordo di collaborazione sottoscritto da Unicredit e IDB.

Il consumatore, peraltro, fin dal primo contatto veniva reso edotto del fatto che il suo interlocutore sarebbe stato IDB, ciò che veniva ribadito nella brochure informativa e nel modulo di acquisto.

Neppure sarebbe ravvisabile alcuna violazione dell'onere di diligenza gravante su Unicredit, atteso che IDB è uno dei primari operatori di settore e l'attività era stata sottoposta al positivo scrutinio della Consob.

Quanto, infine, ai reclami rivolti a Unicredit da alcuni consumatori, essi non potrebbero costituire prova della responsabilità della banca, atteso che, in assenza di utili prove in ordine all'esistenza di una condotta ad essa imputabile, sarebbero espressione di una percezione soggettiva di alcuni clienti.

III Sulla illegittimità della sanzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 9, del codice del consumo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 11 della legge n. 689/1981. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di motivazione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, ingiustizia ed irragionevolezza manifeste, sviamento difetto assoluto dei presupposti per l'irrogazione della sanzione.

L'Autorità avrebbe mal apprezzato la gravità dei fatti e avrebbe violato il principio della responsabilità personale delle sanzioni amministrative.

L'AGCM, infine, non avrebbe correttamente stimato l'apporto causale della ricorrente alla realizzazione della pratica, non avendo avuto Unicredit consapevolezza della scorrettezza della condotta di IDB o possibilità di influire sulla stessa.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del gravame.

L'Associazione codici è intervenuta ad opponendum.

All'udienza del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

In via preliminare occorre rilevare come le censure articolate in gravame sono tese a dimostrare la riconducibilità della condotta contestata a IDB, o, quanto meno, ad escludere la responsabilità di Unicredit.

Non si rinvencono, pertanto, censure volte a contestare nella sostanza la definizione di scorrettezza della pratica in sé considerata, che quindi può darsi per acclarata.

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 27, comma 1 bis, del Codice del Consumo per non essere stato acquisito il parere della Banca d'Italia, Autorità di regolazione competente nel caso di specie.

La prospettazione non può essere condivisa.

La norma invocata dispone che *“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 in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta.”*

Nel caso in esame, l'attività oggetto di sanzione, definita dalla stessa Banca d'Italia in un parere del 2010, come meramente *“connessa”* all'attività bancaria, non rientra nell'ambito di regolamentazione della stessa.

Si tratta, infatti, di attività estranea al settore creditizio o finanziario, che solo in via occasionale viene svolta dagli istituti di credito.

Trova dunque applicazione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il coinvolgimento dell'Autorità di regolazione è necessario solo quando, diversamente da quanto accade nel caso in esame, la fattispecie sulla quale AGCM interviene, in applicazione della disciplina a tutela del consumatore di cui al Codice del Consumo, insista o coinvolga il settore bancario in senso proprio (cfr., Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12082, e 17 maggio 2016, n. 5809).

Con il secondo motivo di doglianza Unicredit contesta l'imputabilità ad essa ricorrente della pratica commerciale sanzionata.

La prospettazione non può essere condivisa, avendo l'Autorità ben ricostruito i fatti ed esercitato, in maniera logica e congruente, la valutazione discrezionale di ingannevolezza della pratica.

Il provvedimento, infatti, ai paragrafi 114 e ss., evidenzia come, in forza dell'accordo di collaborazione sottoscritto tra IDB e Unicredit, la banca fosse tenuta a mettere a disposizione dei clienti, nei propri locali, il materiale divulgativo predisposto da IDB, provvedendo anche a raccogliere gli ordini di acquisto e ad inoltrarli, accettando, altresì i bonifici di pagamento.

La delibera rappresenta inoltre come, per l'attività svolta, la banca conseguiva una provvigione pari ad una percentuale dell'operazione conclusa (tra il 10% e il 20%, valore il cui importo non si concilia con la pretesa natura indennitaria).

Il provvedimento, anche alla luce del contenuto delle linee guida operative ad uso interno dei dipendenti della banca e di circolari interne, analizzate ai paragrafi 117 e seguenti, rileva poi come la banca avesse voluto offrire ai propri clienti l'opportunità di diversificare una quota delle proprie disponibilità, in ciò realizzando un effetto di fidelizzazione, e come i funzionari della banca accettassero le proposte di acquisto dai clienti, per poi trasmetterle a IDB, che comunicava la sua accettazione ai clienti sempre tramite i dipendenti Unicredit, ciò che sicuramente ingenerava nell'utente la percezione del fatto che la banca fosse il suo interlocutore.

Già tali evidenze dimostrano come l'attività di "segnalazione" di Unicredit, al di là della sua formale definizione, comportasse un ruolo attivo nella dinamica contrattuale complessiva in cui il consumatore era coinvolto.

Il ruolo attivo della ricorrente è poi confermato dai reclami dei clienti e dalle segnalazioni delle associazioni, tali, nel loro complesso, da giustificare la conclusione, rassegnata nei paragrafi 179 e seguenti, secondo cui la pratica commerciale sanzionata "*si è realizzata ed è stata favorita proprio dal canale di vendita di cui la società si è avvalsa, costituito dalla rete bancaria*" e che il quadro probatorio complessivamente raccolto faceva emergere il fatto 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*".

La logica linearità della ricostruzione e il suo essere supportata da puntuali riscontri probatori non viene dunque scalfita, come sostenuto dalla ricorrente, dall'atomistico riferimento ad alcune clausole contrattuali o a previsioni di circolari interne che escludevano formalmente lo svolgimento, da parte della banca, di un'attività promozionale.

Al fine di valutare la ricorrenza di una "*pratica commerciale scorretta*", infatti, le espressioni contenute nelle singole clausole vanno valutate alla luce del complesso degli accordi negoziali esistenti e, ancor di più, della pratica attuazione degli stessi.

Sotto tale profilo appare di estremo rilievo il contenuto dei reclami, nei quali, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, appare chiara l'attività di promozione e consiglio svolta dai funzionari della ricorrente (cfr. paragrafi 130 e 131, che riportano il contenuto di due segnalazioni pervenute all'Autorità in cui i clienti rappresentano, rispettivamente, di essere stati vivamente consigliati all'investimento in **diamanti** dal funzionario Unicredit, o di esservi stati indotti, previa prospettazione dei vantaggi, e, ancora i paragrafi 133, 134 e 135, che riportano il contenuto di reclami indirizzati alla banca stessa e riferiscono di un'attività promozionale particolarmente intensa e insistente dei funzionari Unicredit per convincere i clienti all'acquisto dei **diamanti** IDB).

Si tratta di documenti di inequivoca valenza probatoria e intrinseca credibilità, tali da escludere in via assoluta la ravvisabilità del prospettato "*cortocircuito argomentativo*" in cui, secondo Unicredit, sarebbe caduta l'Autorità.

La responsabilità della ricorrente per i fatti oggetto del provvedimento risulta poi puntualmente correlata anche al ritorno economico da questa conseguito a seguito dell'attività di promozione dei **diamanti** di investimento (i cui importi ammontano, giusta quanto riferito nel paragrafo 123, a circa 40 – 50 milioni di euro nel periodo 2011 – 2016), nonché al, dichiaratamente perseguito, effetto di fidelizzazione della clientela, che aveva la sensazione di avere a disposizione un più ampio servizio consulenziale in materia di investimenti (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 cfr, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1820).

In proposito appare utile ricordare come il Codice del consumo, all'art. 2, comma 2, lett. c), prevede il diritto dei consumatori ad essere correttamente informati, stabilendo espressamente che essi hanno diritto ad "*un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" ed ancora, alla lettera e), "*alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali*".

Inoltre, ancor più nel dettaglio, l'art. 5, comma 3, prevede che "*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*".

Non vanno infine dimenticate le indicazioni di IDB, che ha dichiarato come la maggior parte dei contratti venisse conclusa tramite il canale bancario.

Conclusivamente sul punto, il Collegio ritiene di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale 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*" (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312, 7 aprile 2015, n. 5039; 5 gennaio 2015, n. 41; 25 marzo 2015, n. 4579).

Ne discende che, ai fini dell'imputabilità dell'illecito ai sensi del Codice del Consumo, 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 allorché il contributo abbia sostanziato una agevolazione dell'altrui condotta, traendone un diretto vantaggio

economico, pur se il professionista non abbia direttamente interagito con il consumatore (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763).

La doglianza va pure respinta nella parte in cui la ricorrente sostiene di non essere responsabile della pratica commerciale scorretta per avere essa agito con la massima diligenza, sia perché ha scelto come riferimento un operatore di primaria importanza nel settore, sia perché, per vincolo contrattuale, non poteva e non doveva verificare il materiale pubblicitario predisposto da IDB.

In proposito appare opportuno, in via preliminare, ricordare come la disciplina di tutela consumeristica, nel presupporre l'attribuibilità psicologica del fatto al soggetto, non postula necessariamente la presenza del dolo (specifico o generico), sicché la configurabilità della fattispecie prescinde dalla sussistenza di un elemento volitivo costituito dal preordinato proposito di porre in essere una condotta antigiuridica, dimostrandosi, per l'effetto, sufficiente la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, vale a dire di un difetto di diligenza rilevabile dal complessivo atteggiarsi del comportamento posto in essere dall'operatore commerciale; cosicché non è affatto richiesto che l'imprenditore abbia volontariamente posto in essere una condotta illecita, ma è sufficiente che, pur sussistendo le obiettive condizioni per scongiurarne il verificarsi, quest'ultimo abbia ommesso di modellare il proprio comportamento ai canoni dell'ordinaria diligenza (cfr., da ultimo, Tar Lazio Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61).

Per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, nelle sanzioni amministrative è necessaria e sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897; Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12081; 18 aprile 2012, n. 3503).

Nel caso in esame la ricorrente stessa ammette di non aver operato alcuna verifica sul contenuto dell'offerta, comportamento questo che sicuramente non risponde alla diligenza professionale che ci si attende dalle banche laddove esse decidano di fornire ai propri clienti una consulenza in materia di investimenti.

Né vale invocare l'esistenza del parere Consob, che riguardava la liceità dell'attività in astratto e non le concrete modalità con le quali veniva prospettata l'offerta, al controllo delle quali la ricorrente era dunque tenuta.

Va infine respinto il terzo motivo di doglianza, con il quale Unicredit ha contestato l'attività di quantificazione della sanzione.

In proposito deve osservarsi come, nella determinazione della sanzione, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'impresa stessa (cfr. provvedimento impugnato, paragrafi 236 e seguenti).

Con particolare riferimento alla gravità della violazione, il provvedimento ha evidenziato, con riferimento a tutte le parti del procedimento, l'ampia diffusione della pratica, dipendente sia dalle modalità utilizzate per la comunicazione (internet, stampa), sia dalla diffusione di materiale pubblicitario cartaceo presso le molteplici filiali delle banche di riferimento.

L'Autorità ha pure considerato l'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatori, la cui ricorrenza risulta puntualmente argomentata nella parte di provvedimento riguardante la sussistenza della pratica e il pregiudizio economico subito dai consumatori.

Con particolare riferimento alla ricorrente poi, il provvedimento ha considerato, in primo luogo, la dimensione economica del professionista, "*tra i principali operatori del sistema bancario*", che nel corso del 2016 ha realizzato un fatturato di 39,4 miliardi di euro.

Diversamente da quanto prospettato in ricorso, pertanto, il fatto che la sanzione inflitta a Unicredit sia pari a più del doppio di quella inflitta a IDB, non deriva dallo scorretto apprezzamento dei contributi causali dei due professionisti - peraltro in concreto assolutamente equivalenti, atteso che in assenza del canale bancario la diffusione della pratica sarebbe stata di gran lunga inferiore - ma dipende evidentemente dal fatturato delle stesse.

Né la somma determinata importa una violazione del principio di ragionevolezza, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione va parametrata al fatturato realizzato dall'impresa e non al prodotto di volta in volta coinvolto nella condotta accertata (così, ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 giugno 2018, n. 7009 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085).

Deve infatti osservarsi come la sanzione che viene irrogata per le pratiche commerciali scorrette non ha funzione puramente reintegratoria dello *status quo ante*, e dunque una matematica corrispondenza con gli effetti pratici della condotta o il vantaggio economico conseguito dal professionista, essendo la stessa finalizzata a garantire un'effettiva efficacia deterrente, generale e speciale, alla luce di tutti i parametri sopra richiamati.

Neppure possono essere condivise le argomentazioni in punto di scorretto apprezzamento della durata della pratica, che mirano a riaffermare quanto sostenuto nel secondo motivo di ricorso in ordine alla pretesa non configurabilità di un difetto di diligenza.

Del pari correttamente è stata valutata la ricorrenza di una circostanza aggravante, atteso che la considerazione della personalità dell'agente non richiede che l'esistenza di una precedente violazione da valutare ai fini della recidiva presenti tratti di somiglianza con quella oggetto di un nuovo provvedimento sanzionatorio.

Vanno infine respinte le argomentazioni tese a contestare la misura della riduzione concessa a fronte della riconosciuta sussistenza di una circostanza attenuante (pari a euro 200.000,00), le quali impingono inammissibilmente nella valutazione discrezionale dell'Autorità.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 14/11/2018

N. 10965/2018 REG.PROV.COLL.

N. 12261/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12261 del 2017, proposto da Diamond Private Investment S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Cristina Lenoci, Mario Sanino, Fabio Cintioli, Carlo Celani, Dario Ruggiero e Lorenzo Coraggio, elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli, 180, presso lo studio legale Sanino;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domiciliano in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Altroconsumo - Associazione indipendente di consumatori;

per l'annullamento

del provvedimento n. 26758 del 20 settembre 2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento indicato in epigrafe l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (d’ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che due pratiche commerciali poste in essere dalla Diamond Private Investment Spa (d’ora in avanti anche il professionista o DPI) - consistite nella prospettazione omissiva e ingannevole ai consumatori di alcune caratteristiche dell’investimento in **diamanti** e nell’aggravamento delle condizioni per il diritto di recesso – costituissero una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b), c) d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lettera t), e 49, 50, 52 e 54 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ne ha vietato l’ulteriore diffusione e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 1.000.000,00 di euro.

La prima violazione ritenuta sussistente (pratica sub A) è consistita nella diffusione di materiale promozionale, predisposto da DPI e reso disponibile anche attraverso il canale bancario cui si rivolgeva il consumatore interessato all’acquisto, in cui si rappresentavano in modo ingannevole ed omissivo: a) il prezzo di vendita dei **diamanti**, presentato come quotazione di mercato e pubblicato a pagamento su un giornale economico; b) l’andamento del mercato e l’aspettativa di apprezzamento del valore futuro dei **diamanti**, attraverso grafici costruiti sull’andamento dei propri prezzi di vendita presentati come “quotazioni”, messe a confronto con l’inflazione e le quotazioni ufficiali dell’oro; c) la facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l’unico canale di rivendita attraverso cui avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati è rappresentato da DPI; 4) la qualifica di leader di mercato del professionista, impiegata senza ulteriori precisazioni, al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta.

La seconda violazione (pratica sub B) è stata ravvisata nell’aver DPI predisposto condizioni di compravendita che violano i diritti dei consumatori in materia di diritto di ripensamento, il quale è menzionato genericamente, senza allegazione del corrispondente modulo di recesso, e le modalità di esercizio del quale vengono limitate all’invio di una raccomandata.

Con il medesimo provvedimento, e solo con riferimento alla pratica sub A), sono stati sanzionati due istituti bancari che costituivano i principali canali di vendita dei **diamanti** di DPI.

Il procedimento, unitamente ad un altro riguardante un secondo professionista operante nel medesimo settore e le banche di riferimento di questo, aveva avuto inizio nel gennaio 2017 a seguito di una segnalazione dell’Associazione altroconsumo e di una trasmissione di approfondimento, Report, andata in onda nell’autunno 2016.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

Parte I – Modalità omissive ed ingannevoli di offerta dei **diamanti** da investimento.

I - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche; in particolare difetto di presupposto, travisamento, incoerenza e illogicità. Difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21, 22 e 23 del codice del consumo.

L'Autorità avrebbe erroneamente ravvisato nei fatti oggetto del provvedimento sanzionatorio la ricorrenza di comportamenti riconducibili alla nozione di pubblicità ingannevole.

E infatti, non corrisponderebbe a verità l'affermazione secondo cui DPI avrebbe presentato i prezzi dei **diamanti** pubblicati a pagamento su Il Sole 24 ore come quotazioni ufficiali di mercato, avendo il professionista sempre rappresentato che le quotazioni erano pubblicate a sua "cura".

Tale specificazione avrebbe impedito che il consumatore medio, destinatario dell'informazione, potesse percepire i parametri pubblicati come una quotazione di mercato e non, come effettivamente erano, un prezzo di vendita.

Peraltro, i prezzi praticati da DPI sarebbero in linea con quelli di altri operatori *retail* per prodotti comparabili e addirittura con i listini utilizzati dall'Autorità quali termini di paragone (salvo il gap dipendente dal fatto che questi ultimi non considerano i costi di trasporto e di distribuzione, oltre che la tassazione).

La particolare natura del bene, osserva ancora la ricorrente, individua, di per sé, un "consumatore medio" di particolare competenza, assolutamente in grado di decifrare il messaggio diffuso dal professionista, tanto più che lo stesso quotidiano economico sul quale venivano pubblicate le quotazioni specificava, quanto alla provenienza del listino pubblicato, che lo stesso era di provenienza DPI, ciò che era confermato dalla collocazione dell'informativa insieme ad altre inserzioni pubblicitarie.

Del pari erroneamente l'Autorità avrebbe ravvisato l'ingannevolezza delle informazioni fornite da DPI sull'andamento crescente dei prezzi dei **diamanti**, desumendola dalla circostanza del non essere le stesse in linea con i parametri di riferimento "maggiormente accreditati a livello internazionale".

L'INDEX-DRB, al quale l'Autorità ha fatto riferimento, non sarebbe riferibile infatti ai **diamanti** di investimento.

La stabilità dei valori di tale tipologia di **diamanti** e le previsioni di futuro apprezzamento degli stessi, inoltre, sarebbero affermate in numerosi studi, di sicura affidabilità, citati pure nel provvedimento gravato.

Neppure corrisponderebbe a verità l'addebito secondo cui DPI avrebbe taciuto, nel grafico e nel materiale informativo, la sussistenza di rischi connessi alla volatilità del prezzo dei **diamanti** nel breve e nel medio periodo, lasciando intendere che, in caso di rivendita, l'investimento avrebbe consentito di realizzare un profitto in qualsiasi momento, atteso che le "Condizioni Generali" contenevano una specifica sezione "Rischi".

