

Pubblicato il 04/07/2019

**N. 08747/2019 REG.PROV.COLL.**  
**N. 03513/2018 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**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 3513 del 2018, proposto da OY SRG Finland Ab, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Liguori, Enzo Marasà e Maria Vittoria La Rosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 284;

*contro*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

Emilio Franconi, non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

- del provvedimento prot. n. 0013007 del 16 gennaio 2018, con il quale l'AGCM, accertato che talune condotte poste in essere dalla Società

costituiscono, rispettivamente (i) pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2 e 22 del D. Lgs. n. 206/2005 (il “Codice del Consumo”) e (ii) violazione dell’art. 62 del Codice del Consumo, ha irrogato a quest’ultima sanzioni amministrative per un importo totale di EUR 270.000,00,

- ove occorrer possa: (i) della comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 0044922 del 30 maggio 2017, (ii) del provvedimento RIF. n. PS10780, notificato a mezzo pec in data 10 ottobre 2017, con cui l’Autorità ha rigettato gli impegni proposti dalla Società al fine di ottenere l’archiviazione del procedimento sanzionatorio, (iii) della nota prot. n. 0079149 del 23 ottobre 2017, con cui è stata comunicata alla Società la conclusione della fase istruttoria,

- ove occorrer possa, del parere rilasciato dall’AGCOM in data 11 dicembre 2017 (allo stato non conosciuto),

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, conseguente e/o comunque connesso, anche se allo stato non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 19 giugno 2019 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Il provvedimento impugnato concerne due condotte poste in essere dalla società OY SRG Finland Ab (in avanti, “Oy”), consistenti: a) nella prospettazione di sconti nell’ambito dell’offerta di hotel non accompagnata da indicazioni circa i criteri di quantificazione del risparmio conseguibile; b)

nella applicazione di un supplemento di prezzo in relazione alla tipologia di carta di pagamento utilizzata per l'acquisto di voli (cd. *credit card surcharge*). Le condotte erano state realizzate dal professionista nell'ambito dell'offerta di servizi turistici (confronto e acquisto di hotel e voli, anche separatamente) attraverso il sito [www.gotogate.it](http://www.gotogate.it).

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in seguito, anche "l'Autorità" o "Agcm") comunicava in data 30 maggio 2017, a seguito di segnalazioni da parte di consumatori pervenute a partire dal mese di settembre 2015, l'avvio del procedimento istruttorio PS10780, diretto a verificare, in rapporto alle pratiche commerciali sopra descritte, la possibile violazione degli artt. 20, 21, 22 e 62 del Codice del Consumo.

Veniva ipotizzata, quanto alla condotta sub a), l'omissione di informazioni in merito alla scontistica relativa all'offerta di hotel collegata al volo prescelto dal consumatore. In particolare, era contestata la circostanza che, all'esito della sola ricerca di un volo aereo, nella parte alta della schermata della pagina di prenotazione compariva la scritta "*Fino al 50% di sconto su molti hotel prenotando questo volo. Completa l'acquisto e scegli la migliore offerta*", senza indicazioni volte a circoscriverne la portata.

In ordine alla condotta sub b), era contestata al professionista l'applicazione di un supplemento di prezzo in relazione alla tipologia di carta di pagamento utilizzata per l'acquisto di voli (*credit card surcharge*).

3. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento era stata diffusa tramite internet, veniva richiesto il parere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (in seguito, "Agcom"), ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo; l'Agcom riteneva, con il proprio parere, il mezzo internet uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione delle pratiche commerciali oggetto del procedimento.

4. In considerazione delle risultanze istruttorie e preso atto del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Agcm, con il provvedimento impugnato, deliberava che la condotta sub a) costituiva una pratica

commerciale scorretta a degli artt. 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, mentre la condotta sub b) costituiva una violazione dell'articolo 62 del Codice del Consumo. Vietava, pertanto l'ulteriore diffusione, delle pratiche e irrogava alla società una sanzione pari a € 100.000,00 per la pratica a) e € 170.000,00 per quella sub b).

5. Oy ha impugnato il provvedimento sanzionatorio, chiedendone l'annullamento, lamentando nel primo motivo la violazione del termine massimo di cui all'art. 6 del Regolamento dell'Autorità sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore, in quanto la fase preistruttoria era durata più dei 180 giorni ivi previsti.

