



QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 1
Anno I
Maggio/Giugno 2011

CON CONTRIBUTI DI:

Sveva Bernardini, Paolo Brini, Iacopo Pietro Cimino, Michele Contartese, Valeria Falce, Gianpiero Gamaleri, Alberto Maria Gambino, Gustavo Ghidini, Elisabetta Grassi, Elena Maggio, Valerio Mosca, Davide Mula, Gilberto Nava, Giulio Pascali, Ferdinando Tozzi, Eleonora Sbarbaro, Marco Scialdone, Andrea Stazi, Vincenzo Zeno-Zencovich.

ISSN (Online edition): 2239-7442

Pratiche commerciali scorrette: il Consiglio di Stato chiarisce le relazioni tra operatori di telefonia mobile e content provider.

di
Gilberto Nava, Valerio Mosca

Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 12 aprile 2011, n. 2256

Sentenza

sul ricorso numero di registro generale 10588 del 2009, proposto da: Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Liroso, Vittorio Minervini e Damiano Zannetti, con domicilio eletto presso Antonio Liroso in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Stefano Malpensi;

sul ricorso numero di registro generale 40 del 2010, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Telecom Italia Spa;

nei confronti di

Zero9 Spa, Giacomo D'Amato;

sul ricorso numero di registro generale 41 del 2010, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Vodafone Omnitel N.V.;

nei confronti di

Stefano Malpensi;

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2010, proposto da:
Vodafone Omnitel Nv, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Libertini e Vittorio Minervini, con domicilio eletto presso Vittorio Minervini in Roma, corso Dora, n. 1;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 405 del 2010, proposto da:
Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori e Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Gianni Origoni Grippo & Partner in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Zero9 S.p.A., Giacomo D'Amato;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10588 del 2009:
della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7122/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA
quanto al ricorso n. 40 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7558/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

quanto al ricorso n. 41 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7123/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

quanto al ricorso n. 130 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7123/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

quanto al ricorso n. 405 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7558/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della soc. Wind Telecomunicazioni s.p.a., della soc. Vodafone Omnitel NV e della soc. Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2011 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati così come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A seguito di alcune richieste di intervento, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora innanzi: 'l'A.G.C.M.') comunicava alla soc. Zero9 s.p.a., nella sua qualità di operatore pubblicitario, l'apertura di un procedimento relativo a una possibile pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, comma 1, lettere *a)* e *b)*, 22 e 26, lettera *f)* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ('codice del consumo', nella formulazione *ratione temporis* vigente) in relazione ad alcuni messaggi diffusi da tale società sul proprio sito internet.

In particolare, l'Autorità contestava il contenuto del messaggio pubblicitario incentrato sul seguente claim: *"Invia 10 SMS gratis al giorno. E in più ricevi subito una fantastica suoneria"*, ipotizzando che allo stesso potesse essere sottesa un'ipotesi di pratica commerciale scorretta relativa all'effettiva natura del servizio oggetto della campagna pubblicitaria.

Con atto in data 2 aprile 2008, l'A.G.C.M. deliberava la sospensione provvisoria della pratica commerciale in questione, riservandosi di svolgere un successivo approfondimento circa l'effettivo coinvolgimento

dei singoli gestori di telefonia in relazione alla pratica commerciale oggetto di contestazione.

In particolare, l'A.G.C.M. contestava all'operatore pubblicitario che il *claim* del messaggio pubblicitario in questione non si riferisse all'oggetto del servizio offerto, ma ad un servizio di intrattenimento in abbonamento il quale aveva piuttosto quale oggetto principale la possibilità di scaricare sul proprio telefono cellulare musiche e suonerie e che solo in via eventuale avrebbe consentito l'invio gratuito di messaggi di testo. Ciononostante, l'Autorità osservava che il messaggio pubblicitario in parola attribuisse un rilievo eccessivo e sproporzionato al servizio di invio di SMS, mentre le modalità di fruizione del servizio principale (e i relativi costi) non erano adeguatamente indicati nell'ambito del messaggio diffuso.

In concreto, era accaduto

Ai fini della decisione giova osservare che il meccanismo di remunerazione del servizio convenuto fra la soc. Zero9 e gli operatori telefonici appellanti era basato sul meccanismo di c.d. '*revenue sharing*', con la conseguenza che ai gestori telefonici venisse versata una percentuale del fatturato telefonico complessivo generato dalla vendita di contratti multimediali da parte della soc. Zero9, anche a titolo di remunerazione per le attività svolte in sede di offerta dei servizi.

Con decisione n. 18779 del 21 agosto 2008, l'Autorità così decideva:

- riteneva che la soc. Zero9 avesse effettivamente realizzato un'ipotesi di pratica commerciale scorretta (sanzionabile ai sensi degli articoli 21, 22 e 26 del d.lgs. 206 del 2005), essendosi limitata in maniera sostanzialmente decettiva a pubblicizzare soltanto l'elemento più appetibile del servizio offerto - la messaggeria gratuita - trascurando invece di fornire adeguate informazioni circa il prodotto nel suo complesso e finendo con l'attivare una fornitura di prodotti non richiesti in maniera consapevole da parte degli utenti.

La condotta in tal modo posta in essere, quindi, concretava gli estremi della scorrettezza ai sensi delle richiamate disposizioni del d.lgs. 206, cit.

Sul punto non vi è contestazione nell'ambito del presente giudizio;

- riteneva, altresì, che nell'ambito della complessiva vicenda anche gli operatori telefonici odierni appellanti avessero assunto la qualifica di 'operatori pubblicitari', in quanto sostanzialmente co-autori dei messaggi contestati.

In particolare, secondo l'A.G.C.M., al fine di garantire l'effetto utile della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, deve essere considerato come 'professionista qualunque soggetto che partecipi alla realizzazione della pratica, traendone uno specifico e diretto vantaggio economico e/o commerciale;

Sotto tale aspetto, l'Autorità riteneva che sussistessero tre elementi/indici rivelatori della richiamata qualificabilità come co-autori dei messaggi contestati:

a) in primo luogo, l'esistenza di un potere (preventivo e successivo) di verifica e controllo sul contenuto dei messaggi pubblicitari, riconosciuta (sia pure, secondo modulazioni diverse) dai contratti stipulati con il *content provider* Zero9 (primo elemento di responsabilità editoriale);

b) in secondo luogo, la circostanza per cui i gestori telefonici avessero espressamente consentito l'utilizzo dei propri loghi e segni distintivi nell'ambito delle operazioni pubblicitarie relative ai servizi reclamizzati, in tal modo palesando il proprio coinvolgimento diretto nell'ambito delle operazioni reclamizzate (secondo elemento di responsabilità editoriale). Secondo l'A.G.C.M., del resto, la circostanza per cui i servizi fossero offerti dalla soc. Zero9 in collaborazione con i gestori di telefonia mobile era chiara anche per i fruitori del servizio (grazie alla presenza dei loghi aziendali) ed era idonea a generare un affidamento nei loro confronti circa la correttezza del loro operato;

c) in terzo luogo, il fatto che i gestori telefonici avessero tratto un diretto vantaggio economico dalle operazioni contestate dal momento che (in base al meccanismo del c.d. '*revenue sharing*') i proventi derivanti dal traffico telefonico sulla numerazione a decade 4 nella specie utilizzata venivano ripartiti fra il fornitore di contenuti e gli stessi operatori telefonici.

In tal modo operando – secondo l'Autorità – i gestori telefonici avevano palesato una diretta cointeressenza economica nell'incrementare e sviluppare i traffici telefonici conseguenti alla fruizione di servizi a decade 4;

- L'Autorità riteneva inoltre che, attesa la specifica gravità della condotta posta in essere da ciascuno dei soggetti coinvolti nella vicenda e le circostanze aggravanti o attenuanti a ciascuno di essi riferibile, la sanzione pecuniaria andasse quantificata nei seguenti importi: euro 155.000 a carico della soc. Zero9; euro 265.000 a carico del gestore Wind Telecomunicazioni; euro 285.000 a carico del gestore Vodafone Omnitel ed euro 315.000 a carico del gestore Telecom Italia.

Il provvedimento in questione veniva impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio dai tre operatori telefonici con distinti gravami (ricorso n. 10801/08 – Wind Telecomunicazioni; ricorso n. 10799/08 – Vodafone Omnitel; ricorso n. 10516/08 – Telecom Italia).

Con le pronunce oggetto del presente appello, il Tribunale adito così provvedeva:

- respingeva i ricorsi delle compagnie telefoniche in relazione alla parte del provvedimento sanzionatorio con cui era stata riconosciuta la loro qualificabilità come operatori pubblicitari e co-autori dei messaggi pubblicitari contestati;

- per quanto concerne, invece, la quantificazione della sanzione, il primo Giudice riteneva illegittimo e incongruo l'operato dell'Autorità, la quale aveva finito per assoggettare ad una sanzione di ammontare inferiore l'autore principale della condotta (la soc. Zero9) e a sanzioni addirittura superiori i meri co-autori (le compagnie telefoniche), in tal modo

palesando una assenza di congruità nella ponderazione dei rispettivi ruoli in relazione alla condotta complessivamente realizzata.

Le sentenze in questione venivano fatte oggetto di impugnativa sia da parte degli operatori telefonici, sia da parte dell'Autorità.

In particolare:

- la sentenza n. 7122/09 veniva impugnata dalla soc. Wind Telecomunicazioni per il capo relativo alla sua qualificazione come soggetto 'co-autore' del messaggio (ricorso n. 10588/09) e dall'A.G.C.M. per il capo relativo alla determinazione del *quantum* della sanzione (appello incidentale nell'ambito del medesimo ricorso n. 10588/09);

- la sentenza n. 7123/09 veniva impugnata dalla soc. Vodafone Omnitel per il capo relativo alla sua qualificazione come soggetto 'co-autore' del messaggio (ricorso n. 130/2010) e dall'A.G.C.M. per il capo relativo alla determinazione del *quantum* della sanzione (ricorso n. 41/2010);

- la sentenza n. 7558/09 veniva impugnata dalla soc. Telecom Italia per il capo relativo alla sua qualificazione come soggetto 'co-autore' del messaggio (ricorso n. 405/2010) e dall'A.G.C.M. per il capo relativo alla determinazione del *quantum* della sanzione (ricorso n. 40/2010);

All'udienza pubblica del 21 gennaio 2011, presenti i Difensori delle parti costituite come da verbale d'udienza, i ricorsi venivano trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Giungono alla decisione del Collegio tre ricorsi in appello proposti da altrettanti gestori operanti nel settore della telefonia mobile avverso le sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Lazio con cui sono stati accolti (ma solo in parte) i ricorsi proposti avverso il provvedimento del 2009 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora innanzi: 'l'A.G.C.M.') li ha qualificati come 'professionisti' e 'co-autori' di alcuni messaggi pubblicitari ingannevoli assoggettati a sanzione ai sensi degli articoli 18 e segg. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (nella formulazione *ratione temporis* vigente), rigettando per il resto i ricorsi in questione.

Giungono, altresì, in decisione i tre distinti ricorsi proposti (in via principale ovvero incidentale) dall'A.G.C.M. avverso i capi delle richiamate sentenze con cui è stata annullata per irragionevolezza la parte dei provvedimenti contestati in cui veniva in concreto determinato il quantum della sanzione irrogata, assoggettando i gestori telefonici (nella loro veste di co-autori della condotta) ad una sanzione di importo superiore rispetto a quella disposta per il *content provider* autore in senso principale della medesima condotta.

2. In primo luogo, il Collegio ritiene di disporre la riunione degli appelli in epigrafe, sussistendo evidenti ragioni di connessione oggettiva e in parte soggettiva (art. 70, c.p.a.).

3. Con il ricorso in appello n. 1976/09 la soc. Wind Telecomunicazioni articola motivi di doglianza che possono essere così sintetizzati:

In primo luogo, la società appellante lamenta l'erroneità della pronuncia oggetto di gravame per la parte in cui ha ritenuto insussistenti i lamentati vizi procedurali relativi all'istruttoria prodromica all'irrogazione della sanzione. In particolare, l'appellante lamentava che nella vicenda di causa fossero state realizzate gravi violazioni in tema di comunicazione di avvio del procedimento conclusosi con l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

Inoltre, la disciplina del procedimento per l'irrogazione di sanzioni in materia di pratiche commerciali contenuta nel regolamento dell'Autorità del novembre 2007 non garantirebbe in modo adeguato il rispetto delle garanzie partecipative di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241;

In secondo luogo, la soc. Wind Telecomunicazioni lamenta che il Tribunale, 'correggendo' di fatto il contenuto del provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità, abbia tentato di costruire la tipologia di condotta sanzionata come illecito commissivo (ovvero omissivo) per fatto proprio e non come ipotesi di responsabilità di tipo oggettivo (sebbene l'operato dell'Autorità sottendesse proprio una siffatta forma di responsabilità).

Oltretutto, la sentenza in questione sarebbe viziata per ultrapetizione per avere ritenuto (nel silenzio sul punto da parte dei provvedimenti impugnati) che le compagnie telefoniche fossero, altresì, responsabili di aver omesso la realizzazione di un adeguato sistema di controlli sui messaggi pubblicitari in contestazione.

Sotto tale aspetto, il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:

- che il soggetto *carrier* non possiede alcun effettivo potere di controllo sulle scelte imprenditoriali ed editoriali del *content provider*, il quale è un soggetto del tutto autonomo dal primo e in alcun modo è astretto da vincoli operativi o di direttiva;
- che l'appellante non aveva mai autorizzato l'utilizzo del messaggio pubblicitario in questione (e che, anzi, il messaggio oggetto di contestazione non le era stato neppure reso noto dalla soc. Zero9, la quale aveva in tal modo contravvenuto a una precisa obbligazione contrattuale);
- che non potrebbe in alcun modo 'traslarsi' sul puro e semplice operatore *carrier* un onere di controllo sul contenuto dei messaggi oggetto di diffusione, trattandosi di attività di carattere essenzialmente pubblicitario, in alcun modo addossabile a un operatore privato;
- che l'appellante aveva diligentemente stilato delle 'linee guida operative (che il *content provider* si era impegnato a rispettare, salvo poi discostarsene in concreto) il cui rispetto avrebbe certamente impedito la diffusione di messaggi scorretti in relazione alle previsioni di cui alla Parte II, Titolo III del 'codice del consumo'.

Ancora, l'appellante lamenta che il T.A.R. avrebbe omesso di pronunciarsi sul quarto, quinto, sesto e settimo motivo del ricorso in primo grado.

Oltretutto, l'esame delle pattuizioni contrattuali intercorse con il *content provider* mostra che la società appellante avesse solo una mera facoltà

(e non già un obbligo puntuale) di sottoporre a verifica preventiva i messaggi diffusi dalla soc. Zero9. Oltretutto, tale facoltà di verifica era finalizzata unicamente ad evitare possibili abusi dell'immagine del *carrier*, tutelandone in ultima analisi gli interessi imprenditoriali.

Conseguentemente, l'utilizzo del logo dell'appellante nell'ambito delle campagne pubblicitarie oggetto di contestazione non avrebbe alcun effetto pubblicitario, ma sarebbe stato finalizzato unicamente a scopi informativi per la clientela e di salvaguardia dell'immagine dell'operatore *carrier*.

Con un ulteriore motivo di doglianza, la soc. Wind Telecomunicazioni lamenta che la nozione di 'professionista' trasfusa nella decisione in questione risulterebbe del tutto – ed illegittimamente – diversa rispetto a quella trasfusa nell'art. 18 del d.lgs. 206 del 2005.

Infine, l'appellante lamenta che la nozione di 'professionista' nella specie utilizzata dal T.A.R. risulterebbe radicalmente diversa rispetto a quella trasfusa nell'ambito della direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali scorrette, la quale non consentirebbe (neppure al fine di predisporre una soglia di tutela più elevata per i consumatori) di aderire a una nozione di 'professionista' di contenuto così ampio quale quella utilizzata dai primi Giudici.

4. Con il ricorso n. 130/2010, la soc. Vodafone Omnitel lamenta l'erroneità della pronuncia n. 7123/09 articolando i motivi di doglianza che possono essere così sinteticamente descritti.

In primo luogo, l'appellante lamenta che i primi Giudici abbiano omissis di considerare le numerose violazioni del diritto di difesa e del contraddittorio che avevano caratterizzato il procedimento prodromico all'irrogazione della sanzione di cui alla decisione impugnata in prime cure. Oltretutto, la stessa disciplina procedurale in tema di pratiche commerciali scorrette dettata dall'Autorità sarebbe illegittima, in particolar modo (art. 12 del relativo regolamento) per fissare il carattere solo facoltativo dell'audizione personale dell'incolpato.

In secondo luogo, l'appellante lamenta (con motivi in parte assimilabili a quelli articolati dalla soc. Wind Telecomunicazioni) che la sentenza in epigrafe, in qualche modo 'ortopedizzando' la stessa pronuncia dell'Autorità, avrebbe plasmato in capo all'appellante un'ipotesi di responsabilità di tipo oggettivo per mancato controllo sull'operato di un soggetto sulla quale, tuttavia, l'appellante non vantava alcun effettivo potere di controllo.

Oltretutto, il Tribunale avrebbe omissis di considerare:

- che la soc. Vodafone Omnitel ha predisposto un apposito 'Codice di condotta dei servizi a sovrapprezzo' e che la violazione di tale 'Codice' era stata espressamente contestata alla soc. Zero9;
- che, in base al contratto intercorso fra le parti, l'appellante ha la facoltà – e non l'obbligo – di previa approvazione dei messaggi pubblicitari;

- che l'uso del logo dell'appellante nell'ambito delle pubblicità diffuse da Zero9 non avesse alcuna finalità pubblicitaria, ma si limitasse ad informare i propri clienti circa la disponibilità di quei servizi.

Infine, l'appellante lamenta che la pronuncia dell'Autorità e la sentenza del T.A.R. creerebbero *ex novo* una nuova figura di 'professionista del tutto estranea rispetto alla lettera e alla *ratio* del d.lgs. 206 del 2005, così come al paradigma comunitario di riferimento (direttiva 2005/29/CE).

5. Con il ricorso n. 405/2010, la soc. Telecom Italia lamenta a propria volta l'erroneità della pronuncia n. 7558/09 articolando i motivi di doglianza che possono essere così sinteticamente descritti.

In via di sintesi, le censure articolate da tale società (in parte assimilabili a quelle articolate dalla soc. Wnd Telecomunicazioni e dalla so. Vodafone Omnitel) sono le seguenti:

- la pronuncia dell'Autorità e la sentenza del T.A.R. sono erranee per avere addebitato all'appellante un ruolo editoriale nell'ambito della pratica commerciale e una responsabilità editoriale in concreto insussistenti. Oltretutto, la nozione di 'professionista nel caso di specie utilizzata sarebbe del tutto estranea a quella propria della direttiva 2005/29/CE;

- il meccanismo del c.d. '*revenue sharing*' sarebbe di fatto reso necessari dalle previsioni di cui al d.m. 145 del 2006;

- il contratto intercorso fra l'appellante e la soc. Zero9 riconosceva alla prima la facoltà - ma non l'obbligo - di verificare ed approvare il contenuto dei messaggi pubblicitari. E tale facoltà era riconosciuta al solo fine di tutelare in via preventiva i propri interessi aziendali;

- il medesimo contratto chiariva che la responsabilità editoriale per il contenuto dei messaggi era in toto gravante sul *content provider*, mentre il soggetto *carrier* restava esonerato da tale tipo di responsabilità;

- la pronuncia del T.A.R. (la quale ha affermato la responsabilità del *carrier* per omesso controllo sull'operato del *content provider*) è erronea sia perché tale tipo di responsabilità è in concreto sconosciuta all'ordinamento, sia perché si è in tal modo riqualficata la pronuncia dell'Autorità, commettendo un evidente difetto di ultrapetizione;

- il richiamato obbligo di controllo sull'attività pubblicitaria del *content provider* è di fatto sconosciuto alla legislazione di settore ed in contrasto con il principio di libertà imprenditoriale (art. 41, Cost.), oltre ad addossare agli operatori telefonici un onere palesemente irragionevole.

6. Gli argomenti dinanzi sinteticamente richiamati, che possono essere esaminati in modo congiunto, non possono trovare accoglimento.

7. In primo luogo, il Collegio osserva che non possa giungersi all'annullamento dei provvedimenti sanzionatori impugnati nell'ambito del primo giudizio in considerazione delle lamentate violazioni procedurali.

Si osserva al riguardo che le censure a vario titolo articolate dalle società appellanti riguardano l'asserita compressione delle prerogative partecipative e procedurali, con particolare riguardo all'omessa o inesatta comunicazione di avvio del procedimento conclusosi con l'adozione dei provvedimenti sanzionatori.

Al riguardo, il Collegio osserva che i motivi in parola non possano trovare accoglimento (e che, comunque, non potrebbe in alcun modo pervenirsi al richiesto annullamento attizio), conformemente alla previsione di cui al secondo periodo di cui al comma 2 dell'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, 241 – come introdotto ad opera dell'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15, a tenore del quale *“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

La disposizione in questione (dettata per l'ipotesi di comunicazione del procedimento radicalmente omessa) non può non trovare applicazione – per un evidente principio di contenenza – anche nella diversa ipotesi, che qui rileva, in cui la comunicazione di avvio vi sia stata, ma se ne contesti in concreto l'incompletezza rispetto al paradigma legale di riferimento.

Nel merito (e per le ragioni che in seguito saranno esposte, a confutazione delle deduzioni articolate dalle società appellanti), si osserva che le ragioni in fatto e in diritto poste a fondamento dei provvedimenti sanzionatori impugnati in primo grado resistono alle censure articolate nella sede giurisdizionale sia per quanto attiene i presupposti per l'attivazione del potere sanzionatorio, sia per quanto concerne il loro apprezzamento concreto ai fini dell'irrogazione della sanzione.

Conseguentemente, risulta provato che il contenuto dispositivo dei provvedimenti sanzionatori non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato neppure laddove le società appellanti fossero state poste fin dall'inizio di rappresentare nella sede procedimentale gli argomenti di doglianza trasfusi nei propri scritti difensivi (sul punto, cfr. Cons. Stato, V, 6 luglio 2010, n. 4319; id., VI, 19 giugno 2009, n. 4101).

8. Neppure sono fondati i motivi di appello con cui le società Wind Telecomunicazioni e Vodafone Omnitel lamentano l'illegittimità dell'operato dell'Autorità appellata per avere omissso di procedere nel corso della fase procedimentale all'audizione dei soggetti interessati, nonostante questi ultimi ne avessero fatto espressa richiesta ai sensi dell'art. 12 del regolamento dell'Autorità in data 15 novembre 2007 ('Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette').

Si osserva al riguardo:

- che il comma 2 dell'art. 12, cit. (secondo cui *“il responsabile del procedimento, ove ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori, o venga richiesto da almeno una delle parti, può disporre che le parti siano sentite in apposite audizioni nel rispetto del principio del contraddittorio, fissando un termine*

inderogabile per il loro svolgimento”), contrariamente a quanto ritenuto dalle società appellanti, non obbliga in alcun modo l’Autorità a procedere all’audizione dei soggetti interessati per effetto della richiesta (l’utilizzo del termine ‘può’, depone infatti nel senso di una modalità deontica meramente facoltizzante). Al contrario, la fissazione dell’audizione costituisce una scelta propria del responsabile del procedimento, il quale vi provvederà previo apprezzamento delle circostanze del caso, senza che la mera richiesta di parte rappresenti nei suoi confronti un elemento cogente;

- che la disposizione in questione (per la parte in cui rende non obbligatoria la previa audizione personale delle parti, neppure laddove queste ne abbiano fatto espressa richiesta) non risulta violativa di alcun principio desumibile dalla pertinente disciplina primaria. In particolare, tale previsione non risulta in contrasto con la previsione di cui al comma 11 dell’art. 27, d.lgs. 206, cit. (secondo cui, nel disciplinare lo svolgimento della procedura istruttoria, l’Autorità deve garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione). Ed infatti, il procedimento istruttorio delineato dal richiamato regolamento del 2007 risulta già caratterizzato dalla più ampia possibilità per il soggetto incolpato di interloquire - anche attraverso la produzione di documentazione - con l’Autorità, ragione per cui non sembra che l’audizione personale costituisca di per sé un presidio incompressibile di partecipazione procedimentale (peraltro, risulta che le odierne appellanti abbiano versato agli atti istruttori della procedura sanzionatoria copiosa documentazione e svariate dedizioni di parte);

- che l’illegittimità dell’operato dell’Autorità (e, più a monte, del richiamato art. 12 del regolamento del 2007) non può essere affermata neppure avendo mente alla previsione di cui al secondo comma dell’art. 18 della l. 24 novembre 1981, n. 689 (il quale, nella generale materia degli illeciti amministrativi vincola l’amministrazione procedente all’audizione personale dell’interessato il quale ne abbia fatto richiesta, prima di procedere alla concreta irrogazione della sanzione). Si osserva al riguardo che la previsione da ultimo richiamata non assume valenza di principio nella materia sanzionatoria amministrativa (*i.e.*: una valenza extrasettoriale idonea a renderla applicabile anche in settori governati da discipline di specie - come la materia delle pratiche commerciali scorrette -). A tacer d’altro, infatti, il richiamato art. 18 non viene menzionato fra le disposizioni della l. 689, cit. le quali vengono espressamente richiamate dal comma 13 dell’art. 27, d.lgs. 206, cit. (ossia, dalla disposizione che individua le previsioni della l. 689 idonee a governare la disciplina sanzionatoria in tema di pratiche commerciali scorrette, *“in quanto applicabili”*).

9. Tanto premesso sotto il profilo delle asserite violazioni procedimentali, il Collegio osserva che i ricorsi in questione risultino altresì infondati nel merito.

10.1. Come si è detto in premessa, l’Autorità ha ritenuto che il complesso delle pertinenti circostanze deponesse nel senso che le

società appellanti fossero a pieno titolo individuabili quali soggetti co-autori delle campagne pubblicitarie in contestazione e che, pertanto, esse fossero responsabili a titolo proprio per la fattispecie di pubblicità ingannevole ai sensi dell'art. 20, d.lgs. 206 del 2005.

Si è, altresì, detto che l'Autorità ha fondato tale affermazione *a)* sull'elemento di responsabilità editoriale riferito al potere di verifica sui contenuti dei messaggi; *b)* sull'elemento di responsabilità editoriale derivante dal consenso all'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito della campagna pubblicitaria; *c)* dall'elemento di vantaggio economico derivante dal particolare meccanismo di remunerazione del c.d. '*revenue sharing*'.

10.2. Le società appellanti hanno contestato la richiamata prospettazione osservando:

- quanto all'elemento *a)*, che nessuno effettivo apporto fosse stato arrecato dagli operatori telefonici all'attività di ideazione, realizzazione e diffusione dei contenuti;
- quanto all'elemento *b)*, che l'utilizzo del proprio logo non avesse alcuna finalità pubblicitaria (né avrebbe in alcun modo potuto averla), ma servisse unicamente a fornire un apporto informativo di carattere 'neutrale' alla clientela circa i servizi offerti;
- quanto all'elemento sub *c)*, l'esistenza di un meccanismo di remunerazione delle risorse di banda poste a disposizione del *content provider* non testimonierebbe in alcun modo una cointeressenza circa gli obiettivi e i risultati della campagna pubblicitaria, ma rappresenterebbe un'ordinaria operazione svolta a condizioni di mercato, oltretutto resa necessaria dalla necessità (di tipo pro-concorrenziale) di rendere possibile l'offerta di servizi informativi che altrimenti non presenterebbero un adeguato carattere di remuneratività. La soc. Telecom Italia osserva, inoltre, che il richiamato meccanismo di remunerazione troverebbe in qualche misura un'espressa copertura normativa nell'ambito dell'art. 15 del D.M. 2 marzo 2006, n. 145 (*'Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo'*).

11. Il Collegio ritiene che tali argomenti non possano essere accolti.

11.1. Ad avviso del Collegio, infatti, la chiave di volta sotto il profilo logico e strutturale nell'esame della questione appena divisata è rappresentata dalla scelta (tradotta in puntuali pattuizioni negoziali) di individuare un meccanismo di remunerazione per la realizzazione delle campagne pubblicitarie oggetto di censura tale da determinare una diretta cointeressenza degli operatori telefonici *carrier* nella diffusione dei messaggi e, in ultima analisi, nella migliore riuscita della campagna pubblicitaria in termini di diffusione e remuneratività.

11.2. Il funzionamento del richiamato meccanismo di remunerazione era tale per cui l'operatore telefonico *carrier* si impegnasse a riconoscere alla soc. Zero9, a titolo di corrispettivo, una quota del costo addebitato al cliente per ogni contenuto/servizio da questi acquistato, mentre la parte restante del prezzo corrisposto dal cliente per i servizi forniti dalla stessa soc. Zero9 era trattenuta dall'operatore telefonico a titolo di

‘*revenue share*’, ossia di percentuale sul fatturato complessivo generato dalla vendita dei contenuti multimediali da parte del *content provider*, anche quale remunerazione per le attività svolte nell’offerta dei servizi.

Ebbene, il Collegio ritiene che la scelta di collegare la messa a disposizione delle proprie risorse di banda all’operatività del richiamato meccanismo di remunerazione non si traduca nella pura e semplice cessione delle richiamate risorse a un operatore terzo e distinto secondo normali condizioni di mercato, ma si risolva nella volontaria e consapevole partecipazione a un’iniziativa di tipo imprenditoriale finalizzata alla messa a disposizione dei richiamati servizi e alla massimizzazione degli utili conseguentemente ritraibili.

Ora, l’aver consapevolmente optato per un meccanismo di remunerazione il quale collegava in modo inscindibile l’apporto degli operatori telefonici (indispensabile alla realizzazione e diffusione della campagna pubblicitaria) al ritorno economico dell’iniziativa, mediante un sistema di sostanziale compartecipazione sul ricavato, giustifica appieno il giudizio dell’Autorità, la quale ha ritenuto che in tal modo operando le compagnie telefoniche avessero giustificato un giudizio di riferibilità soggettiva delle campagne pubblicitarie nel loro complesso.

Al riguardo si osserva:

- che la circostanza per cui le compagnie telefoniche ritraessero una quota percentuale dei proventi del traffico telefonico generato attraverso la fornitura dei servizi offerti dalla soc. Zero9 rende chiaro che le prime non si limitassero a cedere risorse di rete a condizioni di mercato (*i.e.*: secondo un approccio tendenzialmente orientato alla sola copertura del costo marginale della risorsa ceduta), ma che fossero direttamente ed immediatamente interessate alla massima diffusione dei messaggi e alla conseguente massimizzazione del traffico telefonico generato (insomma, che esse fossero a pieno titolo compartecipi dell’iniziativa economica nel suo complesso);

- che l’opzione per un siffatto meccanismo di remunerazione eccedesse di certo il *quid minimum* reso necessario dalle regolazioni pro-concorrenziali di settore (finalizzate a garantire l’accesso al mercato delle risorse di rete a condizioni eque e negoziate secondo buona fede). Al contrario, nessuna regola pro-concorrenziale impone agli operatori di TLC di favorire a tal punto le iniziative loro proposte, sino ad assumerne volontariamente i connessi rischi di gestione e a collegare il proprio interesse imprenditoriale alla migliore riuscita dell’iniziativa stessa;

- che, se la scelta del richiamato meccanismo di remunerazione non derivava da obblighi pro-concorrenziali resi vincolanti dalla regolazione di settore, essa discendeva invece da una libera scelta imprenditoriale del singolo operatore il quale aveva ritenuto economicamente conveniente partecipare a una determinata iniziativa pubblicitaria attraverso il proprio indefettibile apporto tecnico, convenendo con la controparte negoziale un meccanismo di remunerazione tale da determinare una diretta ed immediata cointeressenza alla più ampia

diffusione dell'iniziativa e - in via mediata - una diretta compartecipazione alla sua maggiore remuneratività economica;

11.3. Per ragioni connesse a quelle appena evidenziate, anche la scelta di consentire l'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito delle campagne oggetto di contestazione (e, in particolare, del logo d'impresa nell'ambito delle diverse schermate alle quali i potenziali clienti del servizio accedevano attivando i collegamenti resi disponibili dalla pagina iniziale predisposta dall'operatore Zero9), lungi dal rivestire la mera finalità informativa sulla quale insistono le Difese delle appellanti, costituiva a propria volta un'opzione idonea ad assicurare il miglior successo dell'iniziativa stessa e a rafforzare la diretta partecipazione e cointeressenza delle odierne appellanti alla sua realizzazione.

Si osserva al riguardo:

- che la circostanza per cui i loghi dei principali operatori nazionali di telefonia mobile comparissero sulle pagine Internet dell'operatore pubblicitario Zero9 conferiva ai messaggi diffusi (e di questo gli operatori coinvolti non potevano non essere consapevoli) una maggiore immagine di attendibilità, tale da indurre i potenziali clienti ad accostarsi all'offerta proposta con un più alto grado di fiducia;
- che non appare persuasivo l'argomento secondo cui l'utilizzo contestuale e congiunto dei (quattro) loghi non potesse sortire alcun effetto pubblicitario favorevole per ciascuno degli operatori, dal momento che nessun operatore economico accetterebbe di accostare il proprio marchio a quello di un diretto concorrente nell'ambito della medesima pubblicità. Al riguardo si osserva: *a)* che non si è contestato alle appellanti di aver partecipato all'iniziativa pubblicitaria in questione al fine di promuovere in modo diretto i propri servizi; ma si è contestata la ben diversa condotta di aver contribuito in modo determinante a favorire l'offerta pubblicitaria della soc. Zero9 (condotta, questa, ben compatibile con l'utilizzo contestuale e congiunto dei quattro loghi di impresa); *b)* che l'interesse immediato e diretto comune alle odierne appellanti era comunque quello di garantire la massimizzazione del traffico telefonico generato con l'offerta dei servizi a sovrapprezzo offerti dalla soc. Zero9 e che tale massimizzazione (pur 'pantografando' le quote di mercato possedute da ciascun operatore e lasciando inalterata la quota percentuale rispettivamente posseduta) avvantaggiava comunque ciascuno di essi attraverso un incremento pro quota del traffico generato e - in via mediata - attraverso una più congrua ritrazione della *revenue share* di rispettiva spettanza.

11.4. Concludendo anche su questo punto, si può affermare che il provvedimento sanzionatorio gravato nell'ambito dei primi ricorsi risulti esente dalle censure rubricate per la parte in cui ha ritenuto la sussistenza di un comportamento attivo da parte delle compagnie telefoniche (realizzato - *inter alia* - attraverso la volontaria compartecipazione alla riuscita economica dell'iniziativa e attraverso la messa a disposizione dei propri segni distintivi), tale da individuare le

imprese in questione quali soggetti co-autori della campagna pubblicitaria oggetto di contestazione.

11.5. Si osserva al riguardo che, una volta ascritta la condotta delle società appellanti ad un comportamento proprio di carattere commissivo, posto in essere nell'ambito della propria attività imprenditoriale e nel perseguimento dei relativi scopi, ne consegue l'infondatezza dei motivi di ricorso fondati sull'asserita violazione delle previsioni di cui all'art. 2 della direttiva 2005/29/CE (*'Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno'*).

E infatti, la richiamata condotta risulta pienamente compatibile con la definizione di "professionista" recata dalla richiamata direttiva comunitaria (*"qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista"*), in modo tale da escludere qualunque errore nell'interpretazione ed applicazione del pertinente paradigma comunitario.

12. E' alla luce di tale impostazione che vanno quindi valutati gli ulteriori argomenti difensivi profusi dalle società appellanti.

12.1. In particolare, una volta dimostrata l'esistenza di un comportamento commissivo, idoneo a concretare la fattispecie illecita sotto il profilo oggettivo, occorre domandarsi se il medesimo comportamento possa considerarsi o meno esente da un giudizio di riprovevolezza sotto il profilo soggettivo.

12.2. Al riguardo è noto che un consolidato orientamento giurisprudenziale interpreta la previsione di cui al primo comma dell'art. 3, l. 689, cit. (secondo cui *"nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"*) non già nel senso dell'indifferenza in ordine alla sussistenza o meno di un comportamento - quanto meno - colposo, bensì nel senso di porre una *praesumptio juris tantum* di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, riservando poi a quest'ultimo l'onere di dimostrare di aver agito senza colpa (Cass. Civ., sez. lav., 26 agosto 2003, n. 12391).

12.3. Ebbene, ritiene il Collegio che le odierne appellanti non siano in condizione di vincere la richiamata presunzione, atteso:

- che esse hanno coscientemente e volontariamente collaborato alla realizzazione dell'illecito (cfr. infra, sub 11);
- che esse sono operatori professionali del settore delle comunicazioni elettroniche, che disponevano di strumenti (contrattuali e conoscitivi) idonei ad prendere cognizione ed apprezzare il carattere illecito dei messaggi diffusi attraverso i propri mezzi tecnologici e che, cionondimeno, hanno consentito che la condotta illecita si realizzasse in tutta la sua portata lesiva.

- che le giustificazioni addotte, tendenti a dimostrare che esse hanno messo in opera ogni accorgimento necessario e sufficiente per evitare il prodursi della fattispecie illecita, non appaiono convincenti.

12.4. L'esame delle pertinenti pattuizioni contrattuali intercorse con il *content provider* dimostra in primo luogo che ciascuna delle appellanti disponesse contrattualmente di strumenti idonei a consentire un'indagine sul contenuto dei messaggi diffusi e che ciascuna di esse, in quanto operatore professionale del settore delle comunicazioni elettroniche, disponesse di strumenti idonei ad apprezzare il carattere illecito dei messaggi diffusi attraverso i propri mezzi tecnologici.

Il medesimo esame dimostra in secondo luogo che la violazione di tali stringenti pattuizioni aveva quale unico effetto la responsabilizzazione della controparte contrattuale.

Tutto ciò è evidentemente inaccettabile.

12.5. Ora, per quanto concerne le richiamate pattuizioni contrattuali, si osserva che:

- nel contratto intercorso fra la soc. Wind Telecomunicazioni e la soc. Zero9 era previsto un espresso dovere di comunicazione preventiva, anche al fine di soddisfare le previsioni dello specifico Codice di condotta (CASP) predisposto fra i diversi operatori del settore;

- nel contratto intercorso fra la soc. Vodafone Omnitel e la soc. Zero9 - artt. 2 e 7 - erano previsti specifici meccanismi di comunicazione ed approvazione preventiva dei contenuti dei messaggi oggetto di diffusione

Anche in questo caso, l'appellante sottolinea che il contenuto delle clausole contrattuali non era tale da consentire un controllo di tipo editoriale sul contenuto delle campagne pubblicitarie (ad es., al fine di individuare possibili profili di abuso), limitandosi - piuttosto - ad una mera verifica preventiva circa profili coinvolgenti gli interessi aziendali della società *carrier*;

- nel contratto intercorso fra Telecom Italia e la soc. Zero9 - art. 8 - era espressamente prevista la previa sottoposizione dei messaggi oggetto di diffusione al *carrier*, anche se la soc. Telecom Italia osserva che la richiamata previsione contrattuale era finalizzata unicamente a consentire alla soc. Telecom Italia di salvaguardare la propria immagine commerciale al fine di tutelarsi preventivamente dalla diffusione di contenuti dei servizi ritenuti offensivi o comunque non adeguati all'utenza della società *carrier*.

12.5.1. L'esame delle richiamate pattuizioni rende palese che, laddove si avallasse in via applicativa il criterio distributivo proposto dalle società appellanti, si ammetterebbe la sostanziale disapplicazione in via pattizia dei criteri legali di determinazione della responsabilità da illecito (criteri certamente ascrivibili all'ambito delle clausole di ordine pubblico e in quanto tali sottratti al potere dispositivo dei soggetti privati). Ancora, laddove si consentisse il pieno dispiegarsi delle richiamate clausole di manleva, si ammetterebbe l'introduzione per via pattizia di nuove

ipotesi scriminanti destinate ad operare nell'ambito (evidentemente, indisponibile) della disciplina degli illeciti amministrativi;

- che le odierne appellanti non possano addurre a propria discolpa la circostanza per cui la controparte contrattuale (*i.e.*: il *content provider*), contravvenendo alla lettera e allo spirito delle richiamate pattuizioni, non avesse in concreto reso informazioni tempestive e puntuali in ordine al contenuto delle campagne pubblicitarie oggetto di diffusione, in tal modo precludendo la possibilità per il *carrier* di operare un controllo effettivo sui richiamati contenuti. Ciò, in quanto, l'iniziale previsione di un pervasivo sistema di comunicazioni e approvazioni preventive; il carattere di particolare qualificazione professionale degli stessi *carrier* (primari operatori del settore delle comunicazioni elettroniche e anch'essi attivi nel settore pubblicitario) nonché l'immediata co-intetessenza economica nei risultati delle campagne pubblicitarie in questione (attraverso il meccanismo di remunerazione c.d. di '*revenue sharing*'), erano tutti elementi tali da innestare in capo alle attuali appellanti un onere specifico di prevenire la realizzazione di condotte illecite attraverso gli strumenti tecnologici posti a disposizione delle proprie controparti negoziali;

- che, riguardando la condotta censurata sotto l'angolo visuale dell'illecito di tipo commissivo, la conoscenza (o la conoscibilità) del contenuto delle campagne pubblicitarie costituisce il presupposto sul quale si fonda la condivisione e la cointeressenza nei confronti della condotta illecita;

- che, conseguentemente, anche ad ammettere la violazione da parte del *content provider* degli obblighi di comunicazione preventiva assunti contrattualmente, ciò non potrebbe determinare un effetto scriminante nei confronti delle odierne appellanti, le quali avevano omesso in modo colpevole di predisporre un adeguato sistema di controlli preventivi (certamente esigibile alla luce delle circostanze del caso concreto) e - in ogni caso - avevano omesso di ricorrere in concreto anche gli stessi strumenti di controllo e prevenzione negozialmente stabiliti;

12.6. Il Collegio osserva, inoltre, che il meccanismo di distribuzione degli oneri di preventiva vigilanza dinanzi richiamato non determina (contrariamente a quanto affermato dalle appellanti con argomentazioni di analogo tenore) una sostanziale traslazione in capo a soggetti privati dei poteri di vigilanza e controllo sugli illeciti sanzionabili, tipicamente spettanti all'Autorità di settore. E' evidente al riguardo che la prospettazione delle appellanti sarebbe in astratto percorribile solo laddove si condividesse il relativo presupposto logico-fattuale (ossia, che l'attività di verifica e controllo imposta ai *carrier* si innestasse su un fatto altrui - lo svolgimento di un'attività pubblicitaria da parte del *content provider*, cui il *carrier* restava essenzialmente estraneo, senza che su di essi gravassero puntuali obblighi di *facĕre* -). Tuttavia, la prospettazione in parola risulta radicalmente da escludere se solo si osservi che l'omissione contestata alle appellanti non riguarda in alcun modo un controllo di tipo pubblicistico relativo a una condotta altrui cui

il soggetto onerato restava sostanzialmente estraneo, ma riguarda – al contrario – un fatto commissivo proprio, contrario alla condotta possibile ed alternativa, la quale era in concreto esigibile sulla base del concreto atteggiarsi del regolamento negoziale;

12.6.1. Si osserva, ancora, che non può trovare accoglimento la tesi delle appellanti secondo cui non sarebbe stato esigibile nei loro confronti un comportamento tale da prevenire ed impedire il verificarsi della condotta sanzionata attraverso un adeguato (ma onerosissimo) sistema di controlli preventivi sui contenuti e le modalità delle campagne pubblicitarie. Ed infatti, pur non potendosi sottacere l'indubbia complessità tecnico-organizzativa del sistema di controlli reso necessario dalla tipologia e dal numero delle attività pubblicitarie poste in essere, è altresì certo che non sussistesse nella specie alcun impedimento di carattere assoluto alla sua realizzazione. E' altresì certo che il *quantum* di esigibilità nell'attivazione di rimedi di tipo preventivo deve essere in concreto modulato tenendo in adeguata considerazione: a) la diretta co-interessenza economica delle odierne appellanti alla riuscita e diffusione dei messaggi pubblicitari oggetto di contestazione; b) la notevolissima dimensione organizzativa delle appellanti (primari operatori di mercato); c) la loro indubbia attitudine (in qualità di operatori del settore delle telecomunicazioni, a propria volta dotati di coacervata esperienza nel settore pubblicitario) ad apprezzare i profili di ingannevolezza contenuti nelle campagne oggetto di contestazione

13. Per le ragioni sin qui esaminate, non risulta determinante ai fini della presente decisione stabilire se uno specifico onere di verifica e controllo spettasse in capo alle odierne appellanti anche in applicazione dell'art. 18 del d.m. 2 marzo 2006, n. 145 (*'Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo'*).

14. Tracciando alcune conclusioni sui punti sin qui esaminati, è possibile affermare:

a) che le odierne appellanti avessero apportato un contributo efficiente certamente determinante sotto il profilo eziologico al fine di rendere possibile il realizzarsi della condotta illecita oggetto dell'attività sanzionatoria da parte dell'Autorità;

b) che l'apporto concausale riferibile alle odierne appellanti era riconducibile ad un'ipotesi di illecito di tipo commissivo, e quindi alla previsione di cui all'art. 5, l. 689 del 1981 (in tema di concorso di soggetti nell'illecito amministrativo), per avere le appellanti contribuito con un apporto cosciente e volontario alla realizzazione delle campagne informative, condividendone in ultima analisi il contenuto e le stesse finalità imprenditoriali;

c) che, sotto tale aspetto, nessun errore qualificatorio è stato commesso dall'Autorità o dai primi Giudici in relazione alla nozione di "professionista" recata dall'art. 2 della direttiva 2005/29/CE;

d) che, inoltre, il comportamento posto in essere dalle società appellanti era altresì riconducibile a un'ipotesi di responsabilità per comportamento omissivo colpevole, per non aver posto in essere un

adeguato *setting* di strumenti di verifica e controllo (che, pure, rientrava nella loro disponibilità ed era in capo a loro concretamente esigibile) tale da impedire il verificarsi dell'illecito amministrativamente sanzionato;

e) che la fattispecie di responsabilità in tal modo posta in essere non assumeva i caratteri tipici di una responsabilità di tipo oggettivo (o per fatto altrui), ma si connotava dei caratteri tipici di una responsabilità per fatto proprio e colpevole, sì da giustificare l'adozione delle determinazioni sanzionatorie impugnate nell'ambito del primo grado di giudizio.

15. In base a quanto sin qui esposto, i ricorsi numm. 10588/2009 (Wind Telecomunicazioni), 130/2010 (Vodafone Omnitel) e 405/2010 (Telecom Italia) devono essere respinti.

16.1. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

16. Devono, a questo punto, essere esaminati: a) l'appello incidentale proposto dall'AGCM nell'ambito del ricorso n. 10588/09; b) il ricorso num. 40/2010; c) il ricorso n. 41/2010 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha chiesto la riforma delle pronunce in epigrafe per la parte in cui hanno disposto l'annullamento dei provvedimenti sanzionatori per ciò che attiene la quantificazione delle sanzioni.

Come si è esposto in narrativa, il provvedimento dell'Autorità n. 18779/08, tenuto conto della specifica gravità della condotta posta in essere dalla soc. Zero9, la capacità diffusiva del mezzo tecnico utilizzato, la durata della condotta e l'importanza economica della società in questione, l'aveva condannata a una sanzione pecuniaria pari ad euro 155.000.

Per quanto riguarda le società. Wind Telecomunicazioni, Vodafone Omnitel e Telecom Italia, tenuto conto della gravità e durata della violazione, nonché delle specifiche circostanze aggravanti a ciascuna di esse riferibili, le aveva condannate a una sanzione pecuniaria pari - rispettivamente - ad euro 265.000, ad euro 285.000 e ad euro 315.000.

Le pronunce in epigrafe hanno annullato *in parte quā* le richiamate determinazioni sanzionatorie, censurando in particolare l'assenza di congruità nella ponderazione dei ruoli rivestiti da ciascuna delle società sanzionate ai fini della quantificazione della sanzione.

In particolare, i primi Giudici hanno osservato che apparisse illogico aver assoggettato gli operatori telefonici (nella loro veste di soggetti *carrier* e meri 'co-autori' della condotta sanzionata) a un ammontare sanzionatorio addirittura superiore rispetto a quello disposto nei confronti del *content provider* Zero9, di cui non poteva comunque essere disconosciuto il ruolo di principale artefice dell'illecito sanzionato.

17. Il richiamato capo delle pronunce in epigrafe è stato gravato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha osservato:

- che l'apporto concausale fornito dagli operatori telefonici alla realizzazione dell'illecito, pur se ontologicamente diverso rispetto a quello realizzato dalla soc. Zero9, non poteva *sic et simpliciter* giustificare un giudizio di minore gravità dell'apporto fornito dai primi rispetto a quello fornito dall'autore principale dei messaggi;
- che il ruolo di meri 'co-autori' accertato in capo agli operatori telefonici non poteva giustificare un apodittico giudizio di minore gravità della condotta da questi posta in essere;
- che, in definitiva, il provvedimento sanzionatorio dovesse essere considerato congruo e motivato per la parte in cui aveva attribuito rilievo, ai fini della quantificazione della sanzione: *a)* al carattere determinante dell'apporto concausale fornito da ciascun compartecipe; *b)* alla diretta riferibilità della condotta sanzionata anche agli operatori telefonici in considerazione degli elementi di responsabilità editoriale e di cointeressenza economica; *c)* alla valutazione della determinazione economica di ciascun compartecipe.

17.1. I motivi dinanzi sinteticamente richiamati sono meritevoli di accoglimento.

17.2. Dal punto di vista sistematico occorre premettere che i criteri generali di cui fare applicazione in sede di commisurazione delle sanzioni pecuniarie nelle materie di cui al d.lgs. 206 del 2005 sono rinvenibili nell'ambito dell'art. 11 della l. 689 del 1981, a tenore del quale *"nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche"*.

La disposizione in questione, per le ragioni già richiamate, risulta idonea a governare la vicenda di causa per ciò che attiene alla determinazione del quantum risarcitorio (ed infatti, ai sensi del comma 13 dell'art. 27, d.lgs. 206, cit. – nella formulazione *ratione temporis* rilevante – per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni in tema di tutela dei consumatori, si osservano *-inter alia-* le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 12, l. 689, cit.).

Ancora dal punto di vista generale, deve essere nel caso di specie richiamato il consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui l'attività determinativa del quantum della sanzione irrogata (nonché, più a monte, il giudizio di sussunzione delle peculiarità del caso di specie entro i criteri determinativi normativamente indicati) costituisce esplicazione di una lata discrezionalità, con la conseguenza che l'operazione valutativa in tal modo posta in essere non possa essere sindacata in sede di giudizio di legittimità, laddove risulti congruamente motivata e scevra da vizi logici (Cass. Civ., I, 16 aprile 2003, n. 6020).

Impostati in tal modo i termini sistematici della questione, il Collegio ritiene che l'attività determinativa posta in essere dall'Autorità risulti esente dai vizi rilevati dai primi Giudici, se solo si osservi:

- che l'Autorità ha puntualmente tenuto conto, ai fini determinativi, di un complesso di circostanze certamente compatibili con la *litera* e la *ratio* dell'art. 11, cit. (ruolo ricoperto da ciascun coautore nell'ambito della fattispecie illecita, specifica gravità dei singoli apporti, rilevanza economica del singolo coautore, sussistenza di specifiche circostanze aggravanti);
- che, in particolare, la motivazione del provvedimento sanzionatorio appare conforme al paradigma di riferimento laddove ha affermato che, a parità di ulteriori condizioni, si sarebbe tenuto conto ai fini determinativi, della consistenza economica di ciascun partecipante (si tratta di un criterio espressamente richiamato dall'art. 11, cit.);
- che le sentenze in epigrafe non risultano persuasive laddove hanno enfatizzato il dato relativo alla diversa qualità dell'apporto di ciascuno dei coautori del fatto illecito, ritenendo irragionevole la scelta conclusiva di assoggettare a una sanzione di importo maggiore l'autore principale della condotta e a una sanzione di importo inferiore i meri soggetti coautori;
- che le decisioni in questione non tengono in adeguata considerazione la circostanza per cui (per le ragioni dinanzi richiamate sub 11, 12) ciascuno dei partecipanti alla condotta oggetto di sanzione avesse apportato un contributo concausale indefettibile ai fini della realizzazione della condotta decettiva, senza che l'apporto fornito dalla soc. Zero9 potesse essere ritenuto per definizione di maggiore gravità, laddove posto in comparazione con quello fornito dagli operatori telefonici. Al contrario, per le ragioni dinanzi richiamate, detti operatori avevano apportato alla fattispecie un contributo determinante sotto il profilo concausale, avevano agito con azioni e omissioni colpevoli e avevano ritratto dalla complessiva condotta illecita un diretto vantaggio economico di ammontare tanto maggiore, quanto maggiore era la dimensione economica e la quota di mercato detenuta;
- che la maggiore dimensione economica degli operatori di telefonia mobile rispetto a quella del *content provider* non aveva assunto un rilievo esclusivo e determinante ai fini della quantificazione della sanzione, costituendo – piuttosto – solo uno degli elementi a tal fine tenuti in considerazione (nell'ambito di un giudizio di ponderazione nel suo complesso congruo e motivato). Di ciò è riprova diretta dalla comparazione stessa degli importi delle sanzioni, la quale palesa che a fronte di un peso economico (quello del *content provider*) certamente inferiore, l'importo finale delle sanzioni irrogate è stato di entità comparabile (attestandosi in un *range* compreso fra 155.000 e 315.000 euro). Il che dimostra che, comunque, l'Autorità ha considerato comparativamente più grave la condotta realizzata dall'autore in via principale della campagna pubblicitaria contestata.

18. Per le ragioni sin qui esposte, i ricorsi in epigrafe devono essere così definiti:

- quanto al ricorso n. 10588/09, il ricorso principale deve essere respinto, mentre deve essere accolto il ricorso incidentale proposto dall'A.G.C.M. e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, deve essere disposta l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 40/2010, esso deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, deve essere disposta l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 41/2010, esso deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, deve essere disposta l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 130/2010, esso deve essere respinto;
- quanto al ricorso n. 405/2010, esso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, così decide:

- quanto al ricorso n. 10588/09, respinge il ricorso principale e accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, dispone l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 40/2010, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, dispone l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 41/2010, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, dispone l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 130/2010, lo respinge;
- quanto al ricorso n. 405/2010, lo respinge..

Condanna la soc. Vodafone Omnitel NV, la soc. Wind Telecomunicazioni s.p.a. e la soc. Telecom Italia s.p.a. alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 10.000 (diecimila) a carico di ciascuna di esse, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

IL COMMENTO

Con una serie di sentenze adottate tra marzo e aprile 2011 e dal contenuto sostanzialmente analogo [1], il Consiglio di Stato si è pronunciato su una serie di ricorsi relativi ad alcuni provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) in materia di pratiche commerciali scorrette nel settore della fornitura di *mobile content* (ad esempio loghi e suonerie) attraverso numerazioni mobili in decade "4" [2]. Tali pronunce assumono un interesse peculiare in quanto non si sono limitate – in parziale riforma delle pronunce di primo grado del Tar Lazio [3] – a confermare la correttezza delle conclusioni a cui era giunta l'AGCM nelle decisioni impugnate, ma ha svolto altresì un esame approfondito (fornendo importanti chiarimenti in merito) delle relazioni contrattuali tra gli operatori di rete mobile (cd. *mobile network operator*, MNO) ed i cd. *content provider* (ossia le imprese che, tra l'altro, realizzano i contenuti forniti al cliente e le campagne promozionali) in un settore – quello dei *mobile content* – che si caratterizza per un rilevante squilibrio nel peso economico e di mercato dei diversi attori coinvolti [4].

Vale appena la pena di ricordare che, nella propria prassi decisionale in materia di pratiche commerciali scorrette nella fornitura al pubblico di *mobile content*, l'Autorità ha costantemente ritenuto responsabili (e, conseguentemente, sanzionato) sia i *content provider* (in quanto soggetti che realizzano concretamente i contenuti ed effettuano le campagne promozionali), sia i MNO in qualità di co-autori, questi ultimi in quanto esercitano un ampio potere di controllo sul contenuto dei messaggi promozionali, forniscono il consenso all'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito delle campagne pubblicitarie, traggono un significativo vantaggio economico dal particolare meccanismo di remunerazione di cd. *revenue sharing* [5].

Proprio con riferimento a tale aspetto, il Tar Lazio aveva annullato le sanzioni irrogate dall'AGCM ai MNO a causa dell'errata ponderazione dei ruoli svolti dalle diverse imprese. In particolare, i giudici di primo grado avevano ritenuto sproporzionato e irragionevole il fatto che tali imprese fossero state assoggettate ad una sanzione superiore rispetto a quella imposta all'autore principale dell'illecito (ossia al *content provider*), pur essendo qualificabili come "co-autori" della pratica commerciale scorretta ed avendo agito con un livello di gravità attenuata [6].

Il Consiglio di Stato, invece, giunge a conclusioni parzialmente difformi. In primo luogo, è significativo il fatto che il Collegio individui la chiave di volta per inquadrare il ruolo dei MNO nel meccanismo di *revenue sharing*, affermando che esso determina "*una diretta cointeressenza degli operatori telefonici carrier nella diffusione di messaggi e, in ultima analisi, nella migliore riuscita della campagna pubblicitaria in termini di diffusione e remuneratività*". In sostanza, la diretta compartecipazione

dei MNO ai ricavi derivanti dalla fornitura del contenuto al cliente finale attribuisce a tali operatori un interesse diretto a massimizzare la diffusione dei messaggi promozionali ritenuti ingannevoli, con un conseguente incremento del traffico telefonico (intermini di numero di SMS) generato.

Le sentenze in esame hanno inoltre sottolineato che il controllo preventivo effettuato dai MNO sul contenuto dei messaggi promozionali ed il consenso all'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito delle campagne pubblicitarie determinano il sorgere in capo agli stessi MNO di una vera e propria "*responsabilità editoriale*" e, in ultima istanza, la condivisione del contenuto delle campagne promozionali e delle stesse finalità imprenditoriali dei *content provider*. In definitiva gli operatori di telefonia, lungi dal limitarsi a cedere a condizioni di mercato le proprie risorse di rete per la trasmissione dei *mobile content* agli utenti finali, sono stati considerati "*a pieno titolo compartecipi dell'iniziativa economica nel suo complesso*".

Alla luce dell'apporto causale nei termini sopra inquadrati e dell'interesse diretto alla realizzazione della condotta commerciale, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la quantificazione della sanzione effettuata dall'AGCM [7] fosse stata "*congruamente motivata e scevra di vizi logici*" [8] e, per l'effetto, ha annullato le diverse sentenze del Tar Lazio che, invece, avevano annullato le sanzioni imposte ai MNO censurando il fatto che esse non riflettessero la minor gravità della condotta dei MNO rispetto a quella dei *content provider*.

Infine, va evidenziato che i giudici del Consiglio di Stato hanno inquadrato, in maniera sostanzialmente inedita, gli effetti delle clausole di manleva contenute negli accordi bilaterali tra MNO e *content provider* (caratterizzati il più delle volte da un significativo squilibrio nel potere contrattuale delle parti), con le quali i *content provider* si impegnano a tenere indenne il MNP da qualsiasi pregiudizio derivante dalla violazione, *inter alia*, della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Tale clausola è stata utilizzata in molti casi dagli operatori di telefonia per porre interamente in capo al *content provider* il pagamento delle sanzioni irrogate dall'AGCM. Con le sentenze in questione, invece, il Consiglio di Stato sembra porre alcuni vincoli all'utilizzo di tali clausole di manleva, evidenziando cioè che esse non possono andare ad incidere su materie indisponibili per le parti, tra cui la responsabilità per aver commesso un illecito amministrativo. In particolare, il Collegio sottolinea che "*laddove si consentisse il pieno dispiegarsi delle richiamate clausole di manleva, si ammetterebbe l'introduzione per via pattizia di nuove ipotesi scriminanti destinate ad operare nell'ambito (evidentemente, indisponibile) della disciplina degli illeciti amministrativi*".

Pur se tale formulazione lascia spazio a residue ambiguità, sembrerebbe che il Collegio voglia indicare che una clausola di manleva non può essere utilizzata per ribaltare su un unico soggetto l'intero pregiudizio economico negativo derivante da violazioni normative o condotte illecite

a cui abbia contribuito anche l'altra parte, a prescindere cioè da una concreta verifica delle effettive responsabilità e condotte. Anche sotto questo profilo, dunque, l'intervento del Consiglio di Stato incide indirettamente sui rapporti contrattuali tra MNO e *content provider*, contribuendo ad identificarne i rispettivi ruoli.

Note:

[1] Sent. Cons. St. n. 1810/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 646/2010 relativa al procedimento *PS1469 - SUONERIE.IT-SUONERIE PER CELLULARI*); Sent. Cons. St. n. 1811/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 648/2010 relativa al procedimento *PS1325 - ZENG-LOGHI E SUONERIE*); Sent. Cons. St. n. 1812/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 645/2010 relativa al procedimento *PS1551 - DADA-LOGHI E SUONERIE*); Sent. Cons. St. n. 1813/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 647/2010 relativa al procedimento *PS1451 - ZED-SMS NON RICHIESTI*); Sent. Cons. St. n. 2242/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 10645/2008 relativa al procedimento *PI5723 - COSTI SMS PER IL SERVIZIO 48469*); Sent. Cons. St. n. 2251/2011 (appello contro le sentt. Tar Lazio nn. 10466-10467-10468/2008 relative al procedimento *PI6254 - MOBY.DADA.NET-BRANI MUSICALI GRATIS SUL CELLULARE*); Sent. Cons. St. n. 2256/2011 (appello contro le sentt. Tar Lazio nn. 7122-7123-7558/2009, relative al procedimento *PS457 - 10 SMS GRATIS*).

[2] I procedimenti svolti dall'Autorità hanno accertato l'ingannevolezza delle promozioni relative alla fornitura di *mobile content* e, in particolare, l'omissiva e fuorviante indicazione delle caratteristiche e dei costi del servizio.

[3] Cfr. nota n. 1.

[4] Le sentenze qui in esame riguardano esclusivamente la posizione dei MNO mentre i ricorsi dei *content provider* saranno oggetto di distinte pronunce da parte del Consiglio di Stato.

[5] In maniera molto semplificata, attraverso il meccanismo del *revenue sharing* il corrispettivo pagato dal cliente finale per l'acquisto del contenuto viene addebitato sul conto prepagato o sull'abbonamento da parte del MNO, che trattiene una quota (che ad oggi è pari all'incirca al 50-55%) e retrocede la restante parte al *content provider*.

[6] Va osservato che l'AGCM, a seguito delle pronunce del Tar Lazio, ha proceduto, attraverso nuove decisioni che hanno accolto le indicazioni fornite dai giudici amministrativi, a riadottare le sanzioni nei confronti dei MNO "salvo conguaglio ad esito del giudizio di appello".

[7] L'art. 11 della Legge 689/1981 stabilisce che "nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle

conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”.

[8] In particolare, secondo il Collegio, *“se è vero che la responsabilità del provider è superiore, secondo il codice del consumo va considerata anche la maggiore rilevanza economica delle tre società, ciò che giustifica sanzioni di importo sostanzialmente analogo”.*