Peraltro, in maniera assolutamente veritiera, la rivendibilità era garantita ai prezzi vigenti al momento della vendita e, al fine di consentire il conseguimento di un utile, il professionista consigliava di considerare per l'investimento un orizzonte temporale medio – lungo.

Rappresenta quindi come uniche difficoltà di ricollocazione rilevate in concreto sarebbero riconducibili al *panic selling* provocato dalla trasmissione televisiva Report.

Da ultimo, la ricorrente rileva come anche l'affermazione secondo cui DPI è un operatore leader del settore sarebbe supportata da dati di fatto.

Parte II – Violazione dei diritti dei consumatori in merito al recesso

I - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche. In particolare, difetto di motivazione. Contraddittorietà. Difetto istruttorio. Travisamento dei fatti.

La richiesta di confermare a mezzo di raccomandata a/r il recesso trasmesso con altra modalità sarebbe stata dettata dalla necessità di garantire la certezza delle relazioni commerciali, ferma la scelta tra varie modalità di comunicazione della volontà di recidere il vincolo contrattuale.

Part. III – La sanzione

I - Eccesso di potere in tutte le sue figura sintomatiche. In particolare, difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e contraddittorietà. Manifesta ingiustizia. Travisamento dei fatti.

La sanzione irrogata a DPI sarebbe ingiusta e sproporzionata, atteso che i parametri da cui è stata desunta la gravità (asimmetria informativa e rilevante pregiudizio economico dovuto al prezzo elevato dei **diamanti**) sarebbero insussistenti in fatto, in ragione della ampia diffusione del materiale informativo consegnato al cliente fin dal primo contatto e in considerazione del fatto che era sempre consigliato di investire una somma tra il 5 e il 10% massimo del proprio patrimonio.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 18 gennaio 2018, il Collegio ha fissato l'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

Alla successiva camera di consiglio del 28 febbraio 2018, alla luce di fatti nuovi rappresentati da parte ricorrente, il Collegio, con esclusivo riferimento al *periculum* e salva la necessità di approfondimento del merito, ha sospeso l'esecuzione del provvedimento impugnato con riferimento alla sola irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti della società ricorrente, previa prestazione di una cauzione.

All'udienza del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso, all'approfondito esame, proprio della fase di merito, è infondato.

Come visto nell'esposizione in fatto, con la delibera gravata l'Autorità ha ritenuto la ricorrenza di due distinte pratiche commerciali scorrette, entrambe realizzate nel campo della vendita dei **diamanti** di investimento, imputabili sia a DPI sia, quanto alla prima pratica ravvisata, alle due banche attraverso le quali avvenivano la maggior parte delle vendite.

Il provvedimento sanzionatorio, premessa un'introduzione sulla particolare tipologia dei "**diamanti di investimento**", sui canali di offerta in Italia e sulla disciplina normativa della vendita degli stessi,

esamina il materiale pubblicitario diffuso da DPI, direttamente o a mezzo delle banche convenzionate.

La delibera rileva, quindi, analizzando le diverse tipologie di materiale, come gli aspetti sui quali viene focalizzata l'attenzione del consumatore attengano alla descrizione dei **diamanti** offerti in vendita da DPI come prodotti di particolare pregio e alla rappresentazione dei **diamanti** come "*bene rifugio*", qualità derivante dalle quotazioni in costante crescita, dalla circolazione libera nel mercato globale e dalla facile liquidità dell'investimento, per la realizzazione della quale DPI propone un servizio di disinvestimento alle quotazioni pubblicate periodicamente, a sua cura, sul quotidiano Il Sole 24 ore.

Il provvedimento, oltre a riportare un grafico tratto dal quotidiano (che reca il logo della società, ma non l'indicazione del fatto che si tratti di un'inserzione pubblicitaria), rileva pure come le dette "*quotazioni*" venissero presentate, nei grafici allegati al materiale pubblicitario, come in costante crescita dal 1995 e poste a confronto con quelle relative all'andamento dell'inflazione e del prezzo dell'oro.

Quanto invece al disinvestimento, il provvedimento evidenzia come lo stesso veniva prospettato come realizzabile in massimo trenta giorni, al costo del 10%, più IVA, del valore corrispondente alle quotazioni in vigore alla data del mandato, pubblicate a cura della società su Il Sole 24 ore.

Passando all'esame delle risultanze istruttorie (uno studio Consob del 2017, gli studi di due società indipendenti depositati dalle parti nel corso del procedimento e le stesse dichiarazioni della DPI), il provvedimento evidenzia, poi, come le citate "*quotazioni*" non siano il risultato di un'attività di rilevazione di mercato da parte del professionista, ma siano il frutto di autonome scelte commerciali di DPI, che somma, al valore di acquisto (corrispondente a un importo inferiore al 50% del prezzo finale), sia dei veri e propri costi sia il proprio margine di guadagno, così che quello che viene pubblicizzato come un servizio offerto dal venditore costituisce, in realtà, una pubblicazione a pagamento dei suoi listini prezzo.

La delibera evidenzia ancora come l'assenza di una previa attività di rilevazione e la determinazione autonoma del prezzo rendano ragione dell'andamento costantemente crescente dei prezzi e come lo stesso disinvestimento in attivo sia subordinato ad una serie di circostanze assolutamente particolari (rivendita attraverso DPI, in condizioni di basse percentuali di disinvestimento), di incerta realizzazione e della cui necessaria ricorrenza il consumatore non veniva reso edotto.

Dopo aver esaminato i reclami dei consumatori e le argomentazioni delle parti, il provvedimento, nei paragrafi da 183 a 259, espone poi le ragioni della valutazione di scorrettezza delle due pratiche commerciali e procede, infine, alla quantificazione della sanzione, determinata in € 950.000,00 per la pratica sub A) ed € 50.000,00 per la pratica sub B).

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente contesta, con riferimento ai singoli profili esaminati dall'Autorità, la ricorrenza di aspetti di ingannevolezza e omissività nella pratica sub A).

La prospettazione non può essere condivisa.

Con specifico riferimento alla presentazione del prezzo come "*quotazione*", rileva il Collegio come il provvedimento ha evidenziato, con puntuale richiamo alla documentazione raccolta e alle dichiarazioni della stessa società sanzionata, come la cosiddetta quotazione rappresentava, in realtà, un prezzo determinato in maniera assolutamente autonoma dal professionista (dato, peraltro, non contestato dalla ricorrente), la quale, oltre a prospettare l'indicazione del costo come caratterizzata

da una particolare affidabilità e oggettività, non rendeva in alcun modo comprensibile al consumatore l'effettiva incidenza del valore della pietra nella determinazione del costo finale.

La valutazione dell'Autorità in ordine all'effetto decettivo collegato al termine "quotazioni" appare poi puntualmente correlata sia al significato più immediato e diffuso del termine, sia alle modalità di presentazione delle stesse, a loro volta affidate a termini ("a cura di") o modalità grafiche (quali la pubblicazione su un quotidiano economico di amplissima diffusione, dal valore particolarmente rassicurante) e la cui natura pubblicitaria non era facilmente riconoscibile.

In particolare, l'espressione "a cura di", diversamente da quanto sostenuto in gravame, non appare sufficiente a mettere il possibile acquirente in condizione di comprendere che la determinazione era operata in via autonoma, sulla base di valutazioni commerciali di convenienza, suggerendo piuttosto, in considerazione del contesto di formulazione e della oggettiva idoneità dell'espressione ad individuare un'attività di rilevazione del prezzo corrente di un bene, che la società procedesse ad una indagine ad alto tasso di oggettività, pur in un mercato privo di *fixing*.

Il riferimento all'esistenza di altre voci di costo influenti sulla determinazione di prezzo, poi, non si presentava affatto come "analitica", atteso che la percentuale di ricarico dipendente dalle altre voci menzionate nel materiale pubblicitario (invero estremamente alta e tale da integrare un ulteriore specifico profilo di decettività, puntualmente indicato dal provvedimento) non era in alcun modo percepibile, tanto più in considerazione della particolare enfasi riservata alla menzione dei servizi aggiuntivi proposti.

Sempre in punto di andamento dei prezzi va poi considerato come l'assenza di *fixing* ufficiali sull'andamento dei costi dei **diamanti**, circostanza che l'Autorità stessa riferisce nella prima parte del provvedimento, non comporta, come affermato in ricorso, l'inidoneità dei più diffusi indici di rilevazione a fornire un'indicazione affidabile intorno all'andamento di massima del settore, né implica, in considerazione del fatto che le stesse concernevano **diamanti** aventi caratteristiche parzialmente diverse da quelli venduti da DPI, l'inutilizzabilità degli indici ai fini di una comparazione con l'andamento dei prezzi praticati dalla ricorrente.

La ricorrente non può essere seguita neppure laddove afferma che dalla comparazione delle sue "quotazioni" con gli indici considerati dall'Autorità derivi una conferma dell'essere i prezzi praticati da DPI "in linea" con quelli praticati dai gioiellieri e con quelli raccolti durante l'istruttoria.

La sovrapposibilità, in ogni caso non riscontrabile in relazione ai prezzi, è infatti ravvisabile solo se riferita ad un tendenziale incremento di valore in un lungo intervallo temporale, tale da non tenere in considerazioni le oscillazioni di valore verificatesi nel medesimo arco di tempo (della cui effettiva ricorrenza danno tuttavia atto gli stessi studi prodotti dalla ricorrente nel corso del procedimento).

Anche sotto tale profilo, pertanto, l'Autorità ha correttamente evidenziato i profili di ingannevolezza e ommissività dell'informazione pubblicitaria fornita.

Ad inficiare la tenuta logica della valutazione di decettività del messaggio connessa all'uso del termine "quotazione", infine, a nulla vale indicare significati ulteriori del termine, atteso che il provvedimento ha puntualmente motivato come l'accezione della parola alla quale faceva riferimento il messaggio è quella di più immediata percezione e che l'utilizzo di tale espressione, anche alla luce del contenuto delle segnalazioni e dei reclami, ha avuto un effetto suggestivo sui consumatori.

Del pari argomentata in maniera logica appare la motivazione del provvedimento impugnato nella parte in cui ravvisa una falsa rappresentazione dell'andamento del mercato e dell'aspettativa di rivendita dei **diamanti**, peraltro logicamente dipendente dalla sopra descritta modalità di individuazione dei prezzi, tale da rimettere al professionista la possibilità di disegnare un andamento costantemente crescente, che non trova conferma in un mercato reale.

Al fine di negare la scorrettezza della pratica commerciale sotto i descritti profili non può essere invocata una speciale competenza del consumatore che si determina a realizzare un investimento, dovendosi, anche sul punto, condividere la ricostruzione dell'Autorità secondo cui, al contrario, la particolare affidabilità delle banche intermediarie e l'autoreferenzialità della ricorrente contribuivano a creare nel potenziale acquirente una particolare sensazione di affidabilità e sicurezza dell'investimento medesimo.

In proposito, deve pure rilevarsi come, proprio perché le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole non hanno la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate agli interessi del consumatore, ma si collocano su di un più avanzato fronte di prevenzione, essendo le stesse tese ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici, la giurisprudenza ha escluso *“la necessità sia che rispetto ad un dato comunicato venga accertata la condizione soggettiva media di intelligenza del consumatore, sia che risulti un pregiudizio economico derivante dalla pubblicità ingannevole”* (così T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 29 novembre 2014, n. 11995, nel senso che la tutela apprestata dalle norme sulla pubblicità ingannevole non si commisura alla posizione degli acquirenti dotati di specifica competenza, avvedutezza e di particolari cognizioni merceologiche, ma a quella degli acquirenti di media accortezza o alla generalità dei consumatori, cfr. pure T.A.R. Lazio, Roma, 3 luglio 2012, n. 6026).

Medesima condivisione merita la valutazione dell'AGCM laddove contesta alla ricorrente di aver taciuto, sia nel grafico che nel materiale informativo, la sussistenza di rischi connessi alla volatilità del prezzo dei **diamanti** nel breve e nel medio periodo, lasciando intendere che in caso di rivendita in qualsiasi momento ci sarebbe stato un profitto, atteso che le informazioni sulle peculiari condizioni di rischio risultavano accessibili al consumatore solo dopo che lo stesso era stato indotto a contattare il professionista o gli istituti bancari di riferimento.

Giova rammentare che, in materia di pubblicità ingannevole, la giurisprudenza di questo Tar ha sempre evidenziato che rileva il messaggio che *“prende l'attenzione”* al primo contatto, che i relativi *“claims”* pubblicitari devono sempre essere connotati da tutti gli elementi essenziali per un corretto e obiettivo discernimento (Tar Lazio, Sez. I, 12 giugno 2015, n. 8253) e che la decettività del messaggio promozionale può anche riguardare singoli aspetti dello stesso e le specifiche modalità di presentazione del prodotto al fine di *“agganciare”* (l'attenzione de) il consumatore al primo contatto, senza che possa rilevare in senso contrario la circostanza per la quale, in altri momenti, lo stesso consumatore potesse approfondire la modalità di fruizione del prodotto stesso e le sue effettive qualità in relazione a quanto enfatizzato al primo contatto con evidenza grafica primaria (Tar Lazio, Sez. I, 30 ottobre 2017, n. 10834, 21 gennaio 2015, n. 994 e 16 novembre 2015, n. 12979).

Quanto alla rivendita, diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente, è stata proprio l'ondata di domande di disinvestimento provocata dalla trasmissione televisiva Report che ha dimostrato come le condizioni prospettate (in ordine ai tempi e al prezzo di rivendita) fossero subordinate alla ricorrenza di peculiari circostanze (basso indice di disinvestimento e ricollocazione sul mercato attraverso la medesima DPI), la cui necessaria sussistenza non era stata in alcun modo resa percepibile al consumatore nel momento in cui gli veniva proposto l'acquisto.

Con un ultimo ordine di argomentazioni la ricorrente rileva l'assenza di profili di ingannevolezza nell'affermazione di DPI di essere leader del settore, tanto più che l'informazione non è mendace e la società ha utilizzato la qualifica in maniera poco evidente.

Deve per contro considerarsi come il provvedimento ha inteso evidenziare come l'affermazione, oggettivamente utilizzata dalla ricorrente, fosse generica e non contestualizzata (è infatti priva di riferimenti geografici, temporali e così via), sanzionando poi il fatto che la stessa fosse astrattamente finalizzata, e in concreto idonea, a contribuire a creare nel consumatore una sensazione di particolare affidabilità dell'operatore.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente contesta la ravvisabilità di una pratica commerciale scorretta nella disciplina del recesso.

Anche tale doglianza va respinta.

In proposito deve, in primo luogo, rilevarsi come, non è contestata la ricorrenza, nella modulistica contrattuale predisposta da DPI, di una eccessivamente sintetica descrizione del diritto di ripensamento.

Neppure è contestato che la stessa prevedeva che il diritto di recesso dovesse essere esercitato mediante invio di una comunicazione, in forma libera, seguito, nelle 48 ore, da una lettera raccomandata di conferma.

Tale seconda modalità, come rilevato nel provvedimento, è oggettivamente in contrasto con quanto previsto dal codice del consumo in materia di recesso per ipotesi di contratti di vendita conclusi al di fuori dei locali commerciali del professionista (che attribuiscono al consumatore il diritto di recedere senza fornire motivazioni a mezzo di una dichiarazione che espliciti la volontà di recedere), tipologia contrattuale nella quale rientravano tutti i contratti conclusi da dipendenti DPI presso le filiali bancarie.

A fronte del chiaro dato normativo, a nulla rileva la dichiarata finalità di certezza asseritamente perseguita dalla ricorrente.

Va infine respinto il terzo motivo di doglianza, con il quale la ricorrente ha contestato l'attività di quantificazione della sanzione, con particolare riferimento alla sanzione di 950.000,00 euro comminata per la pratica sub A).

In proposito deve osservarsi come, in tale attività, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'impresa stessa.

La gravità della violazione, in particolare, è stata correlata all'ampia diffusione della pratica, dipendente sia dalle modalità utilizzate per la comunicazione (internet, stampa, anche di tipo specializzato, percepita dal consumatore come di particolare affidabilità), sia dalla distribuzione di materiale pubblicitario cartaceo presso le molteplici filiali delle banche di riferimento.

L'Autorità ha pure considerato l'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatori che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente e in ragione di quanto sopra osservato in relazione alla omissività e ingannevolezza del messaggio, permaneva, con riguardo a profili di

sensibile importanza (quali il valore intrinseco della pietra e l'incidenza percentuale delle altre voci di costo, che sono concetti assolutamente diversi dalla mera comunicazione dell'esistenza di diverse componenti di prezzo che contribuiscono a determinare il valore finale), pur dopo la consegna del materiale informativo.

Quanto alla rivendibilità dei **diamanti** a condizioni non svantaggiose, poi, l'affermazione, come sopra ampiamente rilevato, appariva oggettivamente incompleta, in quanto non esplicitava il fatto di essere condizionata al permanere delle condizioni di scarso disinvestimento verificatesi negli anni passati e alla necessità di riutilizzo del medesimo canale di acquisto.

Lo scollamento tra prezzo e valore e il conseguenziale pregiudizio economico subito dall'acquirente non assumono, poi, un rilievo inferiore in considerazione del fatto che il professionista consigliava di investire in **diamanti** un massimo del 10% del patrimonio.

Né vi era, in considerazione del fatto che si è in presenza di una fattispecie di pericolo, la necessità, invocata invece della ricorrente, di considerare, sotto il profilo degli effetti, la circostanza che i reclami pervenuti alla società siano stati solo 42 (numero, invero, tutt'altro che insignificante) e non abbiano riguardato il pregiudizio economico subito.

Deve in proposito osservarsi come la sanzione che viene irrogata per le pratiche commerciali scorrette non ha una funzione puramente reintegratoria, e dunque una matematica corrispondenza con il vantaggio economico conseguito dal professionista, essendo la stessa finalizzata a garantire un'effettiva efficacia deterrente, generale e speciale, alla luce di tutti i parametri sopra richiamati.

Quanto al preteso scorretto apprezzamento delle numerose e importanti misure concretamente adottate dal professionista e della situazione di difficoltà economica dell'azienda, infine, deve considerarsi il fatto che l'Autorità ha tenuto conto di entrambe le circostanze, pervenendo ad una riduzione di 300.000,00 euro pari a circa un quarto della sanzione determinata alla luce dei parametri sopra indicata e pari a € 1.250.000,00.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO