

Pubblicato il 02/12/2019

N. 08227/2019 REG. PROV. COLL.
N. 02624/2019 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 2624 del 2019, proposto da Fly Go Voyager S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Contaldi La Grotteria, Paolo Pittori ed Andrea Perani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 24;

contro

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

nei confronti

Wizz Air Hungary Ltd., Unione Nazionale Consumatori e Sportello Europeo del Consumatore non costituiti in giudizio;

Ryanair Dac, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arcangelo Pecchia e Matteo Castioni, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Matteo Castioni in Roma, via G. Cuboni, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 782/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Matteo Castioni, Raffaele Bifulco, per delega dell'avv. Pittori, Vagnucci, in dichiarata delega dell'avv. Contaldi, ed Andrea Fedeli dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Fly Go è una “Online Travel Agency” (“OTA”), ovvero una società che svolge (dal 2012) attività di intermediazione nell’offerta di servizi turistici finali (come ad esempio, voli, alloggio in hotel e altri servizi accessori) attraverso i siti internet dalla stessa gestiti.

In particolare, essa mette a disposizione dei propri utenti un “servizio di comparazione”, che consente agli stessi di scegliere il pacchetto turistico o il singolo servizio (volo, hotel, etc.) alle condizioni economiche più convenienti, in quel momento, sul mercato. Inoltre, il sito internet di Fly Go consente di prenotare e acquistare direttamente sui siti internet dalla stessa gestiti i servizi scelti, effettuando il relativo pagamento on line attraverso carte di credito o carte prepagate (cosiddetto “servizio di prenotazione”).

2 – Con il provvedimento n. 26713 del 14 settembre 2016 (procedimento PS9315), l’AGCM ha irrogato alla predetta società tre sanzioni amministrative pecuniarie pari, rispettivamente, a € 230.000, € 175.000 ed € 95.000, ritenendo che Fly Go avrebbe posto in essere tre distinte pratiche commerciali scorrette,

ovvero: 1) “utilizzo ingannevole di segni distintivi di noti professionisti attivi nel settore del trasporto aereo (quali “Ryanair” e “Wizzair”) all’interno degli annunci pubblicitari diffusi sul motore di ricerca Google tramite il servizio AdWords nella confusoria configurazione grafica dei siti internet collegati a tali annunci”; 2) “ricorso a modalità decettive di presentazione del prezzo dei servizi turistici offerti sui propri siti internet, caratterizzate dallo scorporo della voce di costo relativa alla quota di gestione del prezzo inizialmente prospettato, della cui esistenza i consumatori erano informati solo in una fase già avanzata del procedimento di prenotazione telematico”; 3) “mancata predisposizione di un sistema di assistenza clienti facilmente accessibile, alternativo al numero telefonico a pagamento, anche per i clienti che hanno già concluso l’acquisto telematico dei servizi offerti dal professionista sui propri siti internet”.

3 – L’appellante ha impugnato tale provvedimento avanti il T.A.R. per il Lazio che, con la sentenza n. 782/2019, ha respinto il ricorso.

Avverso tale sentenza la società ricorrente in primo grado ha proposto appello per i motivi di seguito esaminati.

4 – In via preliminare, deve essere disattesa l’eccezione di inammissibilità del ricorso per contrasto con il dovere di sinteticità e chiarezza degli atti processuali.

Non è in dubbio che l’attuale formulazione dell’art. 40 c.p.a. imponga, a pena di inammissibilità, la necessaria specificità e chiarezza dei motivi di ricorso.

Nel caso di specie non si versa in tale ipotesi, essendo invero compiutamente distinguibili le singole censure sollevate con il ricorso prima e con l’appello poi, tanto è vero che le controparti hanno regolarmente controdedotto ad ogni singola censura, non essendo pertanto ravvisabile alcun pregiudizio al diritto di difesa.

5 – Deve essere parimenti disattesa l’eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica dello stesso ad un controinteressato necessario in violazione dell’art. 41 c.p.a.

A questo proposito, si argomenta che dalla lettura del provvedimento emergerebbe in maniera evidente che esso attribuisce un interesse ed un vantaggio diretto e distinto alle società Ryanair e Wizz Air, che assumerebbero la veste di controinteressato necessario.

In disparte il fatto che, per quel che consta agli atti di causa, le predette società paiono essere state destinatarie della notifica del ricorso, risulta dirimente il fatto che alle stesse non può affatto essere riconosciuta la posizione processuale di controinteressato necessario in senso tecnico.

Come noto, a tal fine è necessario, oltre ad un requisito formale, e cioè che in base al provvedimento impugnato tali soggetti siano individuati o facilmente individuabili, anche la sussistenza di un interesse sostanziale, concreto ed attuale alla conservazione dell'atto impugnato, in quanto per essi favorevole. Tale interesse deve essere speculare (analogo e contrario) a quello del ricorrente, nel senso che dal provvedimento deve derivare un vantaggio immediato e diretto al soggetto controinteressato; vantaggio che è posto a rischio dall'impugnazione del provvedimento e destinato a venire meno con l'ipotetico accoglimento del ricorso.

Tale eventualità non risulta integrata a fronte del provvedimento in questione, che ingiunge il pagamento di una sanzione pecuniaria all'appellante, e che, all'evidenza, non arreca alcun vantaggio immediato e diretto nei confronti delle compagnie aeree, rispetto alle quali può al più ravvisarsi la sussistenza di un interesse idoneo a consentirne la partecipazione al giudizio, ma giammai in veste di controinteressato necessario.

6 – Con il primo motivo di appello si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 3, commi 3 e 4, della Direttiva 2000/31/CE, recepita dagli artt. 3 e 5 del D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, degli artt. 49, 56 e 81 del TFUE; nonché la violazione falsa applicazione del Regolamento (CE) 2006/2004.

In primo luogo, deve rilevarsi la non pertinenza del richiamo effettuato dall'appellante al Regolamento CE 2006/2004, che attiene al diverso ambito della regolamentazione antitrust.

La materia è invece regolata dalla Direttiva 2000/31/CE che, per quel che rileva in questa sede, all'art. 3 prevede che: *“1. Ogni Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato. 2. Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un altro Stato membro. 4. Gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga al paragrafo 2, per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione, in presenza delle seguenti condizioni: a) i provvedimenti sono: i) necessari per una delle seguenti ragioni: ... - tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori; ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi di cui al punto i) o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi; iii) proporzionati a tali obiettivi; b) prima di adottare i provvedimenti in questione e fatti salvi i procedimenti giudiziari, anche istruttori, e gli atti compiuti nell'ambito di un'indagine penale, lo Stato membro ha: - chiesto allo Stato membro di cui al paragrafo 1 di prendere provvedimenti e questo non li ha presi o essi non erano adeguati; - notificato alla Commissione e allo Stato membro di cui al paragrafo 1 la sua intenzione di prendere tali provvedimenti. 6. Salva la possibilità degli Stati membri di procedere con i provvedimenti in questione, la Commissione verifica con la massima rapidità la compatibilità dei provvedimenti notificati con il diritto comunitario; nel caso in cui giunga alla conclusione che i provvedimenti sono incompatibili con il diritto comunitario, la Commissione chiede allo Stato membro in questione di astenersi dall'adottarli o di revocarli con urgenza”*.

Da tale disposto si desume che: a) gli Stati membri (e, quindi, le Autorità indipendenti degli stessi) in relazione a un determinato servizio della società dell'informazione possono adottare provvedimenti limitativi della circolazione, solo quando tali provvedimenti siano necessari per la tutela dei consumatori; b) per poter adottare i provvedimenti in questione è necessario che: (i) lo Stato membro (e, quindi, le Autorità indipendenti dello stesso) abbia preventivamente chiesto all'altro Stato membro, che avrebbe dovuto adottare tali provvedimenti, di adottarli; e (ii) quest'ultimo non l'abbia fatto o

abbia adottato dei provvedimenti inadeguati; e (iii) lo Stato membro (e, quindi, le Autorità indipendenti dello stesso) richiedente abbia notificato alla Commissione e all'altro Stato membro la propria intenzione di adottare i provvedimenti in questione.

6.1 - Secondo l'appellante tale procedura non sarebbe stata rispettata dall'AGCM.

Nello specifico, contesta la sentenza impugnata nel punto in cui mette in luce che: *“con comunicazione trasmessa il 29 gennaio 2016 è stato reso noto all’Autorità rumena l’avvenuto avvio del procedimento istruttorio nei confronti di Fly Go, chiedendo contestualmente all’Autorità straniera se essa avesse adottato, o intendesse adottare, le misure necessarie, direttamente o attraverso i soggetti competenti secondo la legislazione rumena, al fine di impedire alla società l’ulteriore diffusione delle pratiche commerciali in esame, idonee ad incidere sugli interessi dei consumatori italiani destinatari”*.

In riferimento a tale passaggio motivazione, l'appellante contesta che l'AGCM abbia, conformemente alla sopra citata normativa, chiesto preventivamente all'Autorità rumena di adottare dei provvedimenti; viceversa, l'Autorità italiana si sarebbe limitata a chiedere se gli stessi fossero stati adottati o se l'Autorità estera avesse intenzione di farlo.

7 – Il rilievo è infondato, dovendosi invece ritenere che l'Autorità ha agito nel pieno rispetto della specifica procedura applicabile ed innanzi ricordata.

E' pacifico che, con comunicazione trasmessa in data 29 gennaio 2016, l'Autorità ha dato conto dell'avvio del procedimento istruttorio nei confronti del professionista e ha richiesto alla competente Autorità rumena se avesse adottato –ovvero intendesse adottare– le misure necessarie al fine di impedire alla società FlyGo Voyager S.r.l. l'ulteriore diffusione delle pratiche commerciali reputate scorrette, ed idonee a incidere sugli interessi dei consumatori italiani.

Con tale comunicazione, l'Autorità ha dato correttamente avvio al sub-procedimento internazionale previsto dal D. Lgs. n. 70/2003, che ha recepito

la suddetta direttiva, invitando l'Autorità estera a fornirle un riscontro entro trenta giorni.

Non essendo pervenuta alcuna comunicazione da parte dell'Autorità rumena competente, in data 31 maggio 2016, l'Autorità ha comunicato alla Commissione Europea e all'Autorità rumena l'intenzione di adottare un provvedimento nei confronti della società Fly Go Voyager S.r.l.

Nelle more, è pervenuta la comunicazione dell'Autorità rumena, in cui veniva dato conto di alcuni incontri avuti con la società e delle misure da questa spontaneamente adottate.

Deve sottolinearsi che tale comunicazione non dava conto dell'intervenuta adozione (né dell'intenzione di adottare) da parte dell'Autorità rumena di un provvedimento nei confronti della società.

In data 22 giugno 2016, l'Autorità ha comunicato la sua motivata valutazione di inadeguatezza delle misure autonomamente assunte dal professionista (e oggetto della comunicazione dell'Autorità rumena) alla Commissione Europea e all'Autorità rumena stessa, ribadendo la propria intenzione di adottare provvedimenti nei confronti della società Fly Go Voyager S.r.l.

A tale comunicazione non seguiva alcun riscontro da parte dell'Autorità rumena; mentre la Commissione europea, richiedeva in data 3 agosto 2016 alcuni chiarimenti, che le venivano forniti in data 10 agosto 2016, a seguito dei quali non ha più sollevato alcuna obiezione.

7.1 – Alla luce del sommario riepilogo degli incumbenti posti in essere dall'Autorità, deve concludersi che questa abbia seguito in modo scrupoloso tutte le scansione procedurali a tal fine previste dalla normativa europea innanzi ricordata e recepita dal legislatore nazionale.

Invero, contrariamente all'assunto dell'appellante, la comunicazione trasmessa il 29 gennaio 2016 all'Autorità rumena appare assolutamente idonea ad assolvere lo scopo di cui alla direttiva citata, ovvero di chiedere “allo Stato membro di prendere provvedimenti”, non potendosi enfatizzare in senso contrario a tale conclusione il fatto che le specifiche espressioni letterali

utilizzate fossero nel senso di chiedere solo se tale l'Autorità estera avesse intenzione di farlo.

Oltre alla strumentalità di tale rilievo, deve evidenziarsi che tale comunicazione specifica letteralmente di essere finalizzata alla procedura di collaborazione prevista dalla Direttiva 2000/31, citando i relativi articoli rilevanti.

Come già osservato, a tale comunicazione è seguito l'aggiornamento da parte dell'Autorità nazionale nei confronti di quella estera, come da seconda comunicazione, con cui si rappresentava l'intenzione di adottare un provvedimento sanzionatorio nei confronti della società

8 – L'appellante rileva inoltre che l'illegittimo comportamento dell'AGCM sarebbe persistito anche una volta ricevuto il riscontro da parte dell'Autorità romena, dal momento che nella comunicazione del 22 giugno 2016, l'AGCM si limitava ad affermare l'inadeguatezza delle misure adottate dalla ricorrente e indicate nel riscontro dall'Autorità romena, nonché a comunicare la propria intenzione di adottare un provvedimento sanzionatorio nei confronti di Fly Go.

8.1 – Anche tale rilievo risulta smentito dalla documentazione prodotta in causa, ed in particolare dal tenore della comunicazione del 22 giugno 2016 e indirizzata alla Commissione europea e all'Autorità rumena, in cui l'Autorità italiana evidenziava come le misure descritte risultassero inadeguate a tutelare gli interessi economici dei consumatori italiani, sia perché non riferite a tutti i profili di criticità individuati nella comunicazione di avvio del procedimento, sia perché il set informativo fornito rimaneva inadeguato quanto alla riconducibilità del sito internet alla ricorrente invece che alle società Ryanair e Wizzair.

8.2 – Da un altro punto di vista, deve osservarsi che, per quale che consta, l'Autorità romena non ha adottato alcun provvedimento nei confronti della Società.

Invero, la comunicazione pervenuta dall'Autorità estera si limitava ad illustrare le misure autonomamente e spontaneamente assunte dalla società.

In ogni caso, l'Autorità ben poteva valutare, alla stregua delle regole procedurali previste dalla Direttiva, che la presa d'atto dell'Autorità rumena, fosse inadeguata a tutelare gli interessi economici dei consumatori italiani coinvolti dalle pratiche commerciali contestate a FlyGo.

In disparte il profilo attinente alla sussistenza delle violazioni contestate, che sarà oggetto di successiva disamina, dal punto di vista procedurale, deve ricordarsi che l'omessa adozione di provvedimenti (ovvero l'inadeguatezza degli stessi) da parte dell'Autorità del paese in cui è stabilito il professionista legittima, sia per la norma comunitaria che per quella nazionale, l'adozione del provvedimento sanzionatorio da parte dell'autorità del paese in cui si producono gli effetti della pratica.

A tale scopo, e nel rispetto del principio di collaborazione, l'Autorità italiana ha comunicato all'omologa amministrazione straniera la riferibilità delle misure spontaneamente adottate dal professionista a soltanto due delle tre pratiche commerciali contestate e ha indicato le ragioni di inadeguatezza delle stesse comunicando la propria intenzione di adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti della società Fly Go Voyager S.r.l.

A tale comunicazione non ha fatto seguito alcuna obiezione da parte dell'Autorità estera, né alcuna obiezione è stata sollevata dalla Commissione.

L'assenza di un provvedimento dell'Autorità rumena esclude anche la lamentata "indebita duplicazione di procedimenti" e l'irrilevanza dei riferimenti alla direttiva 2005/29/CE, non sussistendo in fatto una divergente applicazione delle norme a tutela dei consumatori risultante da una ipotetica indebita duplicazione di interventi.

9 – In definitiva, alla luce dei fatti innanzi ricordati, deve concludersi che l'Autorità ha rispettato le disposizioni comunitarie e la normativa italiana di recepimento, atteso che: a) l'Autorità rumena è stata destinataria di una richiesta di intervento da parte dell'Autorità italiana, dovendosi in tal senso

leggere la richiesta di sapere se la stessa avesse intenzione di intervenire a fronte delle violazioni riscontrate; b) l'Autorità rumena si è limitata a riferire quali misure il professionista avesse spontaneamente adottato, senza emanare alcun provvedimento; c) l'Autorità italiana ha notificato all'Autorità rumena e alla Commissione la sua intenzione di adottare provvedimenti sanzionatori con comunicazione alla quale non è seguita alcuna prospettazione di ragioni ostative all'adozione dell'atto da parte delle due destinatarie.

In riferimento a quest'ultima circostanza, particolarmente significativa alla luce delle doglianze sollevate dall'appellante, deve evidenziarsi che, a norma della Direttiva citata, *“la Commissione verifica con la massima rapidità la compatibilità dei provvedimenti notificati con il diritto comunitario; nel caso in cui giunga alla conclusione che i provvedimenti sono incompatibili con il diritto comunitario, la Commissione chiede allo Stato membro in questione di astenersi dall'adottarli o di revocarli con urgenza”*.

10 – Tenuto conto delle considerazioni innanzi esposte appare del tutto irrilevante ai fini del presente giudizio l'istanza di remissione alla Corte di Giustizia così come prospettata dall'appellante (*“se l'art 3 della Direttiva 2000/31/CE debba essere interpretato nel senso che lo stesso impone in capo a un'Autorità indipendente di uno Stato membro il divieto di adottare provvedimenti volti a limitare la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un soggetto stabilito in un differente Stato membro a meno che: 1) non vi sia stata la preventiva richiesta da parte dell'Autorità indipendente allo Stato membro di stabilimento del soggetto di prendere provvedimenti; e 2) lo Stato membro di stabilimento del soggetto, nonostante tale richiesta, non abbia adottato provvedimenti o, nel caso in cui l'abbia fatto, gli stessi siano stati ritenuti inadeguati dall'Autorità indipendente; e 3) non vi sia stata da parte dell'Autorità indipendente la notificazione alla Commissione e allo Stato membro di stabilimento del soggetto della sua intenzione di prendere provvedimenti; e se l'art. 3 della Direttiva 2000/31/CE debba essere interpretato nel senso che lo stesso prevede che un'Autorità indipendente di uno Stato membro, prima di adottare provvedimenti volti a limitare la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un soggetto stabilito in un differente Stato membro, debba chiedere allo Stato membro di stabilimento del soggetto se*

abbia già adottato specifici provvedimenti oppure debba chiedere allo Stato membro di stabilimento del soggetto di adottare specifici provvedimenti”).

10.1 - In primo luogo, come anticipato, rispetto ai motivi di ricorso innanzi esaminati, è del tutto ininfluenza la prospettata questione interpretativa della Direttiva citata, posto che ciò che si contesta è l'ipotetico mancato rispetto della stessa da parte dell'Autorità, che, ove sussistente, integrerebbe al più un vizio di legittimità del provvedimento.

Da un altro punto di vista, così come proposti, i suddetti quesiti non delineano neppure quale possibile diversa interpretazione della norma comunitaria possa in ipotesi predicarsi avuto riguardo al testo della stessa, che appare chiaro ed inequivoco (*cf.* Cons. St., sez. VI, n. 5998 del 2017: *“il rinvio ex art. 267 TFUE non è necessario laddove le precisazioni interpretative risultano sufficientemente chiare, nella loro ratio applicativa e nella loro riferibilità al caso in esame”*). Né a tal fine pare possibile valorizzare le argomentazioni (ma sul punto l'atto di appello non è chiaro) secondo cui *“l'Autorità straniera, piuttosto, dovrebbe chiedere all'Autorità locale di adottare specifici provvedimenti, in conformità alla propria legge, in modo che la società sia sanzionata in conformità alla legge locale, e non in base alle norme di uno Stato membro straniero”* dal momento che tali assunti non attengono all'interpretazione della norma, rappresentando invece una critica alla scelta politica sottesa alla stessa, che esula dall'ambito del rinvio pregiudiziale.

Per altro, anche sotto il profilo in esame, deve ricordarsi l'assenza di ogni rilievo da parte della Commissione, che contribuisce a confermare, oltre alla piena conformità del procedimento seguito alla Direttiva, l'assenza di ogni dubbio circa la portata della stessa.

11 – Con il secondo motivo di appello si deduce la violazione degli artt. 20, 21, 22 e 27 del d.lgs. n. 206/2005 e l'omessa ed errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

In particolare, l'appellante contesta la sentenza impugnata nel punto in cui richiama una giurisprudenza che non si attaglierebbe al caso in esame; nonché

nella parte in cui afferma che è esclusa *“la necessità sia che rispetto ad un dato comunicato venga accertata la condizione soggettiva media di intelligenza del consumatore, sia che risulti un pregiudizio economico derivante dalla pubblicità ingannevole”*.

Secondo l'appellante, la giurisprudenza applicabile sarebbe ben differente. A tal riguardo, cita i precedenti di questo Consiglio che hanno affermato che uno dei tratti qualificanti la scorrettezza della pratica commerciale ingannevole consiste nella sua attitudine *“ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*; pertanto, il criterio di valutazione applicabile è quello del consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici (*cf.* CGUE, sentenza del 12 maggio 2011, C122/10, punto 22).

11.1 – Giova esaminare in questa sede anche il terzo motivo di appello con cui si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 20, 21 e 22 del d.lgs. 206/2005; nonché l'omessa ed errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento impugnato.

A tal fine, l'appellante sostiene che sia il testo degli annunci, che la grafica dei siti web collegati, non potevano indurre in confusione il consumatore.

Precisa inoltre che l'uso del marchio altrui ai fini di pubblicità commerciale dell'altrui prodotto sarebbe sostanzialmente lecito e, per quanto concerne l'aspetto grafico del sito *“prenota-voli.com”* e delle compagnie aeree, richiama gli screen shot prodotti dinnanzi al T.A.R., i quali evidenzierebbero la totale difformità l'uno dall'altro.

12 – Le censure innanzi esposte, che possono essere esaminate congiuntamente, non possono essere accolte dal momento che i rilievi dell'appellante, che riporta solo delle argomentazioni squisitamente teoriche, non contengono alcun elemento della fattispecie concreta idoneo a consentire la presupposta valutazione circa l'idoneità (o meno) della condotta a creare confusione nel pubblico di consumatori, neppure sulla base della nozione di consumatore medio.

12.1 - In ogni caso, la prima contestazione sviluppata dall'Autorità si basa sul fatto che la schermata alla quale il consumatore accedeva dopo aver digitato sul motore di ricerca il nome di una delle due compagnie aeree low cost (Ryanair o Wizzair) non metteva l'utente in condizione di comprendere che si trovava sul sito di una online travel agency anziché sull'home page della compagnia aerea; inoltre, nelle pagine internet riconducibili a Flygo, ma alle quali l'utente era indirizzato tramite il servizio AdWords, recavano segni grafici riconducibili (a seconda di quanto digitato) ad una delle due compagnie aeree.

Alla luce della descrizione della condotta posta in essere dalla società, ed in assenza di specifiche contestazioni dell'appellante in riferimento a tali circostanze, non appare irragionevole o arbitraria la contestazione del mancato rispetto dell'obbligo di chiarezza, trasparenza e comprensibilità delle comunicazioni commerciali - sin dal "primo contatto" ed al fine di evitare "agganci ingannevoli" - come costantemente ribadito dalla giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, 4 luglio 2018, n. 4110; Consiglio di Stato, 11 maggio 2017, n. 2178).

Infatti, la circostanza che, digitando il nome delle compagnie aeree low cost (Ryanair o Wizzair) sul motore di ricerca, il consumatore si venisse a trovare sul sito della società ricorrente, anziché sull'home page della compagnia aerea, appare di per sé insidiosa ed astrattamente idonea ad integrare un cd. aggancio ingannevole anche per un consumatore avveduto; a maggior ragione se sulla schermata del sito apparivano segni grafici riconducibili (a seconda di quanto digitato) ad una delle due compagnie aeree.

12.2 - Da un altro punto di vista, deve essere ricordato che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non è tenuta a verificare quanti consumatori hanno in concreto subito pregiudizio dalla pratica, atteso che la natura dell'illecito in esame deve inquadrarsi nell'ambito degli illeciti di mero pericolo e non di danno, con la conseguenza che l'effettiva incidenza della pratica

commerciale scorretta sulle scelte dei consumatori non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa.

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

La giurisprudenza della Sezione, proprio con riferimento all'attività promozionale di un operatore on-line, ha avuto modo di ribadire anche recentemente che: *“l'obbligo di estrema chiarezza, che viene violato proprio da pratiche ingannevoli o false che in qualsiasi modo, anche nella presentazione complessiva, ingannino o possano indurre in errore il contraente medio, deve essere congruamente assolto dal professionista sin dal primo contatto, attraverso il quale debbono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per un'immediata percezione della offerta economica pubblicizzata”* (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019).

12.3 - Deve infine precisarsi, in adesione alla giurisprudenza comunitaria, che la registrazione quale parola chiave di un marchio altrui integra una pratica scorretta quando *“l'annuncio non consente o consente soltanto difficilmente all'utente di Internet normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se i prodotti o i servizi a cui l'annuncio si riferisce provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo”* (*cf.* Sentenze Google France e Google Corte Giust , 23 marzo 2010, cause riunite C236/08, 237/08, 238/08, nonché sentenza dell'8 luglio 2010, C-558/08 Portakabin).

13 – Con il quarto motivo, relativo alla seconda contestazione dell'Autorità, si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 3, commi 3 e 4, della Direttiva 2000/31/CE, recepita dagli artt. 3 e 5 del D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70,

nonché degli artt. 49, 56 e 81 del TFUE; la violazione falsa applicazione del Regolamento (CE) 2006/2004 e degli artt. 20, 21, 22, 47, 49, 51 del Codice del Consumo; nonché della Direttiva 2011/83/UE.

Più precisamente, si contesta che il T.A.R. abbia effettuato una ricostruzione errata nel punto in cui ha ritenuto che *“la diversa disciplina invocata in ricorso non si applica al servizio di trasporto passeggeri, come espressamente previsto dall’art. 47, lett. m), del codice del consumo”*.

L’appellante rileva inoltre che, ai sensi dell’art. 49 del medesimo provvedimento normativo, le spese aggiuntive che possono essere comunicate in un secondo momento sono solo quelle di spedizione ovvero quelle concernenti ogni altro costo che non possa essere ragionevolmente calcolato in anticipo.

L’appellante conclude nel senso che non sussisterebbero i presupposti della seconda violazione contestata, consistita nell’aver fatto ricorso *“a modalità decettive di presentazione del prezzo dei servizi turistici offerti sui propri siti internet, caratterizzate dallo scorporo della voce di costo relativa alla quota di gestione del prezzo inizialmente prospettato, della cui esistenza i consumatori erano informati solo in una fase già avanzata del procedimento di prenotazione telematico”*.

14 – La censura è fondata per le ragioni di seguito esposte.

Al riguardo, l’art. 47 lettera m) del d.lg.s n. 206/2005 (Codice del Consumo) esclude effettivamente l’applicabilità delle *“Sezioni da I a IV del presente Capo”* in relazione ai servizi di trasporto passeggeri, fatto salvo però, tra l’altro, l’articolo 51, comma 2.

E’ dunque utile rilevare che, in base all’articolo 51, comma 2, *“Se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l’obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all’articolo 49, comma 1, lettere a), e), q) ed r), direttamente prima che il consumatore inoltri l’ordine”*.

Il testo della norma è estremamente chiaro nel prevedere che il prezzo debba essere comunicato prima di inoltrare l'ordine.

In tal senso milita anche il dettato della Direttiva 2011/83/UE, che all'art. articolo 6 "Obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali" prevede che "*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 (...) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte (...)*".

Anche il considerando 39 della Direttiva 2000/31/CE, precisa che per "*garantire che, nei contratti a distanza conclusi tramite siti web, il consumatore sia in grado di leggere e comprendere nella loro interezza i principali elementi del contratto prima di inoltrare l'ordine*", è nella specie "*opportuno che (..) detti elementi [di informazione] siano visualizzati [dal consumatore] nell'immediata prossimità della conferma necessaria per l'inoltro dell'ordine*".

Nel caso di specie, è la stessa Autorità ad affermare che dell'esistenza delle commissioni i consumatori erano (comunque) informati in una fase avanzata del procedimento di prenotazione telematico, ma in ogni caso antecedente all'inoltro dell'ordine.

Da un altro punto di vista, deve osservarsi che Fly Go ha specificato di applicare delle commissioni variabili sulla base di una serie di elementi, tra cui la combinazione di volo selezionata e il numero di bagagli, sicché, contrariamente a quanto argomentato dal T.A.R. - secondo cui le spese di gestione rappresentano un corrispettivo immediatamente calcolabile - l'ammontare delle stesse può essere determinato solo all'esito della scelta della tratta e degli ulteriori servizi accessori (quale il numero di bagagli). Parte appellante nei propri atti non ha contestato tale assunto.

Al riguardo, deve osservarsi che l'articolo 49, comma 1, lettera e), richiamato dal già citato art. 51, comma 2, contempla la possibilità di comunicare, in un secondo momento, le spese non ragionevolmente calcolabili in anticipo.

15 – Risulta fondato anche il quinto motivo di appello, con cui si contesta la terza sanzione comminata all'appellante, per “l'assenza dell'indicazione di canali di assistenza di immediata e facile fruizione per i clienti di Fly Go, alternativi al numero di telefono a pagamento”.

Nel provvedimento impugnato, l'Autorità sottolinea di aver sempre “incoraggiato” l'adozione di un numero gratuito di contatto da parte di Fly Go, sanzionando quest'ultima in quanto la previsione di un indirizzo email quale strumento di contatto tra consumatore e professionista, “risultando contraria alla diligenza professionale e idonea a incidere sui diritti e le facoltà dei consumatori, deve ritenersi scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 24 e 25, comma 1, lettera d), qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista”.

A sostegno dell'impugnazione, l'appellante allega di aver messo a disposizione dei consumatori specifici indirizzi email, oltre ai numeri di telefono a pagamento. In particolare, Fly Go ha evidenziato come l'indirizzo email di contatto fosse presente sul sito web nelle condizioni generali di contratto, nelle FAQ e nella sezione rimborsi.

Dal 29 febbraio 2016, inoltre, il professionista ha provveduto a indicare l'indirizzo di posta elettronica assistenza@fly-go.it nel testo dell'e-mail che i consumatori ricevono a conferma della prenotazione effettuata su uno dei siti internet gestiti da FlyGo.

15.1 – Le norma asseritamente violate sono le seguenti: art. 20 del Codice del Consumo, che al comma 2 prevede che *“Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”*; art. 24. del Codice del Consumo, secondo cui *“È considerata aggressiva una pratica commerciale che,*

nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”; art. 25 del Codice del Consumo, che al comma 1, lettera d, sanziona *“qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista”*.

Alla luce del tenore delle norme citate è evidente che non emerge uno specifico obbligo di mettere a disposizione un numero telefonico gratuito.

Deve dunque interrogarsi se tale obbligo possa ricavarsi in via interpretativa.

Alla risposta deve darsi una risposta negativa anche alla luce della più recente giurisprudenza europea (C-649/17 della CGUE del 10 luglio 2019) secondo cui *“la direttiva non osta a che il professionista fornisca mezzi di comunicazione diversi (come moduli di contatto elettronico o sistemi di messaggia istantanea o di richiamata telefonica), purché tali mezzi consentano una comunicazione tra consumatore e professionista diretta ed efficace, circostanza che presuppone che l’informazione relativa a tali mezzi sia accessibile al consumatore in maniera chiara e comprensibile”*.

Ne consegue, che l’onere di mettere a disposizione un numero telefonico gratuito, seppur in astratto rappresenti lo strumento più idoneo a consentire un’immediata interlocuzione con il professionista, allo stato ben può essere sostituito da altre modalità di contatto, laddove concretamente idonee a consentire al consumatore di comunicare comunque in modo diretto con il professionista.

15.2 – Nel caso di specie, deve ritenersi che la predisposizione di un indirizzo mail, nelle modalità precisate della società appellante, valga a superare la contestazione dell’Autorità, non potendosi configurare una condotta commerciale scorretta in tale pratica.

Invero, la presenza dell'indirizzo di contatto nelle condizioni generali di contratto, nelle FAQ e nella sezione rimborsi (e dal 29 febbraio 2016 anche nel testo dell'e-mail che i consumatori ricevono a conferma della prenotazione effettuata) pare integrare il requisito dell'accessibilità chiara e comprensibile, come richiesto dalla giurisprudenza citata.

15.3 – La non configurabilità della violazione, esclude la necessità di esaminare la censura, di natura formale, con cui l'appellante ha rilevato che mediante la comunicazione del 22 giugno 2016 l'AGCM ha comunicato di non ritenere adeguate le misure adottate dall'Autorità romena solo limitatamente a due delle pratiche contestate, ma nulla ha detto riguardo la terza pratica, consistente nella mancata adozione di un numero gratuito di assistenza.

16 – L'accoglimento del ricorso in riferimento alla seconda ed alla terza contestazione di cui al provvedimento impugnato assorbono il motivo con cui si deduce l'erroneità del calcolo della sanzioni attraverso il cumulo materiale in luogo del cumulo giuridico e il prospettato vizio di disparità di trattamento in riferimento alla sanzione irrogata per la seconda violazione.

Per il resto, i motivi con cui si contesta il calcolo delle sanzione devono essere rigettati.

16.1 - In primo luogo, non è in alcun modo ravvisabile una situazione di buona fede in capo all'appellante in riferimento alla prima pratica contestata che, nelle sue modalità attuative, manifesta l'inequivoca volontarietà della condotta, né a tal fine può rilevare l'atteggiamento assunto dall'Autorità romena, il cui interessamento, come già ampiamente illustrato, è avvenuto per ragioni procedurali.

16.2 – Appaiono inoltre rispettati i criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/81, del resto solo genericamente contestati dall'appellante attraverso la citazione di giurisprudenza, ma senza alcun riferimento specifico al caso concreto.

Il provvedimento evidenzia infatti in modo esauriente la “gravità” della prima violazione riscontrata.

La sanzione, tenuto anche conto dell’annullamento di due delle pratiche contestate, appare inoltre proporzionale alle condizioni economiche dell’appellante, ed adeguatamente commisurata alla durata dell’infrazione.

17 – Il parziale accoglimento dell’appello giustifica la compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente l’appello e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO