

Pubblicato il 15/10/2020

N. 06233/2020REG.PROV.COLL.
N. 06280/2019 REG.RIC.
N. 07125/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6280 del 2019, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria *ex lege*, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Lmnext Ch S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, Emilio
Cucchiara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

sul ricorso numero di registro generale 7125 del 2019, proposto da
Lmnext Ch S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, Emilio
Cucchiara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

contro

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

per la riforma

quanto al ricorso n. 6280 del 2019 e al ricorso n. 7125 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 5522/2019, resa tra le parti concernente annullamento:

– del provvedimento n. 26913 adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 20 dicembre 2017, e notificato a LMnext il 16 gennaio 2018 (di seguito, “Provvedimento”, doc. 1), a conclusione del procedimento per pratiche commerciali scorrette PS/10060 –

Lastminute.com – Commissioni utilizzo carta di credito (“Procedimento”);

– del provvedimento adottato dall'Autorità nell'adunanza del 4 ottobre 2017 con cui è stato deliberato di non accogliere gli impegni presentati dalla Società, comunicato in data 10 ottobre 2017 (doc. 2);

– nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Lmnext Ch S.A. e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2020 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e udito per le parti l'avvocato Alfredo Vitale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio LMnext Ch S.A. invocava l'annullamento: a) del provvedimento n. 26913 adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 20 dicembre 2017, e notificato a LMnext il 16 gennaio 2018, a conclusione del procedimento PS/10060 –

Lastminute.com – Commissioni utilizzo carta di credito; b) del provvedimento adottato dall'Autorità nell'adunanza del 4 ottobre 2017 con cui era stato deliberato di non accogliere gli impegni presentati dalla Società, comunicato in data 10 ottobre 2017.

2. Il primo giudice accoglieva in parte il ricorso. Il TAR, infatti, escludeva la sussistenza della violazione dell'art. 62 del codice del consumo, ritenendo non lesa l'affidamento dell'originaria ricorrente quanto alla politica di *price display*, che sarebbe stata attuata con modalità approvate dalla stessa Autorità nel provvedimento di “presa d'atto”, del 19 dicembre 2014, dell'ottemperanza ad un precedente provvedimento (n. 24760 del 22 gennaio 2014 - provvedimento Bravofly).

Secondo il giudice di prime cure dal provvedimento e dalla documentazione in atti risultava che l'Autorità aveva accertato che, una volta ricercato uno specifico volo aereo sul sito internet www.it.lastminute.com, in cima alla lista delle offerte veniva visualizzato di default il prezzo più basso, corrispondente allo strumento di pagamento “più economico” (carta Maestro Widiba); selezionando un diverso mezzo di pagamento veniva, invece, visualizzata una tariffa maggiore, in molti casi anche di 20/30 euro a tratta. L'Autorità aveva anche osservato che le carte di pagamento che davano diritto al prezzo più basso erano quelle meno diffuse, come risultante dagli stessi dati forniti dal professionista. Il detto meccanismo a giudizio dell'Autorità non poteva ritenersi consentito dal combinato disposto dell'art. 62 del Codice del consumo e dall'art. 3, d.lgs. n. 11/2010, *ratione temporis* vigente, non potendosi considerare il prezzo più basso come uno “sconto” applicato in caso di utilizzo di una determinata carta di credito.

Secondo il TAR, però, sebbene l'Autorità formalmente avesse contestato al professionista di imporre un prezzo più alto al consumatore nel caso in cui avesse scelto di pagare con una carta diversa dalla Maestro Widiba, in realtà non aveva offerto elementi a supporto di tale tesi, rimasta indimostrata, bensì a supporto della diversa tesi per cui il professionista non aveva informato

correttamente il consumatore del fatto che solo scegliendo di pagare con la suddetta carta egli avrebbe avuto diritto ad uno sconto: sconto che, peraltro, la stessa Autorità riconosceva essere legittimamente praticabile in base alla normativa vigente.

In altri termini la condotta realmente censurata nel provvedimento, al di là della formale qualificazione giuridica datane, consisteva 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 era ottenibile soltanto pagando con una determinata carta e che, diversamente, il prezzo sarebbe stato quello comunemente praticato sul mercato, salvo sconti particolari: omissione che poteva indurre il consumatore, abbagliandolo con una offerta solo apparentemente conveniente, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, ossia quella di acquistare tramite "Lastminute" anziché tramite un altro operatore che poteva offrire un prezzo comunque inferiore, ovvero uno sconto a chi acquistava con una diversa carta di credito.

Il provvedimento sul punto, dunque, era contraddittorio avendo l'Autorità contestato una pratica ("*credit card surcharge*") in violazione dell'art. 62 del Codice del consumo) diversa da quella che emergeva dalle risultanze istruttorie e dal corredo motivazionale del provvedimento stesso, ossia la violazione dell'art. 22 del Codice in ragione dell'evidente effetto "aggancio" prodotto dalla visualizzazione di default del prezzo più basso, ottenibile solo pagando con carta Maestro Widiba.