Al secondo mezzo di impugnazione, sostiene, quanto alla pratica sub a), che non sussistevano le condizioni per imputare alla ricorrente una condotta posta invece in essere da un soggetto terzo e sostiene che doveva essere applicato nei suoi confronti il regime di esenzioni previsto a livello normativo nazionale e comunitario per i soggetti che prestano servizi di *hosting*.

Nel terzo motivo, in via subordinata e per il caso di mancato accoglimento del precedente motivo, deduce che la condotta in questione, in quanto scarsamente significativa, non costituisce una "pratica commerciale" e, comunque, l'Autorità non aveva dimostrato la pericolosità "in concreto" della stessa. L'analisi svolta dall'Autorità sarebbe carente anche in relazione ai presunti profili di decettività del messaggio pubblicitario riscontrati e non avrebbe tenuto conto del fatto che, atteso il breve spazio richiesto dalle circostanze, il messaggio pubblicitario, per sua natura, era enfatico e conciso, salva la possibilità di acquisire istruzioni più specifiche in passaggi successivi del processo di acquisto degli hotel.

Nel quarto motivo, Oy censura la parte del provvedimento sanzionatorio relativo alla condotta sub b), e afferma che tale pratica sarebbe ammessa dall'ordinamento nazionale e comunitario, in quanto essa non coinciderebbe con l'applicazione di "spese per l'uso di determinati strumenti di pagamento",

ma con l'assegnazione di uno sconto per l'uso di una specifica carta di credito, rimanendo inalterato il prezzo di base per tutti gli altri strumenti.

Al quinto motivo, lamenta la mancata attivazione da parte dell'Autorità del suo potere di *moral suasion* di cui all'art. 4, comma 5, del Regolamento, che avrebbe potuto condurre all'archiviazione della fase preistruttoria. Deduce, poi, l'apoditticità della motivazione con cui l'Autorità ha rigettato gli impegni presentati dal professionista e finalizzati a rimuovere le condotte contestate e ritiene che non sarebbe stata adeguatamente motivata la qualificazione di tali condotte come manifestamente scorrette e gravi, in quanto rapportate al solo uso del mezzo "internet". Quanto alla pratica sub b), afferma che non sarebbe stato assolto l'onere probatorio poiché, pur avendo l'Autorità accertato una violazione dell'art. 62 del Codice del Consumo relativa al divieto di *credit card surcharge*, sarebbe stata, in realtà, contestata una condotta di natura differente, riguardante la presentazione non trasparente del prezzo.

Nel sesto e ultimo motivo, parte ricorrente contesta l'entità delle sanzioni irrogate, ritenute sproporzionate, avuto riguardo anche all'atteggiamento proattivo e cooperativo del professionista. In relazione, specificatamente, alla condotta a), sostiene che l'Autorità avrebbe dovuto valutare il grado di offensività in concreto attribuibile ad un messaggio e tenere conto del fatto che esso era stato creato e diffuso da un terzo soggetto.

Quanto alla condotta sub b), l'Autorità avrebbe errato nel calcolo della relativa durata, considerandola ancora in corso alla data del 20 ottobre 2017, mentre essa era definitivamente cessata, secondo la tesi di parte ricorrente, il 21 settembre 2017.

6. In data 5 aprile 2018, parte ricorrente ha depositato una istanza di richiesta di rinnovazione della notificazione, ex art. 44, comma 4, c.p.a. Pur premettendo che il soggetto denunciante della fattispecie che ha dato avvio al procedimento di Agcm conclusosi con il provvedimento impugnato non riveste la posizione di controinteressato nel presente giudizio, Oy ha fatto presente che il ricorso era stato notificato anche al sig. Emilio Franconi, il

quale, sulla base della documentazione acquisita, risultava aver inoltrato una segnalazione all'Autorità in data 22 febbraio 2016. Tuttavia, poiché la notifica in questione, effettuata all'indirizzo di residenza indicato dal denunciante nel modulo di segnalazione inoltrato all'Autorità, non era andata a buon fine, parte ricorrente ha chiesto, qualora ritenuto opportuno dal collegio ai fini della corretta integrazione del contraddittorio processuale, di poterla rinnovare.

7. Si è costituita in giudizio l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per resistere al ricorso, eccependo in via preliminare l'inammissibilità dell'istanza ex art. 44, comma 4, c.p.a. presentata dalla ricorrente, in ragione dell'insussistenza dei presupposti richiesti dalla norma per la rinnovazione della notifica. Chiede, altresì, che il ricorso sia dichiarato inammissibile, per la mancata notifica ad almeno un soggetto controinteressato. Nel merito, ha domandato la reiezione del gravame siccome infondato.

8. All'udienza del 19 giugno 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Preliminarmente, si rileva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, in ragione della non corretta notifica del ricorso a uno dei soggetti che hanno segnalato all'Autorità resistente le condotte di Oy oggetto di sanzione. Deve, infatti, escludersi che il soggetto che segnala la fattispecie che ha dato avvio al procedimento sanzionatorio rivesta la qualifica di controinteressato, in quanto egli è portatore di una posizione qualificata solo allorquando subisca una lesione diretta dei propri interessi. Conseguentemente, sono impugnabili da parte sua i c.d. "provvedimenti negativi", con cui l'Autorità archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire, mentre nell'ipotesi inversa, in cui l'Agcm conclude per la sussistenza della condotta censurata, lo stesso soggetto segnalante non assume alcuna posizione qualificata che comporti l'obbligo di chiamata in giudizio quale controinteressato in senso tecnico, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., potendo semmai intervenire nel giudizio secondo le regole generali

ma non potendo essere considerato quale parte necessaria cui va notificato il ricorso a pena di inammissibilità (per tutte: Tar Lazio, sez. I, 20 aprile 2018, n. 4406 e 22 marzo 2018, n. 3186).

Pertanto, è possibile soprassedere dalla richiesta di parte ricorrente di rinnovare la notificazione effettuata nei confronti del soggetto segnalante, in quanto non è una circostanza in grado di inficiare l'integrità del contraddittorio processuale instaurato.

2. Passando al merito della controversia, si rileva l'infondatezza del primo motivo di impugnazione, con il quale parte ricorrente sostiene che l'Autorità era incorsa in una causa di decadenza dall'esercizio del potere sanzionatorio, per non avere rispettato il termine massimo di 180 giorni di durata della fase "pre-istruttoria", previsto all'art. 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie.

Tale articolo prevede che l'avvio dell'istruttoria è disposto entro il termine di 180 giorni dalla ricezione dell'istanza di cui all'art. 4 del Regolamento, con cui il soggetto segnalante chiede l'intervento dell'Autorità nei confronti di una pratica commerciale ritenuta scorretta. Il termine è interrotto in caso di richiesta di informazioni, fino alla ricezione delle stesse.

Questa Sezione ha più volte rilevato come il Regolamento sulle procedure istruttorie dell'Agcm, pur prevedendo una scansione temporale dell'attività dell'Autorità, non qualifica espressamente i termini relativi alle modalità di intervento come perentori, né individua ipotesi di decadenza dalla potestà sanzionatoria, né, infine, prevede una illegittimità del provvedimento o dell'accertamento pregresso, tardivamente esercitato (cfr. Tar Lazio, sez. I, 6 marzo 2017, n. 3144 e la giurisprudenza ivi richiamata). Inoltre, si è affermato che il computo dei termini, soprattutto della fase "pre-istruttoria" dei procedimenti dell'Autorità, va collegato *“non già alla data di commissione della violazione, ma al tempo di accertamento dell'infrazione, da intendersi in una prospettiva teleologicamente orientata e quindi non già alla notizia del fatto sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il*

*riscontro della esistenza e della consistenza della infrazione e dei suoi effetti anche nel tempo della stessa*” (Tar Lazio, sez. I, 3 dicembre 2009, n. 2721).

Nella presente fattispecie, l’Autorità ha ritenuto di svolgere nella fase “pre-istruttoria”, successivamente alla denuncia, ulteriori approfondimenti, anche attraverso l’acquisizione d’ufficio di documentazione; pertanto, i termini indicati all’interno del Regolamento non possono ritenersi idonei a condizionare la legittimità di un provvedimento adottato oltre i limiti temporali astrattamente indicati, allorquando in concreto, come accaduto nel caso di specie, si è manifestata l’esigenza di ulteriori attività di indagine e di valutazione, al fine di addivenire a una conoscenza piena della questione affrontata.

Ne consegue l’inidoneità dello spirare dei termini a incidere sul potere di provvedere in capo all’Autorità.

3. Anche le censure presenti nel secondo e terzo mezzo di gravame, con le quali Oy contesta le ragioni che hanno condotto l’Autorità a sanzionarla in relazione alla condotta sub a) riportata nel provvedimento impugnato, non sono meritevoli di accoglimento.

Oy deduce che il messaggio pubblicitario sanzionato (“*Fino al 50% di sconto su molti hotel prenotando questo volo. Completa l’acquisto e scegli la migliore offerta*”) è stato creato e confezionato da un terzo soggetto (“Hotels.com”, del gruppo Expedia), partner commerciale della ricorrente – che lo ha caricato sul sito tramite l’interfaccia di servizi *hosting* della piattaforma internet su cui funziona il sito stesso. La ricorrente sostiene che l’Autorità avrebbe errato nel non applicarle il regime di esenzione dalla responsabilità per i contenuti caricati sul sito previsto in favore di un *hosting provider*, in quanto Agcmsi sarebbe limitata a dimostrare la non neutralità della piattaforma ma non anche, come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, che la ricorrente, aveva il “controllo” (e quindi la conoscenza preventiva) dei contenuti caricati sul proprio sito dagli utilizzatori.

La tesi non convince.



In primo luogo, non è possibile qualificare la parte ricorrente quale *hosting provider*, avuto riguardo alle informazioni caricate sulla propria piattaforma dal proprio partner commerciale.

In argomento, è utile richiamare quanto già affermato nella sentenza di questa Sezione n. 464 del 15 gennaio 2018 ai fini dell'operatività della clausola di esenzione da responsabilità dell'*hosting provider* per le informazioni fornite ad un destinatario del servizio prevista dalla Direttiva 2000/31/CE, *“risulta decisivo verificare se l'intermediario online interessato possa essere qualificato come professionista e se, in tale veste, abbia o meno posto in essere una pratica commerciale direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori?”*.

La decisione ha richiamato, sul punto, la giurisprudenza europea (Corte di Giustizia, cause riunite C-236/08, C-237/08, C-238/08, Louis Vuitton, par. 113), in base alla quale *“Dal quarantaduesimo ‘considerando’ della direttiva 2000/31 risulta, a tal proposito, che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine «meramente tecnico, automatico e passivo», con la conseguenza che detto prestatore «non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate»*”. Per contro, tali limitazioni di responsabilità non sono applicabili nel caso in cui un prestatore di servizi della società dell'informazione svolga un ruolo attivo, consentendo ai suoi clienti di ottimizzare la loro attività di vendita *online* (Corte di giustizia, C-521/17, Cooperatieve Vereniging).

L'Autorità ha negato, nel caso in esame, l'applicabilità alla ricorrente dell'esenzione spettante agli *hosting providers* in base alla “direttiva e-commerce” sopra richiamata sulla base di plurime ragioni, tutte condivisibili. Ha osservato, infatti, che la ricorrente non è un soggetto neutrale ma *“svolge un ruolo attivo atto a conferirgli un vantaggio economico in funzione dei servizi intermediati e una conoscenza o un controllo di tali dati?”* (par. 25 del provvedimento). Infatti, la società ricorrente, essendo una agenzia di viaggi “on line”, veniva ricompensata per il servizio fornito al fornitore di viaggio attraverso la riscossione di *“una percentuale sulle diverse prenotazioni effettuate in favore dei*

*consumatori sul proprio sito*". Inoltre, interveniva nel rapporto tra i consumatori e il proprio partner commerciale tramite la propria piattaforma di pagamento e aveva ulteriori compiti "attivi" nella gestione del servizio, quali il filtraggio dei contatti venditori/consumatori nell'attività di prevendita e post vendita. Gli era, inoltre, riconosciuta, in base al contratto stipulato con il proprio partner commerciale, la possibilità di *"personalizzare alcuni elementi di contorno dei messaggi e delle offerte predisposte dal soggetto terzo che offre il servizio di prenotazione hotel"* (cfr. il p.i., par. 26). Dunque, l'Autorità ha dimostrato, sulla base di plurime evidenze, che la piattaforma gestita dalla ricorrente non era "passiva" rispetto alle informazioni caricate dal soggetto terzo, in quanto non si limitava a condividere informazioni immesse in maniera neutrale.

I servizi professionali prestati da Oy, in definitiva, si sostanziano anche nell'attività di promozione e facilitazione della vendita "combinata" dei prodotti pubblicizzati dai partner commerciali sul proprio sito. Per queste ragioni Oy non può beneficiare della esenzione in parola, in quanto la condotta sanzionata riguarda le sue stesse attività e non le informazioni memorizzate sulla piattaforma.

4. Neppure le doglianze presenti nel terzo motivo di impugnazione e riguardanti la presunta assenza di ingannevolezza, in concreto, del messaggio pubblicitario presente sul sito meritano condivisione.

Come noto, le norme a tutela del consumo delineano una fattispecie di "pericolo", "essendo preordinate a prevenire le possibili distorsioni delle iniziative commerciali nella fase pubblicitaria, prodromica a quella negoziale, sicché non è richiesto all'autorità di dare contezza del maturarsi di un pregiudizio economico per i consumatori, essendo sufficiente la potenziale lesione della loro libera determinazione" (cfr., *ex multis*, Tar Lazio, sez. I, 4 febbraio 2013, n. 1177). Inoltre, in materia di pubblicità ingannevole la giurisprudenza, anche di questo Tribunale, 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 del consumatore al primo contatto, senza che possa rilevare in senso contrario la circostanza per la quale, in altri momenti, lo stesso consumatore possa 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 (cfr., *ex multis*: Tar Lazio, sez. I, 30 ottobre 2017, n. 10834).

E’ stato, altresì, affermato che è riconducibile al *claim* principale il pericolo o l’effetto di “aggancio” del consumatore, il quale, allettato dall’offerta in esso contenuta, massimamente visibile, corre il rischio di omettere l’integrale lettura delle parti meno evidenziate del messaggio pubblicitario recanti la completa descrizione del prodotto e dei suoi effetti di assunzione, i quali vengono così resi disponibili - e forse appresi - in un momento successivo a quello in cui il consumatore deve, secondo il paradigma individuato dagli articoli del Codice del Consumo posti a presidio della libertà di scelta del medesimo, disporre contestualmente, e con identica evidenza grafica, di tutte le informazioni utili ad assumere la decisione di natura commerciale (cfr. Tar Lazio, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1158).

Ciò anche perché, come ripetutamente chiarito, “...una volta determinato il c.d. *aggancio pubblicitario del consumatore, il solo fatto che questi sia indotto a consultare il sito per ottenere ulteriori informazioni aumenta le possibilità che egli possa poi effettivamente decidere di fruire delle prestazioni del professionista (per cui l'intento promozionale, una volta che egli consulta il sito, può dirsi raggiunto: analogamente a quando la tecnica di “aggancio” muova dalla pubblicità, televisiva, radiofonica o su quotidiani, e induca il consumatore a consultare il sito internet o a recarsi personalmente ad accertare la reale portata dell’offerta o addirittura direttamente l’acquisto”* (Tar Lazio sez. I, 30 gennaio 2014, n. 1171; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6204).

L'Autorità ha osservato che l'effetto di "aggancio" del consumatore si realizzava attraverso la proposizione di uno sconto fino al 50%, che veniva prospettato secondo modalità grafiche in grado di attirare l'attenzione della clientela ma omettendo informazioni necessarie al fine di maturare una scelta consapevole di acquisto, vale a dire quelle relative ai criteri di calcolo di tale sconto e alla quantificazione del risparmio conseguibile aderendo all'offerta (par. 27 e ss.). La motivazione dell'Autorità risulta logicamente formulata e ragionevole, anche alla luce della consolidata giurisprudenza formatasi in relazione alla portata decettiva di quei messaggi pubblicitari nei quali, al primo contatto, il consumatore non viene reso edotto del prezzo "pieno" del titolo in offerta: poiché l' "elemento prezzo" costituisce uno dei profili principali che spingono l'utente a ricercare una fonte di vendita ritenuta allettante e preferibile ad altre, deve essere considerato come un elemento essenziale del processo di acquisto al fine di una scelta consapevole da parte del consumatore (in termini, Tar Lazio, sez. I, 31 marzo 2017, n. 4114).

5. Meritano, invece, accoglimento le censure formulate nel quarto motivo nonché, parzialmente, nel quinto motivo di impugnazione, avverso l'accertamento e l'applicazione di una sanzione per la pratica sub b) del provvedimento, con cui l'Autorità ha ritenuto che Oy aveva violato l'art. 62 del Codice del Consumo ed il divieto di *credit card surcharge* ivi contemplato.

L'art. 62 del Codice del Consumo, al comma 1 dispone: "*Ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, i professionisti non possono imporre ai consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, spese per l'uso di detti strumenti, ovvero nei casi espressamente stabiliti, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista*".

Il Collegio condivide e fa proprie le argomentazioni recentemente illustrate da questa Sezione in controversie di contenuto sovrapponibile a quella oggetto di scrutinio, in relazione alla contraddittorietà dei motivi esposti dall'Autorità a sostegno della tesi della riconducibilità della condotta rilevata alla violazione dell'art. 62 del Codice del Consumo. Si evince, infatti, dalla lettura del

provvedimento, nonché dalla documentazione probatoria acquisita dall’Autorità, che, sebbene la formale contestazione rivolta al professionista riguardasse l’imposizione di un prezzo più alto – sotto forma di supplemento - al consumatore nel caso in cui scegliesse di pagare con una carta diversa da quella beneficiaria dello “sconto”, in realtà tale tesi rimaneva indimostrata e, anzi, gli elementi acquisiti suffragavano la diversa tesi per cui il professionista non informerebbe correttamente il consumatore del fatto che solo scegliendo di pagare con la suddetta carta egli avrebbe diritto ad uno sconto: sconto che, peraltro, la stessa Autorità riconosce essere legittimamente praticabile in base alla normativa vigente (cfr. Tar Lazio, sez. I, 29 aprile 2019, n. 5361; 2 maggio 2019, nn. 5522, 5523, 5524).

In definitiva, come rilevato nei precedenti richiamati, *“la condotta realmente censurata nel provvedimento, al di là della formale qualificazione giuridica datane, consiste non nell’imposizione di un prezzo più alto a seconda del metodo di pagamento prescelto, bensì nella omissione della rilevante informazione che il prezzo offerto di default come scontato è ottenibile soltanto pagando con una determinata carta e che, diversamente, il prezzo sarebbe quello comunemente praticato sul mercato, salvo sconti particolari: omissione che può indurre il consumatore, abbagliandolo con una offerta solo apparentemente conveniente, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*.

Il provvedimento sul punto, dunque, è contraddittorio avendo l’Autorità contestato una pratica (il *“credit card surcharge”* in violazione dell’art. 62 del Codice del Consumo) diversa da quella che emergerebbe dalle risultanze istruttorie e dal corredo motivazionale del provvedimento stesso, ossia la violazione dell’art. 22 del Codice in ragione dell’effetto *“aggancio”* prodotto dalla visualizzazione di *“default”* di un prezzo (il più basso), ottenibile solo pagando con la carta di credito valida per lo sconto.

Per quanto precede, il provvedimento impugnato deve essere quindi annullato nella parte in cui accerta che la pratica descritta sub b) rappresenta una

condotta in violazione dell'art. 62 del Codice del Consumo, ne vieta la continuazione e irroga una sanzione per la suddetta violazione.

6. Residuano da scrutinare, nella misura in cui sono formulate censure avverso la condotta sub a), parte del quinto motivo e del sesto motivo di impugnazione.

Quanto alle censure di cui al quinto motivo, deve escludersi che l'eliminazione del messaggio pubblicitario contestato prima della conclusione del procedimento sanzionatorio avrebbe dovuto comportare l'archiviazione del procedimento sanzionatorio, in ragione della previsione riguardante l'esercizio del potere di *moral suasion* dell'Autorità ovvero quella sulla accettazione degli impegni proposti dalla società.

Sul punto, giova ricordare che il ricorso all'istituto della "moral suasion", ai sensi del Regolamento concernente le procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, è espressamente subordinato alla valutazione discrezionale, rimessa all'Autorità procedente, della qualificabilità della pratica commerciale sospetta di ingannevolezza come non particolarmente grave.

Quanto alla presentazioni di impegni da parte del professionista, volti a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità, l'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo stabilisce che la relativa istanza non può trovare accoglimento nei "casi di manifesta scorrettezza e gravità". Inoltre, è stato più volte chiarito in giurisprudenza che

*l'Autorità "gode di ampia discrezionalità nell'accogliere o nel respingere le offerte di impegno a cessare dal comportamento scorretto da parte dei soggetti che risultano destinatari dell'apertura di una procedura di infrazione. Tale lata discrezionalità si estrinseca, più nel dettaglio, in una duplice direzione: anzitutto nell'accertare se il caso, per la sua gravità intrinseca e per la natura manifesta della scorrettezza accertata, merita in ogni caso la finalizzazione del procedimento sanzionatorio, che resterebbe altrimenti inibita dall'accettazione della dichiarazione di impegno; in secondo luogo, nella valutazione dei*

*contenuti specifici della dichiarazione espressiva dello ius poenitendi?* (cfr., da ultimo: Tar Lazio, sez. I, 9 aprile 2019 n. 4621).

Il collegio osserva che l'Autorità ha ritenuto di procedere comunque alla irrogazione della sanzione, a prescindere dall'esercizio della *moral suasion* e rigettando gli impegni presentati dal professionista in quanto la condotta sanzionata integrava una fattispecie di pratica commerciale "manifestamente scorretta e grave". La decisione dell'Autorità non risulta affetta da illogicità, avuto riguardo alla oggettiva consistenza della pratica (che, come rappresentato, riguardava un elemento essenziale dell'offerta promozionale, quale il prezzo), diffusa attraverso un mezzo, internet, dotato di particolare capacità di pervasione. Anche in relazione a tali censure, pertanto, la determinazione impugnata, per quanto attiene alla condotta sub a), risulta immune dai vizi prospettati nel ricorso.

7. Infine, nel sesto e ultimo motivo di impugnazione, parte ricorrente contesta la quantificazione della sanzione operata dall'Autorità in relazione alla condotta sub a), irrogata in misura pari a € 100.000,00. La sanzione è contestata in quanto ritenuta sproporzionata, per la mancata considerazione dell'atteggiamento cooperativo del professionista e della scarsa offensività della condotta. Inoltre, si contesta la parametrizzazione della sanzione al fatturato globale della società piuttosto che a quello specifico generato dall'utilizzo del sito internet della professionista.

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 sulla base della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente e delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

In tale quadro di riferimento, di particolare rilievo è la valutazione della dimensione economica e dell'importanza del professionista che risponde a due diverse finalità in quanto, da un lato, è volta a garantire l'effettiva efficacia

deterrente della sanzione pecuniaria, dall'altro, concorre a delineare la gravità della condotta nella considerazione che la dimensione economica del professionista, la sua notorietà - e conseguente credibilità - e la sua posizione nel mercato aggravano la valenza lesiva della condotta.

In primo luogo, non corrisponde al vero che l'Autorità non ha tenuto conto del comportamento collaborativo della società, che pur non presentando le caratteristiche del "ravvedimento operoso" risulta comunque valutato ai fini del calcolo della durata dell'infrazione (cfr. il par. 37).

L'Autorità ha, quindi, correttamente correlato la gravità della violazione alla importanza e alla dimensione economica del professionista e all'ampiezza della campagna pubblicitaria, che si è avvalsa del mezzo "internet", idoneo a raggiungere un numero considerevole di consumatori. La particolare capacità di penetrazione del messaggio pubblicitario è stata, quindi, validamente considerata come un indice particolarmente significativo della gravità della violazione.

La quantificazione è stata, altresì, correttamente commisurata al dato del fatturato globale della società, che costituisce il parametro adeguato per garantire l'efficacia deterrente della sanzione.

Prive di rilevanza sono anche le doglianze riguardanti l'asserita assenza di un pregiudizio in concreto derivante dalla condotta sanzionata, in ragione della circostanza, sopra rammentata, che le pratiche commerciali scorrette sono illeciti di "mero pericolo".

In definitiva, va considerato che la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile nei confronti di Oy è stata determinata in 100.000 euro, importo più vicino al minimo (5.000 euro) che al massimo edittale, pari, a 5 milioni di euro, e che tale importo risulta non solo congruo e proporzionato, ma anche fondato sull'applicazione di criteri avallati dalla giurisprudenza e, pertanto, legittimi.

Dunque, anche in relazione all'attività di quantificazione della sanzione, il provvedimento impugnato, in relazione alla condotta di cui al punto a), risulta



immune dai prospettati vizi.

8. In conclusione, il gravame merita accoglimento limitatamente alla domanda di annullamento del provvedimento impugnato relativo alla pratica descritta sub b), mentre per la restante parte va respinto.

9. L'accoglimento parziale del ricorso giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente, ai sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato, nella parte in cui accerta che la condotta descritta al punto II, lettera B) costituisce una violazione dell'art. 62 del Codice del Consumo, ne vieta la continuazione e applica alla società ricorrente una sanzione pari a € 170.000,00.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Lucia Maria Brancatelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Ivo Correale**

**IL SEGRETARIO**