In relazione alle residue censure il TAR riteneva corrette le conclusioni raggiunte dall'Autorità in ordine al fatto che le informazioni presenti nel sito internet www.it.lastminute.com non erano sufficienti a individuare in modo trasparente il ruolo di LMnext sia quale soggetto che offriva il servizio di intermediazione in qualità di agenzia turistica on line sia quale soggetto con cui si concludeva il contratto, quindi responsabile dei servizi offerti e precisava che tali informazioni non risultavano fornite né sul sito internet né

nelle collegate condizioni generali di contratto, almeno fino al 20 ottobre 2017, data a partire dalla quale era stato precisato che LMnext era il “professionista al quale l’Utente potrà rivolgersi per qualsiasi tipo di assistenza pre e post-contrattuale o reclamo relativo al Servizio stesso”.

Pertanto, in modo condivisibile, secondo il TAR, la detta condotta veniva valutata come contraria alla diligenza del professionista ai sensi dell’art. 20 comma 2, del Codice del consumo, in quanto non conforme al livello di competenza e attenzione ragionevolmente esigibili in base ai principi di correttezza e di buona fede che dovrebbero generalmente informare le condotte commerciali di un operatore dello specifico settore di attività.

Del pari, il TAR escludeva la fondatezza delle doglianze tese a stigmatizzare la pratica commerciale omissiva consistente nel non aver indicato nel sito gli elementi per conoscere i criteri di calcolo in base ai quali era determinata l’entità degli sconti prospettati con riferimento ai soggiorni in hotel. Stessa sorte avevano le censure inerenti la ritenuta insufficienza ai fini dell’adempimento dell’obbligo di cui all’art. 49, comma 1, lett. c), l’indirizzo email presente sul sito, all’interno delle Condizioni generali, quale indirizzo utilizzabile dai consumatori per qualsivoglia esigenza anche in fase precontrattuale.

Ancora il TAR respingeva le doglianze inerenti alla quantificazione della sanzione. Ed infine, escludeva la fondatezza dei motivi aventi ad oggetto il provvedimento di rigetto degli impegni presentati dall’appellante.

Conclusivamente, il TAR annullava il provvedimento impugnato limitatamente alla parte (accertamento, divieto di prosecuzione e sanzione) che riguardava la condotta descritta sub b) (*credit card surcharge*), restando viceversa confermato quanto alle ulteriori condotte ivi accertate e alle relative sanzioni.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propongono appello sia l’Autorità garante della concorrenza e del mercato sia l’originaria ricorrente, chiedendo

la riforma della pronuncia di prime cure per le parti che le vedono rispettivamente soccombenti.

3.1. L'Autorità, pertanto, si duole della sentenza del TAR di annullamento del provvedimento nella parte in cui accerta e sanziona la condotta descritta al punto II, lettera B), in quanto l'AGCM, pur avendo formalmente contestato la violazione dell'art. 62 del Codice del Consumo, non avrebbe offerto elementi a supporto di tale tesi, che sarebbe rimasta indimostrata, mentre la condotta, come emergerebbe dalle risultanze istruttorie, sarebbe diversa, ossia una pratica commerciale ingannevole in violazione dell'art. 22 del Codice del Consumo, così accogliendo la censura sollevata dalla ricorrente. L'Autorità lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado atteso che alla luce del combinato disposto dell'art. 62 del Codice del Consumo e dell'art. 3, comma 4, del D.Lgs. 11/2010 (nella versione vigente all'epoca dei fatti di causa), cui l'art. 62 Cod. del Consumo rinviava - sarebbe fatto espresso divieto di applicare sovrapprezzi in relazione all'utilizzo di carte di credito, pur essendo possibile, al tempo dell'adozione del provvedimento impugnato, applicare "sconti", in base a quanto previsto dal previgente comma 3, dell'art. 3, del D.Lgs. n. 11/2010 (possibilità oggi esclusa a seguito dell'abrogazione del citato comma 3 da parte dell'art. 2, comma 3, lett. c), Decreto Legislativo 15 dicembre 2017, n. 218, di recepimento della Direttiva 2015/2366/UE (Direttiva PSD2), relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno). Il ragionamento del TAR sarebbe errato sia in punto di fatto, in quanto dimostrerebbe che il TAR non avrebbe ben compreso la condotta materiale oggetto dell'accertamento, sia in punto di diritto in quanto confonderebbe la valutazione che l'Autorità è chiamata ad operare ai sensi dell'art. 62 del Codice del Consumo - violazione del divieto di applicazione di un supplemento di prezzo - che non richiederebbe alcuna valutazione sulle modalità di presentazione ai consumatori del sovrapprezzo che, infatti, sarebbe stata ricondotta dal TAR ad una diversa fattispecie (violazione

dell'art. 22 del Codice del consumo, ovvero una pratica commerciale ingannevole).

In punto di fatto, contrariamente a quanto sostenuto dal TAR e come correttamente rilevato dall'Autorità nel provvedimento, nel caso in esame non si sarebbero configurati sconti (come sopra detto, in ipotesi, all'epoca legittimi), bensì, a fronte dell'offerta on line di un certo servizio ad un determinato prezzo, quest'ultimo, in corrispondenza di pagamenti effettuati con carte di credito diverse da quella prevista di default dal sistema (la c.d. carta "convenzionata"), avrebbe subito incrementi. Nel caso in esame, per scegliere un'altra carta di pagamento rispetto a quella impostata di default nel sito del professionista, occorreva selezionare la finestra denominata "metodo di pagamento". Cambiando il mezzo di pagamento utilizzato nella tendina e scegliendo, ad es. Mastercard, Visa, American Express, Bonifico, MastercardDebit, ecc., il prezzo sarebbe aumentato sempre e, andando avanti nel processo di prenotazione, veniva specificato che queste maggiorazioni erano costi del servizio e dei metodi di pagamento. Quindi del tutto correttamente l'Autorità avrebbe riscontrato l'applicazione di un sovrapprezzo dipendente direttamente dal metodo di pagamento scelto.

3.2. Il Tar, inoltre, avrebbe errato nel riqualificare la condotta della ricorrente non come violazione dell'art. 62 ma dell'art 22 sempre del Codice del consumo, sostituendosi indebitamente all'amministrazione in relazione a profili che presentano margini di opinabilità.

4. Avverso la stessa pronuncia propone appello l'originaria ricorrente, che si duole delle statuizioni del TAR nella parte in cui affermano la non fondatezza delle censure svolte da LMnext in relazione a: (i) le condotte sub a.1), a.2) e c) del Provvedimento, (ii) la quantificazione delle sanzioni irrogate, (iii) il rigetto degli impegni.

4.1. Il TAR avrebbe errato nel ritenere non sufficienti le informazioni offerte dalla società appellante in ordine alla propria qualità di controparte contrattuale alla quale rivolgersi per fare valere i propri diritti. Sotto diverso

profilo, emergerebbe l'irragionevole estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 20, comma 2 e/o dell'art. 22 del Codice del Consumo nella misura in cui i profili oggetto di contestazione sarebbero specificamente disciplinati dagli artt. 49, comma 1, lett. a) e b) del Codice del Consumo. Contrariamente alla lettura datane dal TAR, i richiami all'art. 49 operati dall'odierna società appellante sarebbero stati finalizzati unicamente a dimostrare l'erroneità delle valutazioni di AGCM, e non certo per dolersi di una mancata coltivazione dell'istruttoria condotta dall'Autorità rispetto a tali previsioni. Infatti, i termini e condizioni, visualizzabili all'interno della pagina "*Condizioni contrattuali del servizio*", facilmente raggiungibile con un click dalla homepage del Sito, avrebbero offerto una adeguata rappresentazione sia della identità del professionista sia dei servizi prestati da LMnext, in qualità di intermediario.

In presenza di tali informazioni, il consumatore medio potrebbe non essere indotto ad assumere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso. Non sarebbe, quindi, configurabile, nel caso di specie, alcuna violazione dell'art. 22 del Codice del Consumo, né tantomeno dell'art. 20, comma 2, non essendo ravvisabile nel comportamento della Società alcun profilo di contrarietà alla diligenza professionale. Inoltre, né le citate lettere a) e b) dell'art. 49, né le altre disposizioni rilevanti del Codice del Consumo disporrebbero alcunché circa l'indicazione del soggetto a cui ci si doveva riferire per tutti gli aspetti concernenti l'esecuzione del contratto o ad un ipotetico obbligo di individuare "*le responsabilità proprie e quelle dell'effettivo fornitore del servizio venduto*". AGCM avrebbe mancato di dimostrare, in concreto, l'effetto decettivo per il "*consumatore medio*" delle informazioni pubblicate e il connesso vantaggio economico che ne risulterebbe per la Società.

4.2. Il giudice di prime cure avrebbe errato nel condividere l'impostazione dell'AGCM in relazione alla pretesa pratica commerciale omissiva, per aver LMnext mancato di indicare, nel Sito, gli elementi che avrebbero consentito di conoscere i criteri di calcolo in base ai quali era determinata l'entità degli

sconti prospettati con riferimento ai soggiorni in hotel. Il fulcro motivazionale su cui ruota il rigetto delle censure della Società consisterebbe nella concezione per cui l'indicazione dello sconto sarebbe idonea ad "agganciare" il consumatore, ma la mancata specificazione dei criteri di calcolo dello stesso sarebbe idonea ad incidere sulla sua decisione di natura commerciale del consumatore. In quest'ottica l'indicazione di uno sconto non corredato dalla specificazione dei relativi criteri di calcolo non avrebbe alcuna incidenza decettiva. Un simile obbligo non sarebbe in alcun modo desumibile dall'art. 7, della direttiva 2005/29/CE, che non farebbe alcun riferimento alla necessità di indicare i criteri di calcoli di eventuali sconti, ove il prezzo proposto al consumatore sia (da subito) interamente determinato.

Allo scopo di rimuovere in radice qualsiasi dubbio circa la propria totale buona fede, prima ancora della conclusione del Procedimento, LMnext avrebbe eliminato le informazioni relative agli sconti. Per effetto di tale modifica, la Società avrebbe indicato sul proprio Sito soltanto il prezzo finale al netto di eventuali sconti. Tale circostanza, anziché essere considerata dall'Autorità in termini di fattivo ravvedimento operoso, sarebbe stata "strumentalizzata", per sostenere una pretesa consapevolezza della Società in merito al carattere omissivo della propria condotta commerciale, in spregio a ogni più elementare principio di lealtà, collaborazione e buon andamento della pubblica amministrazione.

4.3. Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR alla società appellante non sarebbe imputabile una pratica commerciale scorretta in relazione alla pretesa impossibilità di rinvenire sul Sito un indirizzo e-mail o un form tracciabile cui il consumatore potesse indirizzare le proprie richieste di assistenza prima della conclusione del contratto. La società appellante, infatti, avrebbe fornito nelle Condizioni generali riportate sul Sito un indirizzo e-mail (abuse_all@lastminute.com), utilizzabile, e nella prassi utilizzato, dai consumatori per qualsivoglia esigenza, già in fase precontrattuale (art. 1); inoltre, un ulteriore indirizzo email – insieme ad una numerazione nazionale a

tariffazione ordinaria – sarebbe stato fornito all'interno della "MyArea", una sezione dedicata del Sito accessibile, direttamente dall'homepage, a seguito di un processo di registrazione del tutto gratuito. L'assenza di segnalazioni via mail avrebbe semplicemente dimostrato l'efficacia del call center telefonico. Mentre l'Autorità non avrebbe offerto alcuna valida prova dell'esistenza della condotta in questione operando un salto logico-presuntivo, condiviso senza validi motivazioni dal TAR. Inoltre, l'interpretazione dell'art. 49, comma 1, lett. c) del Codice del Consumo, non potrebbe ragionevolmente estendersi fino ad imporre al professionista l'adozione o la creazione di un nuovo indirizzo e-mail per il contatto da parte dei consumatori anche in presenza di altri idonei canali di contatto.

4.4. In relazione alla quantificazione delle sanzioni, invece, la stessa sarebbe priva di qualsiasi supporto argomentativo oltre che erronea e in palese (e irragionevole) contrasto con l'indirizzo adottato da AGCM stessa in sede di irrogazione di sanzioni negli ultimi anni. In particolare, l'Autorità non avrebbe tenuto in alcuna considerazione il ravvedimento operoso della società appellante, per eliminare le conseguenze delle violazioni contestate. Inoltre, l'Autorità si sarebbe limitata a rilevare: i) la dimensione economica del professionista, con un generico richiamo al fatto che LMnext avrebbe realizzato nel 2016 ricavi per circa 3 milioni di euro, e all'appartenenza al gruppo lastminute.com; ii) la gravità delle violazioni in considerazione del grado di diffusione delle quattro pratiche condannate; iii) la durata di ciascuna delle pratiche commerciali in questione. Mentre al TAR sarebbe ascrivibile un'integrazione postuma della motivazione, che nulla avrebbe argomentato in merito all'idoneità o meno delle azioni intraprese da LMnext. Gli accertamenti compiuti dall'AGCM si riferirebbero a violazioni assolutamente minori o marginali in considerazione della totale assenza o tenuità di effetti. Ed infatti: la pretesa omissione di informazioni in merito ai criteri di sconto riguarderebbe solamente i servizi di prenotazione di soggiorni in albergo e

tale condotta potrebbe avere avuto un impatto sull'1% (rectius meno dell'1%) di consumatori che si sarebbe avvalso di tali servizi.

4.5. L'Autorità avrebbe ritenuto di non accogliere gli impegni, perché relativi a condotte che, ove accertate, avrebbero potuto integrare le fattispecie di pratiche commerciali “manifestamente scorrette e gravi”, valutando gli stessi “incompleti e inidonei con riguardo ai profili di illiceità ipotizzati in sede di avvio del procedimento. In particolare, gli stessi apparirebbero inidonei con riguardo al *credit card surcharge*, dal momento che tali impegni incidono solo a livello di miglioramento informativo senza mutare la struttura di *pricing* esistente”. Ma una simile motivazione sarebbe del tutto inadeguata rispetto all'ampia discrezionalità di cui gode l'Autorità.

5. L'originaria ricorrente nelle successive memorie argomenta in relazione all'infondatezza dell'appello dell'Autorità, ponendo in evidenza che già nel 2014 l'Autorità avrebbe sanzionato BravoNext (società che fa parte del medesimo gruppo di imprese cui appartiene LMNext) per una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo. In particolare, con il Provvedimento del 2014 l'AGCM avrebbe contestato a BravoNext “l'omessa indicazione nel prezzo pubblicizzato all'inizio del contatto, di tutti gli oneri non evitabili che sono successivamente addebitati al consumatore” tra cui il supplemento connesso all'utilizzo di servizi di pagamento (c.d. *credit card surcharge*). A seguito di ciò Bravonext avrebbe comunicato all'Autorità di aver modificato la propria politica di *price display* e con nota del 29 dicembre 2014 l'AGCM avrebbe comunicato a Bravonext di aver preso atto delle misure adottate in esecuzione del Provvedimento, così inducendo la società nel legittimo affidamento della liceità della politica di *price display* implementata, rimasta invariata dal 2014 ad oggi. Inoltre, risulterebbe violato il termine di cui all'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, atteso che l'Autorità sarebbe venuta a conoscenza della condotta di BravoNext – che utilizza la medesima piattaforma della Società - e avrebbe avuto modo di valutarla quantomeno dal dicembre 2014. Ciononostante,

l'AGCM avrebbe notificato la contestazione a BravoNext e LMnext il 7 giugno 2017.

6. Dal canto suo l'Autorità nelle successive difese invoca la conferma della pronuncia impugnata nella parte in cui disattende il ricorso di primo grado.

7. Occorre preliminarmente disporre la riunione dei due appelli, in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

8. L'appello dell'Autorità è fondato, mentre risulta solo in parte fondato l'appello dell'originaria ricorrente.

9. Prima di procedere all'esame delle doglianze contenute negli appelli in esame è opportuno riepilogare sinteticamente i fatti a base dell'odierno contenzioso. L'originaria ricorrente è una società di diritto svizzero che fa parte del gruppo lastminute.com ed è attiva nel mercato della vendita di servizi turistici online. La Società svolge la propria attività di comparatore e agenzia di viaggio online tramite una piattaforma tecnologica accessibile dal sito www.it.lastminute.com.

Nel 2017 l'Autorità contestava alla Società di aver posto in essere le seguenti condotte:

a.1) “diffusione di informazioni poco trasparenti in merito al soggetto con il quale si conclude il contratto responsabile per il servizio turistico offerto, a cui rivolgersi per presentare reclami e/o per ottenere modifiche o cancellazioni delle prenotazioni effettuate o rimborsi;

a.2) omissione di informazioni in merito alla scontistica applicata; nell'ambito della ricerca di hotel o di voli + hotel verrebbero infatti presentate numerose offerte vantando una convenienza di prezzo anche barrando un prezzo originario per proporre uno più conveniente ed indicando uno “sconto” calcolato secondo criteri non noti o, comunque, non identificabili sulla base di valori chiari e verificabili;

b) applicazione ai consumatori di un supplemento di prezzo in relazione al pagamento con carta di credito dei servizi turistici offerti, differenziando i prezzi in relazione alla specifica tipologia di carta scelta dal consumatore

attraverso un menù a tendina. In particolare, effettuando la ricerca di un volo aereo, l'importo visualizzato ad esito dell'interrogazione del sistema si riferisce ad un eventuale acquisto effettuato con lo strumento di pagamento "meno caro" indicato di default (Maestro Widiba). Se poi il consumatore nell'ambito dell'apposito menù a tendina sceglie di pagare con altra carta di credito o altro strumento di pagamento, il sistema ricalcola il prezzo incrementandolo con le spese dovute a titolo di *credit card surcharge*;

c) nel sito internet sopra citato, inoltre, non è rinvenibile un indirizzo e-mail né un form tracciabile cui il consumatore può indirizzare richieste prima della conclusione del contratto; non sarebbe quindi previsto un "formulario di contatto" fruibile online tramite il quale poter conservare i contenuti delle conversazioni intercorse con il professionista".

All'esito del contraddittorio con l'Autorità l'appellante avanzava una proposta di impegni ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9 della delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411 (Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore), che non veniva però accolta. Terminata la fase istruttoria il procedimento veniva concluso con l'adozione del provvedimento sanzionatorio impugnato, contenente la comminazione di quattro distinte sanzioni in ragione delle quattro differenti pratiche commerciali reputate scorrette dall'Autorità.

10. In relazione alla condotta sub b) risulta convincente la ricostruzione operata dall'Autorità. La condotta contestata all'originaria ricorrente, infatti, non concerne la concessione di sconti in ragione dell'utilizzo di un determinato metodo di pagamento, ma la previsione di incrementi del prezzo del servizio offerto in corrispondenza di pagamenti effettuati con carte di credito diverse da quella prevista di default dal sistema (la c.d. carta "convenzionata"). Il meccanismo dello sconto prevede, infatti, che indicato un prezzo al consumatore, lo stesso subisca un abbattimento nel caso di utilizzo di un particolare metodo di pagamento. Il meccanismo elaborato, invece, dall'appellante prevedeva aumenti in ragione del "non utilizzo" del

metodo di pagamento previsto di default dal sistema, corrispondente alla carta di credito meno diffusa tra i consumatori. In definitiva, la scelta dei metodi di pagamento largamente più diffusi tra i consumatori si traduceva sempre in una maggiorazione del prezzo.

Risulta, pertanto, corretto il richiamo all'art. 62, comma 1, del Codice del consumo, che prevede che: *“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”*. Mentre non può trovare applicazione il comma 3 dell'art. 3 del d.lgs. n. 11/2010, all'epoca vigente che consentiva che il prestatore dei servizi di pagamento potesse consentire al beneficiario di applicare al pagatore una riduzione del prezzo del bene venduto o del servizio prestato per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento compreso nell'ambito di applicazione del decreto stesso. Il meccanismo nei termini sopra descritti, infatti, conduceva sempre ad un incremento del prezzo nel caso di scelta di un mezzo di pagamento diverso da quello impostato dal sistema, che come detto corrispondeva a quello largamente meno diffuso tra i consumatori.

Una ricostruzione di tal fatta esclude la violazione dell'affidamento invocato dalla società appellante. Infatti, dalla lettura della nota inviata da Bravofly all'Autorità nel maggio del 2014 si evince che in relazione al provvedimento n. 24760 del 22 gennaio 2014 notificato, quanto alla condotta inerente l'addebito di ulteriori oneri economici rispetto al prezzo pubblicizzato a titolo di spese di gestione e di pagamento con carte di credito con cui si configurava una violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo, Bravofly si sarebbe impegnata a inserire tra i parametri di ricerca un menu a tendina che consente all'utente di scegliere sin dal primo contatto e prima della prospettazione di qualsiasi prezzo lo strumento di pagamento con cui intende procedere alla conclusione della prenotazione. Da ciò emerge, da un lato, che la contestazione operata dall'Autorità all'epoca a diversa società non

riguardava la violazione dell'art. 62 del Codice del consumo, che la condotta contestata era differente, come differente risulta la situazione descritta da Bravofly nella sua nota di risposta del maggio 2014 quale rimedio per le contestazioni del gennaio 2014 dell'Autorità rispetto a quella oggetto del provvedimento sanzionatorio. Appare utile rammentare, infatti, che la condotta sub b) è descritta nei seguenti termini: *“In particolare, effettuando la ricerca di un volo aereo, l'importo visualizzato ad esito dell'interrogazione del sistema si riferisce ad un eventuale acquisto effettuato con lo strumento di pagamento “meno caro” indicato di default (Maestro Widiba). Se poi il consumatore nell'ambito dell'apposito menù a tendina sceglie di pagare con altra carta di credito o altro strumento di pagamento, il sistema ricalcola il prezzo incrementandolo con le spese dovute a titolo di credit card surcharge.”* La differenza è evidente, dal momento che Bravofly si impegna a non prospettare alcun prezzo prima della scelta da parte del consumatore del metodo di pagamento, mentre la condotta sanzionata nel provvedimento impugnato fa riferimento ad un prezzo che viene visualizzato sulla scorta di un metodo di pagamento meno caro, ossia la carta di credito meno diffusa, che subisce un incremento dopo la scelta del metodo di pagamento da parte del consumatore.

A conferma di ciò è sufficiente leggere la memoria dell'appellante prodotta all'interno del procedimento dinanzi all'Autorità con la quale si impegnava a modificare il proprio sito indicando che in mancanza di una previa scelta del metodo di pagamento il prezzo sarebbe stato computato sulla scorta del metodo di pagamento più conveniente ossia la carta di credito Maestro Widiba.

La diversità riscontrata, da un lato, esclude in radice qualsivoglia presunta lesione del principio di affidamento; dall'altro, fa cadere qualsivoglia riferimento ad una presunta violazione del termine per contestare la condotta sanzionata ex art. 14, l. 689/1981. La pronuncia del giudice di prime cure deve, pertanto, essere riformata sotto questo profilo con la conseguente reiezione del corrispondente motivo di ricorso di prime cure. La doglianza

subordinata contenuta nell'appello dell'Autorità in relazione allo stesso capo della pronuncia di prime cure resta, invece, assorbita non residuando alcun interesse al suo scrutinio, stante la portata pienamente soddisfattiva derivante dall'accoglimento della prima doglianza.

11. Per ciò che concerne l'appello dell'originaria ricorrente, lo stesso merita di essere accolto in relazione alla condotta di cui sub c) della società appellate, sanzionata per aver violato quanto disposto dall'art. 49, comma 1, lett. c) del Codice del consumo, secondo il quale: *“Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile:...c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce;”*.

La norma in questione, introdotta dal d.lgs. n. 21/2014, in recepimento dell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE, deve essere letta alla luce dell'interpretazione che ne ha fornito la Corte di Giustizia nella pronuncia del 10 luglio 2019, nella causa C 649/17. Nella citata pronuncia la Corte offre un'esegesi della norma che contempera un livello elevato di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, che così motiva: *“46. Da quanto precede risulta che, sebbene l'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2011/83 non determini la natura precisa del mezzo di comunicazione che deve essere attivato dal professionista, tale disposizione obbliga necessariamente il professionista a mettere a disposizione del consumatore un mezzo di comunicazione che consenta a quest'ultimo di contattarlo rapidamente e di comunicare efficacemente con lui.*

47. Spetta al giudice del rinvio valutare se, tenuto conto del complesso delle circostanze in cui il consumatore prende contatto con il professionista per mezzo di un sito Internet e in particolare della presentazione e della funzionalità di tale sito, i mezzi di comunicazione messi a disposizione di tale consumatore da detto professionista consentano al consumatore

di contattare il professionista rapidamente e di comunicare efficacemente con lui, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2011/83...

51. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre interpretare i termini «ove disponibili», figuranti all'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2011/83, nel senso che essi si riferiscono ai casi in cui il professionista disponga di un numero di telefono o di fax e che non li utilizzi unicamente a fini diversi dal contatto con i consumatori. In caso contrario, tale disposizione non gli impone di comunicare al consumatore tale numero di telefono, o addirittura di attivare una linea telefonica, o di fax, oppure di creare un nuovo indirizzo di posta elettronica per consentire ai consumatori di contattarlo.

52. Peraltro, si deve ritenere che tale disposizione non osti a che il professionista fornisca mezzi di comunicazione diversi da quello telefonico o mediante fax o posta elettronica al fine di soddisfare i criteri di una comunicazione diretta ed efficace, come, in particolare, un modulo di contatto elettronico, mediante il quale i consumatori possono rivolgersi ai professionisti tramite un sito Internet e attraverso il quale essi ricevono una risposta scritta o possono essere rapidamente richiamati. Più in particolare, essa non osta a che un professionista che offra beni o servizi online e che posseda un numero di telefono disponibile in alcuni clic, incoraggi l'utilizzo, da parte del consumatore, di altri mezzi di comunicazione non menzionati in tale disposizione, come un sistema di messaggia istantanea o di richiamata telefonica, per consentire al consumatore di contattarlo rapidamente e di comunicare efficacemente con lui, purché le informazioni che il professionista è tenuto a fornire in forza dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2011/83, e, in particolare, detto numero di telefono, siano resi accessibili in maniera chiara e comprensibile, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. A quest'ultimo proposito, il fatto che il numero di telefono sia disponibile solo a seguito di una serie di clic non implica, di per sé, che la maniera utilizzata non sia chiara e comprensibile, in una situazione come quella di cui alla controversia principale, che riguarda un professionista che propone la vendita online di diversi prodotti, esclusivamente tramite un sito Internet.”

Tanto premesso nella fattispecie non è revocato in dubbio dalle parti che la società appellante avesse predisposto un apposito call center per le

comunicazioni con i consumatori e che lo stesso rappresentasse un mezzo idoneo per assicurare un rapido contatto con il professionista, sicché la mancata predisposizione di un apposito indirizzo di posta elettronica o il non agevole utilizzo di quelli predisposto dal professionista, non possono essere ritenute come omissione o condotta violativa del precetto di cui al citato art. 49, comma 1, lett. c), atteso che lo stesso risulta rispettato in ragione del fatto che il professionista strutturi un efficace e tempestivo strumento di comunicazione con il consumatore.

Sotto questo profilo, pertanto, l'appello proposto dall'originaria ricorrente merita di essere accolto.

11.1. Stessa sorte non accomuna le residue doglianze ivi esposte.

In particolare, quanto alla doglianza relativa alla condotta sub a1), la società appellante ritiene che i consumatori non avessero alcun dubbio su quale fosse l'effettivo prestatore del servizio turistico e sul diverso soggetto al quale rivolgersi per far valere i propri diritti. L'originaria ricorrente, infatti, avrebbe offerto nella pagina "Condizioni contrattuali di servizio" una adeguata rappresentazione sia della identità del professionista sia dei servizi prestati da LMnext, in qualità di intermediario e il *footer* collocato in fondo a ogni pagina del sito ne avrebbe riportato i dati identificativi. Da qui l'impossibilità di configurare una violazione del comma 2 dell'art. 20 o dell'art. 22 del Codice del consumo. In senso opposto però deve rilevarsi che le informazioni in questione non risultavano presenti nelle condizioni generali di contratto se non dopo il 20 ottobre 2017 allorquando le stesse venivano modificate. La lettura delle condizioni generali di contratto prima della modifica intervenuta in data 20 ottobre 2017 impedivano al consumatore di avere alcuna indicazione in ordine all'individuazione del soggetto con cui si concludeva il contratto e al responsabile dei servizi offerti. All'indomani delle modifiche delle condizioni contrattuali restava omessa l'informazione relativa al ruolo di intermediazione svolto dall'appellante con ciò che ne consegue in termini di delimitazione della responsabilità della stessa e del fornitore dei servizi di

trasporto e di alloggio. Corretto appare, pertanto, il richiamo all'art. 20, comma 2, e all'art. 22 del Codice del consumo, configurandosi la citata pratica commerciale come contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio e caratterizzata dall'omissione di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale. È evidente, infatti, che la mancata indicazione del ruolo ricoperto da parte del professionista si atteggiava quale messaggio ingannevole, che impedisce la formazione di una volontà consapevole da parte del consumatore (*ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6033). Peraltro, il carattere ingannevole della pratica commerciale deve essere valutato a prescindere dall'esito concretamente lesivo prodotto dalla condotta del professionista: infatti, la ratio della disciplina in materia pubblicitaria è quella di salvaguardare la libertà di autodeterminazione del destinatario di un messaggio promozionale da ogni erronea interferenza che possa, anche solo in via teorica, incidere sulle sue scelte e sui riflessi economici delle stesse fin dal primo contatto pubblicitario, imponendo, dunque, all'operatore un preciso onere di chiarezza nella redazione della propria comunicazione d'impresa (Cons. St., Sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3754). Una simile valutazione va poi fatta in astratto, non essendo necessario per l'Autorità di offrire la prova che il comportamento in concreto abbia cagionato un danno al consumatore, atteso che la disciplina in questione mira a sanzionare le condotte potenzialmente idonee a ledere la consapevole capacità del consumatore di determinarsi.

Quanto poi alla nozione di consumatore medio, questa Sezione ha già chiarito che tale deve intendersi quello normalmente informato e ragionevolmente avveduto, che avrebbe altrimenti potuto non prendere, tenuto conto delle caratteristiche del mercato in cui opera le proprie scelte, risultando con ciò violato il prioritario onere di diligenza gravante sul professionista. La circostanza che l'acquisto di beni e servizi avvenga su internet non implica di

per sé che il consumatore sia dotato di conoscenze di grado superiore. Internet, infatti, rappresenta semplicemente un ambiente nel quale operano professionisti e consumatori, caratterizzato da particolari modalità di contatto rispetto alle quali emerge una peculiare nozione di consumatore medio, che non può che variare in ragione dei differenti parametri a cui agganciare la detta nozione. Del resto, la massiccia diffusione e l'ampio utilizzo del commercio elettronico è tale che non può in alcun modo prospettarsi l'idea di un ambiente il cui accesso presuppone conoscenze particolarmente elevate non possedute da un consumatore medio. Un conto, infatti, è la conoscenza dei meccanismi necessari per la conclusione dei contratti sul web, un conto è la capacità di comprendere anche in assenza di adeguate informazioni da parte del professionista, come nella fattispecie, l'esatta individuazione del contraente e la delimitazione della responsabilità dell'intermediario ovvero del prestatore del servizio.

11.2. Quanto, invece, alla doglianza relativa alla condotta di cui sub a.2), relativa all'omissione di informazioni in merito alla scontistica applicata, non risulta convincente la giustificazione addotta dall'appellante, secondo la quale non potrebbe rispondere dell'illecito consumeristico accertato dall'Autorità con riferimento alla incompletezza delle informazioni sugli sconti pubblicizzati sul proprio sito, in ragione della limitatezza dei dati ad essa trasmessi dalle strutture alberghiere. La mancata conoscenza non può assurgere al rango di scusante rispetto ad un comportamento dell'originaria ricorrente che utilizzando la rappresentazione della differenza tra un prezzo più alto e un prezzo scontato attirava il consumatore in qualità di intermediario. Deve, infatti, rammentarsi come il principio di chiarezza e completezza nelle comunicazioni pubblicitarie si impone fin dal primo contatto o "aggancio" con il consumatore che deve essere posto nelle condizioni di poter valutare l'offerta economica nei suoi elementi essenziali al fine di percepirne con chiarezza la portata e poter conseguentemente operare una consapevole scelta economica.

12. Quanto, infine, all'entità delle sanzioni la società appellante lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 27 del D.Lgs. n. 206/2005 e dell'art. 11 L. n. 689/1981, nonché violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza ed eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche.

Com'è noto in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico. I criteri generali di cui fare applicazione in sede di commisurazione delle sanzioni pecuniarie nelle materie di cui al d.lgs. 206 del 2005 (tutela del consumatore) sono rinvenibili nell'ambito dell'art. 11 della l. 689 del 1981, per il 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" (cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4799). Nella fattispecie i detti parametri risultano essere stati utilizzati dall'Autorità per la quantificazione delle sanzioni, tenendo conto del fatturato societario, del suo operare con un marchio connotato da una posizione di leadership nel mercato, della pervasività del mezzo di comunicazione utilizzato, nonché della gravità delle pratiche commerciali scorrette. Al contempo, non convince la doglianza relativa alla mancata considerazione del ravvedimento della società appellante, atteso che il ravvedimento operoso deve tendere all'eliminazione degli effetti dannosi causati dalla condotta illecita e non può, invece, limitarsi alla cessazione del comportamento illecito. Questa valutazione, va chiarito, non si pone quale integrazione postuma della motivazione da parte del giudice di primo grado, ma quale motivo di inapplicabilità della disciplina sul ravvedimento operoso invocata dall'originaria ricorrente. Del resto, in sede di irrogazione della sanzione, l'Autorità ha tenuto conto del fatto che la durata della pratica di cui al punto

a.2) risultava dal 29 maggio 2017 fino al 13 novembre 2017 e la durata della pratica di cui al punto c) risultava dal febbraio 2017 al 31 ottobre 2017, con conseguente minore impatto sull'importo base della sanzione. Sforzata di adeguata prova è anche la lamentata violazione del principio di proporzionalità con riferimento a precedenti provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità stante la diversità delle situazioni prese in esame.

Fuori fuoco risulta anche l'invocato richiamo alla disciplina del pagamento in misura ridotta contenuta nell'art. 16, comma 3, della l. 689/1981, cui non fa rinvio il comma 13 dell'art. 27 del d.lgs. 206/2005 e che, quindi, non può ritenersi operante in materia.

13. Quanto, infine, al rigetto degli impegni presentati dalla società appellante non si rinviene alcun difetto di motivazione, avendo correttamente l'Autorità riscontrato la presenza di un caso di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, tale da escludere ai sensi del comma 7 dell'art. 27, d.lgs. 206/2005, la disciplina sull'accettazione degli impegni. L'istituto degli impegni, infatti, costituisce un meccanismo di definizione semplificata prefigurato dall'ordinamento per le sole fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socio-economico, trovando un limite espresso di applicazione nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale posta in essere (cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2020, n. 1425). Tutte le condotte sanzionate dall'Autorità, infatti, sono state ritenute, ivi inclusa quella sul divieto di *credit card surcharge*, di gravità tale da escludere l'operatività della disciplina in questione. Inoltre, con particolare riferimento alla citata condotta l'Autorità ha ritenuto i detti impegni nel merito, "incompleti e inadeguati" a rimuovere i profili di illiceità contestati, dal momento che tali impegni incidono solo sul livello di informazione fornita al consumatore ma non mutavano la struttura di *pricing*.

In definitiva, anche sotto questo profilo non si riscontra alcuna delle illegittimità lamentate dalla società appellante.

14. L'appello dell'Autorità va, quindi, accolto; mentre, va accolto in parte nei sensi di cui in motivazione l'appello dell'originaria ricorrente con ciò che ne consegue in termini di parziale riforma dell'impugnata sentenza, nel senso che devono ritenersi infondati i motivi I, II, III, IV, VI e VII, mentre risulta fondato il V motivo del ricorso di prime cure. Da ciò deriva la caducazione del provvedimento sanzionatorio per ciò che concerne la condotta descritta nello stesso sub c).

15. La reciproca soccombenza consente di compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- accoglie ai sensi e limiti di cui in motivazione l'appello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;
- accoglie in parte ai sensi e limiti di cui in motivazione l'appello di Lmnext Ch S.A.
- riforma la pronuncia di primo grado e, per l'effetto, accoglie in parte nei sensi di cui in motivazione il ricorso di primo grado di Lmnext Ch S.A., respingendolo per il resto.
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO