

TAR LAZIO. SENTENZA 29511/2010

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 3026 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Buongiorno s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Siciliano, con domicilio eletto presso Domenico Siciliano in Roma, via San Sebastianello, 9;
contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Associazione Altroconsumo, S. O., Unione Nazionale Consumatori - Comitato Regionale Sardegna. n.c.;;
per l'annullamento

a) della deliberazione del 29 gennaio 2009 dell'AGCM di contenuto ignoto alla ricorrente, citata nella nota via fax dell'11 febbraio 2009, prot. 0015429, con cui il Segretario Generale dell'Autorità ha informato Buongiorno che l'Autorità avrebbe ritenuto di non accogliere gli impegni presentati dalla ricorrente nell'ambito dell'istruttoria PS1469 - Suonerie.it - Suonerie per cellulari;

b) del provvedimento AGCM del 25 febbraio 2009, n. 19574, notificato alla ricorrente il 20 marzo 2009 e pubblicato in Boll. n. 9 del 23 marzo 2009, nelle parti concernenti l'odierna ricorrente, nel quale, a chiusura dell'istruttoria PS1469 - Suonerie.it - Suonerie per cellulari, l'Autorità:

i. non ha preso in considerazione l'istanza di Buongiorno del 23 febbraio 2009 di riesame della delibera con cui l'Autorità aveva rigettato gli impegni presentati dalla ricorrente ai sensi dell'art. 27, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del Consumo";

ii. ha ritenuto "l'inammissibilità degli impegni in quanto relativi a condotte che, ove accertate, avrebbe potuto integrare fattispecie di pratiche commerciali "manifestamente scorrette e gravi" per le quali il cit. art. 27, comma 7, non può trovare applicazione";

iii. ha deliberato che la pratica commerciale oggetto dell'istruttoria "costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 del d.lgs. n. 206/2005, come modificato dal d.lgs. n. 146/07" e ne ha vietato l'ulteriore diffusione, irrogando a Buongiorno una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 115.000,00;

c) di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale, o, comunque, connesso a quelli espressamente impugnati, anche di esecuzione; ovvero, in subordine, per la rideterminazione della sanzione pecuniaria irrogata; nonché dei seguenti atti impugnati con motivi aggiunti:

a) deliberazione del 29 gennaio 2009 dell'AGCM con cui l'Autorità ha rigettato gli impegni presentati dalla ricorrente nell'ambito dell'istruttoria PS1469 - Suonerie.it - Suonerie per cellulari, conosciuta da parte ricorrente in data 13 luglio 2009 all'esito dello svolgimento in pari data di apposito accesso agli atti;

b) di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale, o, comunque, connesso a quelli espressamente impugnati, anche di esecuzione.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore alla pubblica udienza del giorno 16 giugno 2010 la d.ssa
Silvia Martino;
Uditi altresì gli avv.ti delle parti, come da verbale;
Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Il procedimento in esame trae origine da alcune segnalazioni, pervenute all'Autorità tra l'8 maggio e il 7 luglio 2008, concernenti una possibile pratica commerciale scorretta posta in essere dalla società Buongiorno in collaborazione con gli operatori di telefonia mobile Telecom, Vodafone, Wind e H3G, consistente nella diffusione sul sito internet www.suonerie.it di una comunicazione commerciale volta a promuovere un servizio di intrattenimento in abbonamento per utenti di telefonia mobile.

Nella comunicazione di avvio del procedimento formavano oggetto di contestazione i comportamenti consistenti:

- nell'ambiguità del messaggio diffuso sul sito www.suonerie.it, relativo ad una comunicazione che, a fronte della possibilità di scaricare sul proprio cellulare suonerie e altri contenuti multimediali, non evidenziava adeguatamente, anche in relazione al target di riferimento, costituito da soggetti di età inferiore ai 18 anni, che si tratta di un servizio a pagamento a tempo indeterminato, destinato a maggiorenni e fruibile solo tramite l'utilizzo di un cellulare compatibile con il servizio scelto;
- nella modalità di addebito del servizio che avverrebbe senza l'esplicita e preventiva acquisizione del consenso consapevole ed informato dell'utente;
- nella fornitura non richiesta di servizi di intrattenimento per cellulari, con conseguente immediato pagamento da parte del titolare del numero telefonico, senza chiarire, anche nei confronti dei soggetti che abbiano consapevolmente attivato il servizio, le procedure e i tempi per interrompere lo stesso, nonché i costi del servizio.

Contestualmente alla comunicazione di avvio, al fine di acquisire elementi conoscitivi utili alla valutazione circa la sussistenza della scorrettezza della pratica commerciale oggetto di analisi, veniva inviata alle società un'articolata richiesta di informazioni.

Il 25 agosto 2008 Buongiorno presentava all'Autorità una prima memoria difensiva, con la quale contestava specificamente gli addebiti mossi in relazione alla presunta scorrettezza e gravità delle condotte contestate. La società si impegnavano comunque a modificare il proprio comportamento in relazione alle comunicazioni promozionali pubblicate sul sito internet, in conformità alle indicazioni dell'Autorità.

Quest'ultima decideva altresì di non procedere all'adozione di misure cautelari, evidenziando, in particolare, che "i profili di eventuale scorrettezza delle pratiche commerciali saranno comunque oggetto di approfondimento nel corso del procedimento istruttorio".

Con memoria del 27 ottobre 2008, Buongiorno depositava una ulteriore memoria difensiva, unitamente ad una proposta di impegni.

In data 11 febbraio 2009, la società veniva però informata della circostanza che, nella sua adunanza del 29 gennaio 2009, l'Autorità aveva ritenuto di non accogliere gli impegni, giacché inammissibili.

Nel frattempo veniva richiesto anche il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, reso poi il 20 febbraio 2009.

La società evidenzia come, a suo dire, non sia mai stato svolto alcun atto, interno o preparatorio, di esame e di valutazione degli impegni proposti da Buongiorno.

L'Autorità ha basato la decisione di rigetto degli impegni sul carattere "manifestamente scorretto e grave della pratica".

Parte ricorrente avanzava istanza di riesame, e, contestualmente, istanza di accesso agli atti, con particolare riferimento agli atti e documenti relativi alla valutazione della propria proposta di impegni e alla deliberazione dell'Autorità del 29 gennaio 2009.

L'accesso è stato poi svolto in data 26 febbraio 2009, senza che, sottolinea ancora parte ricorrente, emergesse alcun documento relativo all'esame e alla valutazione degli impegni presentati.

Peraltro, in data 25 febbraio 2009, l'Autorità aveva già deliberato la chiusura dell'istruttoria, respingendo l'istanza di riesame del precedente rigetto della proposta di impegni, ed accertando una presunta infrazione al Codice del Consumo, con contestuale irrogazione di una sanzione pecuniaria, pari ad euro 115.000.

In particolare, in conformità al parere reso da AGCOM, l'Autorità, sulla base di articolate valutazioni (sviluppate al par. V del provvedimento impugnato), riteneva che la pratica commerciale posta in essere dalla società Buongiorno S.p.A. in collaborazione con i gestori di telefonia mobile Telecom Italia S.p.A., Vodafone Omnitel N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A., "costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 del Decreto Legislativo n. 206/05, come modificato dal Decreto Legislativo n. 146/07", e ne vietava l'ulteriore diffusione.

La società sottolinea, peraltro, che l'Autorità non ha rinvenuto condotte "aggressive".

Relativamente al rigetto dell'istanza di riesame, AGCM ha infine evidenziato che la stessa era pervenuta dopo la chiusura della fase istruttoria e che, comunque, era da rigettare, per le ragioni già in precedenza indicate e comunicate a Buongiorno.

Avverso siffatte determinazioni, la società è insorta, deducendo

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 7, del d.lgs. n. 206/2005; dell'art. 8, comma 2, lett. c) del Regolamento sulle Procedure Istruttorie in materia di Pratiche commerciali scorrette, adottato dall'Autorità con provvedimento n. 17589; degli artt. 1, 3 e 10 della l. n. 241/90. Eccesso di potere per omesso esame e difetto assoluto di istruttoria. Difetto di motivazione. Errore sui presupposti. Manifesta ingiustizia, sviamento, perplessità dell'azione amministrativa e motivazione apparente. Violazione dei principi del giusto procedimento e di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Secondo la ricorrente, le condotte stigmatizzate dall'Autorità non possono qualificarsi manifestamente scorrette e gravi. A dimostrazione di tanto, si richiama alla circostanza, che, nella comunicazione di avvio del procedimento, era stata ipotizzata la sussistenza di pratiche aggressive, ma non anche manifestamente scorrette, e che, comunque, non sono stati adottati provvedimenti cautelari.

È dunque evidente che, alla data del 17 settembre 2008, l'Autorità non aveva ancora tratto conclusioni, neanche preliminari, in termini di "fumus boni iuris", circa la sussistenza e l'imputabilità delle condotte contestate.

Ad ogni buon conto, non vi è traccia di un qualsiasi atto di esame e di valutazione degli impegni presentati, di talché, a dire della ricorrente, la successiva decisione di gennaio, è affetta da perplessità nonché difetto di istruttoria.

Ulteriore contraddizione viene dalla società ravvisata nella circostanza che, a chiusura del procedimento di accertamento dell'infrazione, l'Autorità non ha ritenuto le condotte manifestamente scorrette e gravi, tanto desumendosi dal venir meno dell'imputazione relativa alla sussistenza di pratiche aggressive, e, comunque, dalla circostanza che due delle pratiche contestate "non rappresentano, pertanto, autonome fattispecie di valutazione".

Se avesse effettuato un'istruttoria, prosegue parte ricorrente, l'Autorità sarebbe poi plausibilmente giunta alla stessa conclusione consacrata nel provvedimento n. 19574.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 10 e 10 - bis della l. n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento dal fine.

L'Autorità non ha anticipatamente comunicato i motivi che ostavano all'accoglimento dell'istanza in questione, privando così la ricorrente di un'essenziale strumento di partecipazione e tutela delle proprie posizioni.

Ad ogni buon conto, non è stato affatto preso in considerazione il contenuto delle memorie ad essa sottoposte da Buongiorno.

3) Violazione e falsa applicazione sotto altri profili dell'art. 27, comma 7, del d.lgs. n. 206/2005; dell'art. 8, comma 2, lett. c) del Regolamento sulle Procedure istruttorie; degli artt. 1, 3 e 10 della l. n. 241/90. Eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti provvedimenti, difetto di motivazione, errore sui presupposti, sviamento e motivazione apparente. Violazione del principio del giusto procedimento.

Relativamente alla tardività, la società osserva che l'art. 27, comma 7 del Codice del Consumo, non pone alcun limite temporale alla presentazione di impegni e che, dello stesso tenore, è la norma comunitaria di cui detto articolo costituisce la trasposizione (Regolamento CE n. 2006/2004, art. 4).

Parte ricorrente ricorda comunque che, in altro noto procedimento (A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND), l'Autorità ebbe a considerare (e ad accogliere) un'istanza di riesame di un precedente provvedimento di rigetto degli impegni, nonostante detta istanza fosse stata presentata successivamente alla comunicazione delle risultanze istruttorie e, peraltro, alla vigilia dell'audizione finale del procedimento.

4) Insussistenza degli elementi soggettivi e oggettivi degli illeciti contestati. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 20, comma 2, 21 e 22 del d.lgs. n. 206/2005; dell'art. 3 della l. n. 214/90. Eccesso di potere per insufficienza e genericità della motivazione, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, errore sui presupposti, perplessità dell'azione amministrativa.

L'Autorità non avrebbe indicato a quale delle numerose fattispecie previste dalle norme in rubrica sarebbe riconducibile la condotta contestata a Buongiorno.

Parte ricorrente si richiama poi alla memoria depositata nel corso del procedimento (25 agosto 2008), con la quale aveva in particolare evidenziato:

- che il target di riferimento del messaggio non è composto da minori, anche in considerazione del fatto che sul sito viene chiaramente specificato che i servizi erogati "sono riservati a maggiorenni";
- che le condizioni economiche dei servizi erano rese in modo trasparente e specifico, come pure che, a suo dire, era perfettamente chiaro che la proposta commerciale riguardava un servizio in abbonamento;
- che non erano comunque applicabili modalità di addebito senza la preventiva acquisizione del consenso, consapevole ed informato, dell'utente;

Buongiorno ritiene comunque sufficiente che l'informativa sui servizi offerti sia resa nell'ambito di un percorso obbligato all'interno del sito internet (ipotesi che ricorrerebbe nella fattispecie), o, comunque, preventivamente all'acquisto dei servizi.

La società ha sempre specificato che il servizio era riservato ai maggiorenni e, comunque, solo maggiorenni si sono registrati sul sito.

Immotivatamente sarebbe stato disatteso l'avviso dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, secondo cui "il mezzo di diffusione e le modalità di comunicazione non appaiono direttamente ed efficacemente rivolte ad attirare il pubblico dei minori".

5. In subordine. Sul carattere sproporzionato della sanzione irrogata. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27 del d.lgs. n. 206/05, nonché dell'art. 11 della l. n. 689 del 1981. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Disparità di trattamento e violazione del principio di proporzionalità.

L'Autorità non avrebbe tenuto in alcuna considerazione la condotta di Buongiorno, con particolare riferimento agli impegni da essa assunti in corso di istruttoria e da questa spontaneamente ottemperati.

Gli effetti dell'illecito sono stati, comunque, assai modesti.

Rileva, comunque, l'esistenza di una disparità di trattamento con riguardo agli importi delle sanzioni comminate nei confronti degli altri operatori responsabili aventi bilanci e fatturati assai maggiori di quelli che può vantare la società ricorrente.

Si costituiva, per resistere, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, depositando documenti e memoria.

Parte ricorrente proponeva poi motivi aggiunti, avverso la delibera del 29 gennaio 2009, alla quale, nel frattempo, aveva avuto accesso.

Deduce:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 7, del d.lgs. n. 206/2005; dell'art. 8, comma 2, lett. c) del Regolamento sulle Procedure Istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette adottato dall'Autorità con provvedimento n. 17589; degli artt. 1, 3 e 10 della l. n. 241/90. Eccesso di potere per omesso esame e difetto assoluto di istruttoria, difetto di motivazione, errore sui presupposti, manifesta ingiustizia, sviamento, perplessità dell'azione amministrativa e motivazione apparente. Violazione dei principi del giusto procedimento e di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Ribadisce quanto già argomentato con il ricorso introduttivo e cioè che la circostanza che non siano stati adottati provvedimenti cautelari, evidenzerebbe di per sé l'insussistenza di condotte manifestamente scorrette e gravi, e che, comunque, almeno alla data del 17 settembre 2008, l'Autorità non aveva ancora tratto "conclusioni" circa la sussistenza e imputabilità delle condotte contestate.

Non è stata comunque condotta una specifica istruttoria sugli impegni.

In sostanza, la delibera del 29 gennaio 2009 segna un netto revirement rispetto alle valutazioni contenute nella comunicazione di avvio del procedimento, nella determinazione di non adottare misure cautelari, nella proroga dei termini di chiusura dell'istruttoria del 13 novembre 2008 - e nella ravvisata necessità, quindi, di effettuare ulteriori approfondimenti - nonché, infine, nelle stesse conclusioni raggiunte in esito al procedimento di accertamento dell'infrazione, in esito al quale non sono state ravvisate condotte aggressive o, comunque, manifestamente scorrette.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 10 e 10 - bis della l. n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento dal fine.

L'Autorità non ha anticipatamente comunicato i motivi che ostavano all'accoglimento dell'istanza in questione, privando così la ricorrente di un'essenziale strumento di partecipazione e tutela delle proprie posizioni.

Ad ogni buon conto, non è stato affatto preso in considerazione il contenuto delle memorie ad essa sottoposte da Buongiorno.

L'Autorità resiste anche ai motivi aggiunti.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie.

Il ricorso, e i motivi aggiunti, sono stati trattenuti per la decisione alla pubblica udienza del 16 giugno 2010.

DIRITTO

1. Giova premettere, per una migliore comprensione dei fatti di causa, la descrizione della pratica commerciale oggetto del presente ricorso, così come sintetizzata nelle premesse della delibera impugnata. "Il messaggio segnalato diffuso sul sito www.suonerie.it, nel periodo oggetto di rilevazione, si presenta in tal modo strutturato: sulla parte sinistra, in una sezione dal titolo "Nuvola cantanti", sono elencati i nomi degli artisti di cui sono disponibili le suonerie, al centro della pagina web è posta la sezione "scelte per te" all'interno della quale sono individuate le 10 suonerie del momento con indicati i link "ascolta" e "scarica". Nessuna informazione circa la natura dei servizi offerti, i costi e le modalità di attivazione e disattivazione è presente in tale pagina di apertura, ivi comprese quelle relative all'identità del professionista che offre i servizi prospettati. Cliccando sul link "scarica" l'utente viene dirottato su una successiva pagina che oltre a riportare, sempre sulla parte sinistra dello schermo, la sezione "Nuvola Cantanti" presenta un'impostazione redazionale volta ad evidenziare il claim principale: "Per ricevere la suoneria polifonica [...]. INVIA dal cellulare un SMS con scritto [...]", mediante l'inserimento dello stesso in un riquadro posto in posizione centrale. Di seguito, in un'ulteriore stringa, evidenziata cromaticamente e graficamente, campeggia il codice

alfanumerico abbinato alla suoneria scelta, seguito ancora da un ulteriore riquadro in cui è posto in risalto il numero a decade 4 (48483) a cui inviare l'SMS per attivare il servizio e scaricare il contenuto.

In basso, è presente il link, individuato con caratteri di ridotta dimensione rispetto al resto del contesto pubblicitario, "Verifica la compatibilità con il tuo cellulare" e poi ancora " per Info e costi clicca sul tuo operatore " seguito dai tre link "Tim-Vodafone-Wind".

Soltanto in alto a sinistra, al di fuori del contesto grafico in cui è inserito il claim principale descritto, è posta l'indicazione "servizio in abbonamento".

1.1. Nelle "Valutazioni conclusive" l'Autorità ha, tra l'altro, osservato che "L'impostazione redazionale del messaggio è [...] incentrata sull'offerta di un singolo prodotto senza che siano chiarite adeguatamente le effettive caratteristiche del servizio nel suo complesso, i relativi costi, le procedure per la disattivazione dell'abbonamento e la circostanza che si tratta di un servizio a pagamento in abbonamento destinato a maggiorenni.

Nella home page di apertura sono del tutto assenti informazioni circa le caratteristiche dei servizi offerti. L'inserimento delle stesse all'interno delle pagine cui rimandano i link indicati con caratteri di dimensione molto ridotta rispetto al contesto pubblicitario e posti in fondo alla pagina web su cui l'utente viene dirottato per seguire la procedura di acquisto dei contenuti selezionati, non consente di sanare la scorrettezza del messaggio de quo considerata la necessità di indicare informazioni essenziali del servizio offerto con modalità grafiche tali da garantirne l'immediata percezione da parte del consumatore. I link citati sono, infatti, di consultazione solo eventuale, non essendo inseriti all'interno di un percorso logico obbligato che l'utente deve necessariamente seguire per attivare il servizio pubblicizzato e sono, pertanto, inadeguati a consentire quella libertà di autodeterminazione del consumatore che costituisce obbiettivo primario della tutela introdotta dal Decreto Legislativo n. 206/05".

L'Autorità prosegue ancora evidenziando che "La formulazione ambigua del messaggio in uno con le omesse indicazioni su caratteristiche essenziali dei prodotti, non consentono al consumatore di comprendere l'effettiva portata dell'impegno economico da affrontare e sono pertanto idonee ad indurlo ad effettuare una scelta che diversamente non avrebbe preso.

In particolare, come sopra descritto, sono celate all'interno delle sezioni relative ai singoli gestori di telefonia mobile che offrono i servizi di cui si tratta in collaborazione con la società Buongiorno, tutte le indicazioni circa costi, durata e modalità di disattivazione dell'abbonamento.

Appare, pertanto, evidente che il percorso on line di promozione dell'abbonamento non consente al consumatore di avere contezza delle condizioni economiche del servizio scelto ed è al contrario strutturato in modo da celare la reale natura dello stesso e ad enfatizzare la possibilità di scaricare un singolo contenuto multimediale tramite l'invio di un sms.

Vale osservare, inoltre, in relazione all'esclusiva destinazione dei servizi offerti ai maggiorenni, che tale informazione di carattere rilevante non viene mai resa nota ai consumatori se non all'interno dei link sopra descritti.

L'inserimento di tale indicazione all'interno delle sezioni citate non è sufficiente a sanare una grave omissione informativa relativa, infatti, ad una caratteristica essenziale del servizio che, in quanto tale, deve essere immediatamente percepibile da parte del consumatore.

La gravità dell'omissione de qua appare comprovata dalla presenza di un espresso obbligo informativo in tal senso, introdotto dalla normativa vigente in materia. Il regolamento sopra descritto e più volte richiamato [scilicet: il d.m. n. 145/2006 sui servizi a sovrapprezzo], all'articolo 12, secondo comma, lettera a), prevede, infatti, come contenuto obbligatorio del messaggio che precede la prestazione di ogni servizio a sovrapprezzo, l'espressa menzione della sua esclusiva destinazione ai maggiorenni [...]"

1.2. Nel contesto del provvedimento di chiusura del procedimento, con specifico riguardo alla posizione di parte ricorrente, l'Autorità ha poi precisato che, relativamente all'istanza in data 23 febbraio 2009 della società Buongiorno, avente ad oggetto il riesame della delibera con cui l'Autorità ha proceduto a rigettare gli impegni presentati ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Decreto Legislativo n. 206/05, "si rappresenta che essa non può essere presa in considerazione, in quanto è pervenuta dopo la chiusura della fase istruttoria del procedimento e dunque in un momento che risulta incompatibile con la ratio dell'istituto degli impegni. In ogni caso, nella propria delibera del 29 gennaio 2009, l'Autorità si era espressa per l'inammissibilità degli impegni, in quanto relativi a condotte che, ove accertate, avrebbero potuto integrare fattispecie di pratiche commerciali "manifestamente scorrette e gravi" per le quali il citato articolo 27, comma 7, non può trovare applicazione. "

1.3. Pure utile appare richiamare il contenuto delle norme del Codice del Consumo qui rilevanti.

L'art. 18 del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (come modificato dal D.Lgs. 2 agosto 2007 n. 146) precisa che, per le finalità considerate dal Titolo III (Pratiche commerciali, pubblicità ed altre informazioni commerciali), si intende per:

- "professionista": qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista;
- "prodotto": qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni;

- "pratiche commerciali tra professionisti e consumatori": qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

- "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori": l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Il successivo art. 19 puntualizza, poi, che le disposizioni contenute nel Titolo anzidetto trovano applicazione alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

Il comma 2 dell'art. 20 stabilisce, quindi, 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"; mentre il successivo comma 4 individua come scorrette le pratiche commerciali:

- ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23

- aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26.

Ai sensi del comma 3 della medesima disposizione "3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera"

Ai sensi dell'art. 22 "è considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

2. Ciò posto, il Collegio reputa anzitutto infondate le argomentazioni con le quali la società Buongiorno critica la delibera di rigetto della proposta di impegni, nonché quella, inserita nel contesto del procedimento principale di accertamento dell'infrazione, di rigetto dell'istanza di riesame.

2.1. Come noto, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, "Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione."

L'istituto appare modellato su quello della c.d. "decisione con impegni", introdotto, nell'ambito della tutela della concorrenza, dall'art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, e, analogamente a quest'ultimo, comporta una valutazione ampiamente discrezionale da parte dell'Autorità, tenuto conto del fatto che l'accettazione degli impegni non produce quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione.

Anche in materia di pratiche commerciali scorrette, l'Autorità è quindi chiamata a valutare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte ma anche, come avvenuto nel caso di specie, la sussistenza di un rilevante interesse pubblico all'accertamento dell'eventuale infrazione, e quindi, prima ancora, la stessa opportunità di preferire una procedura "negoziata" a quella di infrazione.

Al riguardo, va recisamente respinta l'argomentazione della ricorrente (sviluppata in particolare nelle memorie conclusive) secondo cui sarebbe una eventuale "deroga all'applicazione dell'istituto degli impegni" ad avere "carattere speciale", con conseguente necessità di una stringente motivazione di una decisione negativa.

Piuttosto, è vero esattamente il contrario, e cioè che la regola è quella dell'accertamento dell'infrazione, laddove l'accettazione degli impegni è evenienza rispetto alla quale la discrezionalità dell'Autorità è massima, in quanto impinge nelle scelte, alla stessa esclusivamente rimesse, circa le proprie priorità di intervento.

Al riguardo, la Sezione ha già evidenziato (cfr., da ultimo, la sentenza n. 8394 dell'8 settembre 2009, nonché n. 2974 del 24 febbraio 2010) che la peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero la necessità di stabilire dei principi con riguardo ad una fattispecie inedita, o ad un mutato assetto di mercato, ovvero ancora, l'interesse dell'amministrazione ad irrogare un'ammenda, attesa la funzione deterrente e di monito per gli operatori rivestita da quest'ultima, giustifica di per sé il rigetto degli impegni, attese le finalità di interesse pubblico connesse all'accertamento dell'eventuale infrazione.

A ciò si aggiunga che, esclusa la sussistenza, ovvero la prevalenza di siffatto interesse, parallelamente a quanto accade in materia di tutela della concorrenza, le misure correttive proposte debbono comunque essere "pertinenti" rispetto all'oggetto del procedimento e quindi funzionali all'elisione dei profili di ingannevolezza oggetto di accertamento.

È ragionevole ritenere, così come accade in materia di tutela della concorrenza, che i professionisti offrano misure analoghe a quelle che potrebbero essere imposte dall'Autorità ove la stessa pervenisse ad una decisione di infrazione.

Per converso, è stato osservato, occorre evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendo così l'efficacia deterrente dell'attività affidata all'Autorità.

Le decisioni con impegni, infatti, come già accennato, non producono quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione.

2.2. Parte ricorrente tenta poi di dimostrare la contraddittorietà, ovvero perplessità dell'azione amministrativa, traendo all'uopo elementi sintomatici dalla decisione dell'Autorità di non adottare misure cautelari, ovvero dalla proroga, dalla stessa disposta, dei termini di chiusura dell'istruttoria.

Quanto appena evidenziato circa l'ontologica differenza, nonché alternative, sussistente tra procedimento ordinario di accertamento dell'infrazione ed eventuale accettazione degli impegni, appare sufficiente a destituire di ogni fondamento la censura, come pure quella relativa alla mancanza di ogni approfondimento istruttorio da parte dell'Autorità in ordine agli impegni presentati.

La valutazione circa la sussistenza di un rilevante interesse pubblico all'accertamento dell'infrazione, ovvero circa il carattere manifestamente grave e scorretto delle condotte contestate - e quindi di ammissibilità degli impegni - è infatti di natura squisitamente giuridica, non richiedendo, pertanto, alcun particolare approfondimento di natura fattuale.

Essa avviene infatti, per così dire, allo "stato dell'arte", così come cristallizzato al momento in cui l'impresa si determina a presentare misure correttive finalizzate a rispondere ai rilievi dell'Autorità.

In altre parole, la valutazione degli impegni ha luogo nello stato in cui il procedimento si trova al momento in cui gli stessi vengono proposti, e prescinde del tutto da ulteriori accertamenti relativi all'effettiva sussistenza dell'illecito contestato.

Pertanto, l'unico accertamento che l'Autorità è tenuta a condurre, ove ritenga l'istanza ammissibile (per le ragioni in precedenza evidenziate), è unicamente quello relativo all'idoneità nonché proporzionalità delle misure correttive proposte dai professionisti indagati.

2.3. Neppure convincente appare l'ulteriore censura di carattere procedimentale, secondo cui l'Autorità avrebbe ommesso di preavvisare Buongiorno in ordine alla sussistenza di motivi ostativi all'accoglimento degli impegni.

Al riguardo, il Collegio osserva che la norma primaria (l'art. 27, comma 11, del Codice del Consumo) si limita a stabilire che "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione".

Il Regolamento sulle Procedure istruttorie, delinea poi una scansione procedimentale, organica e compiuta, ispirata a siffatti principi, nell'ambito della quale non vi è la necessità di innestare gli istituti propri della legge generale sul procedimento amministrativo.

Quest'ultima, come noto, è una legge "sul" procedimento amministrativo ed esplica quindi, rispetto a procedimenti disciplinati da leggi speciali una valenza precettiva autonoma solo se essi siano lacunosi o carenti rispetto alle garanzie dalla stessa assicurate.

In altre parole, la legge sul procedimento, come è stato detto, "taglia in orizzontale i procedimenti speciali", nel senso che la normativa speciale di settore va integrata e armonizzata con i principi da essa posti.

Il Collegio rileva inoltre che, anche a voler ritenere applicabile al procedimento in esame l'istituto del preavviso di rigetto, va considerato che la violazione delle disposizioni ad esso relative non produce l'illegittimità del provvedimento terminale nel caso in cui, ai sensi dell'art. 21 - octies della cit. l. n. 241/90, risulti che la violazione di tale adempimento formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento.

La norma in esame - che ha introdotto nel nostro ordinamento i c.d. "vizi non invalidanti" del provvedimento prevedendo, in particolare, la non annullabilità dell'atto per violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti (comma 1) o sulla comunicazione di avvio (comma 2), quando sia palese che il suo contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato - trova applicazione anche alle violazioni dello stesso art. 10 - bis della l. n. 241/90, attesa l'analogia tra tutti gli istituti finalizzati alla partecipazione del destinatario al provvedimento amministrativo (cfr. Cons. St. V 23 gennaio 2008, n. 143).

Essa, secondo la più convincente ricostruzione dell'istituto, non determina la degradazione di un vizio di legittimità in mera irregolarità, né costituisce una fattispecie esimente, bensì comporta la non annullabilità dell'atto a causa di valutazioni attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice, il quale accerta che esso non poteva essere diverso (così ancora la decisione n. 143/2008 cit.).

Secondo detta ricostruzione, l'interesse a ricorrere viene negato allorché tale accertamento priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricevere alcuna utilità. Tale prova di utilità va,

viceversa, esclusa allorché gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento e che ha indicato in giudizio non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che risultano precluse al giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato ha soggiunto che, sebbene, la norma di cui all'art. 21 - octies, comma 2, della cit. l. n. 241 del 1990 ponga in capo all'amministrazione (e non del privato) l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, tuttavia, onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), risulta preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali siano gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione.

Solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata del ben più consistente onere di dimostrare che anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato (Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786).

Nella fattispecie, però, parte ricorrente è venuta meno proprio a siffatto onere di allegazione, non avendo rappresentato, nemmeno nella presente sede ricorsuale, quali circostanze avrebbe rappresentato all'Autorità per convincerla ad accogliere la proposta di impegni.

La società si è infatti limitata a contestare la valutazione di manifesta gravità o scorrettezza, con rilievi concernenti il procedimento ordinario di accertamento dell'infrazione, mentre la decisione con impegni ha esclusivo riguardo all'ipotesi "accusatoria" che viene delineata nella comunicazione di avvio del procedimento.

2.4. Relativamente al rigetto dell'istanza di riesame, risultano condivisibili, in linea di principio, i rilievi di parte ricorrente circa il carattere non perentorio dei termini previsti dall'art. 8 del Regolamento sulle Procedure Istruttorie.

Al riguardo, la Sezione ha già avuto modo di affermare (sentenza n. 2974/2010, cit.), che "la matrice comunitaria dell'istituto, porta a ritenere che [...] il termine per la presentazione degli impegni, analogamente a quanto accade in materia di tutela della concorrenza, non abbia carattere perentorio, bensì meramente sollecitatorio. Se infatti può convenirsi che la fissazione di uno sbarramento temporale rappresenta un deterrente, derivante dalla necessità di prevenire comportamenti "opportunistici", è indubbio che, in ambito comunitario, prevalga una logica di tipo effettuale posto che la funzione dell'istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee e, dall'altro, che l'Autorità stessa disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti.

In sostanza, la tempestività della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alle fattispecie concrete e alla valutazione, operata dalla stessa Autorità, circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i "profili di illegittimità", ovvero ad assicurare la cessazione della pubblicità e l'elisione degli effetti già prodottisi.

A siffatta, più elastica, disciplina (perlomeno, sotto il profilo temporale) fa peraltro da contrappeso, come già evidenziato, l'ampia discrezionalità di cui gode l'Autorità nell'ammettere il professionista alla procedura negoziata."

Tali osservazioni, non si attagliano però al caso di specie, in cui l'istanza di riesame è stata presentata, per così dire, oltre qualunque ragionevole "tempo massimo", in una fase estrema del procedimento, dopo chiusura della fase istruttoria, quando cioè ormai l'Autorità disponeva di tutti gli elementi per pervenire (o meno) ad una decisione di infrazione.

È chiaro che procedere all'esame e/o all'accettazione degli impegni in tale fase, quando il quadro fattuale e probatorio si è definitivamente cristallizzato, non potrebbe che incentivare comportamenti opportunistici delle imprese, con conseguente svilimento della funzione deterrente della sanzione.

Al riguardo, non convince, poi, il raffronto che parte ricorrente tenta di istituire con noto caso A357 TELE2/TIM-VODAFONE-WIND.

Occorre infatti ricordare che, in materia di tutela della concorrenza, le istruttorie svolte dall'Autorità sono molto più articolate rispetto a quelle concernenti le pratiche commerciali scorrette.

La comunicazione delle risultanze istruttorie, inoltre, non rappresenta (a differenza della comunicazione di chiusura della fase istruttoria, propria del procedimento in esame) la fase terminale dell'accertamento, in quanto, le imprese hanno ancora la possibilità di presentare memorie, di essere ascoltate in audizione e, comunque, di formulare ulteriori rilievi che formeranno oggetto di specifica analisi in sede di valutazioni conclusive da parte dell'Autorità.

Proprio con riferimento al caso evocato da parte ricorrente, la Sezione (sentenza n. 2902 del 7 aprile 2008) in risposta a rilievi analoghi a quelli oggi evocati da parte ricorrente, ebbe ad osservare che "Sebbene, infatti, il procedimento A357 fosse ormai giunto alla fase della Comunicazione delle risultanze istruttorie, non può certo dirsi che il quadro probatorio che, sino ad allora, si era venuto componendo, si presentasse così "schiacciante" da escludere del tutto i benefici solitamente derivanti da una decisione con impegni. Di tanto

vi è prova nel fatto che il principale addebito contestato dall'Autorità, quello relativo all'abuso di PDC nel mercato dell'accesso, non ha trovato conferma nel provvedimento finale.

È altresì innegabile che lo stralcio della posizione di Vodafone abbia comportato almeno una parziale semplificazione dell'attività di verifica e di valutazione giuridica che fa seguito ai rilievi contenuti nella CRI." Va infine soggiunto che, nel caso oggi in rilievo, AGCM non si è limitata a riscontrare la tardività dell'istanza di riesame, ma ha ribadito le ragioni sostanziali, già in precedenza evidenziate, circa l'inopportunità di accogliere impegni (con conseguente archiviazione del procedimento di infrazione) in ordine ad un'ipotesi di illecito consumeristico avente i caratteri della manifesta gravità e scorrettezza (non essendo evidentemente l'istanza di riesame fondata su argomentazioni diverse e/o più convincenti rispetto a quelle che sorreggevano l'istanza originaria).

3. Avverso il provvedimento finale, parte ricorrente si è poi limitata a richiamare le deduzioni contenute nelle memorie depositate nel corso del procedimento, le quali risultano però adeguatamente confutate nelle "valutazioni conclusive" del provvedimento medesimo.

Le articolate argomentazioni e analisi svolte dall'Autorità circa le condotte sanzionate, smentiscono anzitutto il rilievo secondo cui la stessa non avrebbe chiaramente spiegato a quale, tra le fattispecie elencate negli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, l'illecito sia riconducibile.

Parimenti convincenti, inoltre, appaiono le valutazioni svolte nel merito da AGCM, con particolare riguardo alla struttura del messaggio e alle informazioni complessivamente accessibili attraverso la consultazione dei vari link che, dalla pagina principale del sito, rinviano alle condizioni economiche dell'offerta.

Il Collegio, al riguardo, richiama le argomentazioni già svolte dalla Sezione (sentenza n. 646 del 21 gennaio 2010), relativamente agli analoghi rilievi svolti dalla società Telecom, in qualità di operatore telefonico coinvolto nella realizzazione della stessa pratica scorretta in esame.

La Sezione ha in primo luogo ricordato che "effettivamente, costituisce ormai consolidato orientamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quello secondo cui le affermazioni riportate in una pagina web vadano decodificate con riferimento al contenuto dell'intero sito, salvaguardando, dunque, la tendenziale unicità del messaggio.

L'Autorità ha però contemporaneamente osservato che le informazioni di fondamentale importanza per i consumatori, ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta, debbano comunque essere rese loro disponibili fin dal primo contatto pubblicitario (cfr., ad esempio, i procedimenti PI3527 Tirrenia Tariffe Ponte del 13.12.2001 e PI 3268 Poste Italiane - Posta Celere del 31.5.2001 [...]).

Vale a dire che sebbene, in linea di principio, l'elaborazione di pagine web si presti, più agevolmente rispetto ad altri mezzi di comunicazione, ad un'informazione completa ed esauriente, l'analisi della correttezza della comunicazione commerciale va, anche in tali ipotesi, effettuata caso per caso, attraverso un'attenta analisi della struttura del sito, non potendosi escludere che, accanto a consumatori particolarmente smaliziati, in grado di accedere ad ogni informazione ivi presente, ve ne siano altri che, invece, si fermeranno al primo livello, senza volere, o sapere, effettuare ulteriori approfondimenti.

Appare emblematico, al riguardo, il caso in esame, in cui [...] nella "home page di apertura sono del tutto assenti informazioni circa le caratteristiche dei servizi offerti."

L'Autorità ha poi ulteriormente rilevato che "l'inserimento delle stesse all'interno delle pagine cui rimandano i link indicati con caratteri di dimensione molto ridotta rispetto al contesto pubblicitario e posti in fondo alla pagina web su cui l'utente viene dirottato per seguire la procedura di acquisto dei contenuti selezionati, non consente di sanare la scorrettezza del messaggio de quo considerata la necessità di indicare informazioni essenziali del servizio offerto con modalità grafiche tali da garantirne l'immediata percezione da parte del consumatore. I link citati sono, infatti, di consultazione solo eventuale, non essendo inseriti all'interno di un percorso logico obbligato che l'utente deve necessariamente seguire per attivare il servizio pubblicizzato e sono, pertanto, inidonei a consentire quella libertà di autodeterminazione del consumatore che costituisce obiettivo primario della tutela introdotta dal Decreto Legislativo n. 206/05."

Al riguardo, va ancora una volta ribadito il consolidato orientamento della Sezione, secondo cui il legislatore ha inteso salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore sin dal primo contatto pubblicitario, imponendo dunque al professionista un particolare onere di chiarezza nella propria comunicazione di impresa.

L'ingannevolezza del messaggio non è pertanto esclusa dalla possibilità che il consumatore sia posto in condizione, prima della stipula del contratto, di conoscere in dettaglio tutti gli aspetti che lo caratterizzano, in quanto la verifica condotta dall'Autorità riguarda il messaggio pubblicitario in sé, e, pertanto, la sua idoneità a condizionare le scelte dei consumatori, indipendentemente dalle informazioni che l'operatore renda disponibili a "contatto" già avvenuto, e quindi, ad effetto promozionale ormai prodotto.

Relativamente, poi, alla tecnica del rinvio ad un link ipertestuale, la stessa, a parere del Collegio, risulta idonea ad escludere la decettività del messaggio solo ove risultino chiaramente percepibili, sin dalla prima pagina del sito web (o, comunque, sin dal primo livello di navigazione) le caratteristiche essenziali dell'offerta.

Nel caso di specie, invece, non appare dubbia l'ambiguità del messaggio incentrato, come rilevato dall'Autorità, sulla possibilità di scaricare un dato contenuto e non anche sulla necessaria attivazione dell'abbonamento, mentre tutte le indicazioni circa costi, durata e modalità di disattivazione

dell'abbonamento medesimo "sono celate all'interno delle sezioni relative ai singoli gestori di telefonia mobile che offrono i servizi di cui si tratta in collaborazione con la società Buongiorno".

Relativamente all'ulteriore argomentazione svolta da parte ricorrente, relativa alla circostanza che essa fornirebbe il proprio servizio sempre, solo ed esclusivamente a soggetti maggiorenni, per cui anche i messaggi pubblicitari sarebbero indirizzati esclusivamente a questi ultimi, è facile tuttavia osservare che la grafica utilizzata nel messaggio e la tipologia di servizi offerti si rivolgono ontologicamente ai minori, costituendo, inoltre, un dato di comune esperienza che i telefoni cellulari, sebbene acquistati da maggiorenni, possano poi essere dati in uso a minorenni.

Pertanto, anche l'eventuale avvertenza che riserva il servizio ai maggiorenni, quantunque doverosa, può ritenersi, ai fini in discorso, tamquam non esset, e comunque inidonea, da sola, a superare i rilievi di ingannevolezza svolti dall'Autorità.

Quest'ultima, relativamente all'individuazione del target di riferimento, ha infatti chiaramente spiegato (senza che, al riguardo, la ricorrente abbia potuto sviluppare controdeduzione alcuna, anche perché si tratta di un dato di comune esperienza) che "in considerazione della tipologia di servizio pubblicizzato, va osservato che i messaggi in esame appaiono destinati anche ad un pubblico di adolescenti, più avvezzo all'invio ed alla ricezione di contenuti per cellulare, come rilevato dall'Autorità in precedenti interventi aventi ad oggetto comunicazioni con carattere analogo ai messaggi oggetto della presente valutazione [Cfr. in particolare provvedimento n. 17856 del 10 gennaio 2008, caso PI6254 - moby.dada.net-brani musicali gratis sul cellulare, in Boll. n. 1/08.]. Come evidenziato in alcune precedenti decisioni dall'Autorità [Cfr. Provv. del 6 febbraio 2007 n. 16470, PI5497 - Servizi Teleunit per maggiorenni su riviste Per ragazzi, in Boll. n. 6/07; Provv. n. 17065 del 3 luglio 2007, PI5769 - suonerie scaricabili dal 48428, in Boll. n. 27/07; Provv. n. 14253 del 20 aprile 2005, PI4702 - Suonerie per cellulari zero 9, in Boll. n. 16/05.], le indicazioni carenti e poco chiare contenute nei messaggi circa le caratteristiche ed i costi finali del servizio pubblicizzato possono risultare ulteriormente pregiudizievoli in considerazione della naturale mancanza di esperienza dei giovani, anch'essi potenziali destinatari dei messaggi di cui si tratta, in quanto meno propensi a distaccate e specifiche valutazioni di opportunità economica, in rapporto alle nuove tecnologie e ai servizi offerti attraverso i terminali di comunicazione. Tenuto conto della particolare tutela che l'articolo 20, comma 3, del Decreto Legislativo n. 146/07 riserva agli adolescenti quale gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile alla pratica commerciale in contestazione in ragione della loro età o ingenuità, è necessario invece adottare accorgimenti grafici ed espressivi idonei a rendere edotti questi ultimi dell'attivazione di un servizio a pagamento, di durata prolungata, conseguente al download della prima suoneria. In quest'ottica, gli adolescenti - in virtù della loro età ed ingenuità - possono essere considerati particolarmente esposti e vulnerabili alla pratica commerciale oggetto di contestazione, trattandosi di consumatori specificamente attratti dalla fruizione dei servizi per telefoni cellulari pubblicizzati, quali la ricezione di suonerie, loghi, wall papers, servizi di intrattenimento, chat line, informazioni e messaggerie varie."

4. Relativamente alla quantificazione della sanzione, l'Autorità ha preso in considerazione, in primo luogo, la dimensione economica dei professionisti, osservando che "Telecom Italia S.p.A., Vodafone Omnitel N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A., corresponsabili per la diffusione della pratica commerciale oggetto di contestazione con Buongiorno S.p.A., rappresentano i principali gestori di telefonia mobile nazionale.". Con riguardo alla gravità della violazione, ha rilevato "che la stessa è da ricondurre alla tipologia delle omissioni informative riscontrate e al settore al quale l'offerta di servizi in esame si riferisce, ovvero quello dei servizi a sovrapprezzo per la telefonia mobile, di cui i professionisti coinvolti rappresentano i principali operatori sul mercato per dimensione economica e ruolo commerciale". Rispetto al settore delle comunicazioni, "l'obbligo di completezza e chiarezza delle informazioni veicolate si presenta particolarmente stringente, anche in considerazione dell'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatore, dovuta tanto al proliferare di promozioni molto articolate quanto all'offerta di servizi innovativi, come nel caso di specie i servizi VAS".

La pratica in esame, inoltre, in quanto diffusa via internet, è stata ritenuta suscettibile di aver raggiunto un numero considerevole di consumatori.

È stata considerata, inoltre "l'idoneità della stessa ad alterare il comportamento economico di una categoria di consumatori più debole e vulnerabile, in ragione dell'età ed ingenuità, rappresentata dagli adolescenti, i quali sono particolarmente attratti dalla fruizione dei servizi pubblicizzati".

Si è tenuto altresì conto "dell'entità del pregiudizio, rappresentato dal rilevante onere economico che grava periodicamente ed automaticamente sul conto dell'utente, trattandosi dell'attivazione di un abbonamento con oneri economici settimanali applicati automaticamente fino alla disdetta del servizio", nonché "dello specifico ruolo svolto dal Content Provider rispetto ai gestori di telefonia mobile nella pratica oggetto del presente provvedimento".

Con specifico riguardo alla società Buongiorno ha poi rilevato che la stessa, "risulta già destinataria di provvedimenti di ingannevolezza in violazione del Titolo III, Capo II, del Decreto Legislativo n. 206/05, riguardanti fattispecie analoghe a quella oggetto del presente provvedimento [Cfr. Provv. n. 17508 del 18 ottobre 2007, "AL 48411 LA MUSICA DEL FESTIVAL DI SANREMO", in Boll. 39/07;]. Tali circostanze aggravanti sono tuttavia bilanciate dal comportamento collaborativo della società Buongiorno, che, in seguito

alla comunicazione di avvio del procedimento, si è adoperata per cercare di rimuovere i profili oggetto di contestazione e ha sospeso, nelle more del procedimento, la diffusione sul sito www.suonerie.it del messaggio contestato nonché l'attività di download dei contenuti e la registrazione di nuovi utenti. Pertanto, non si ritiene di applicare alcuna maggiorazione o riduzione dell'importo della sanzione".

4.1. Quanto appena rilevato destituisce di fondamento, la censura secondo cui l'Autorità non avrebbe tenuto conto dell'atteggiamento collaborativo avuto da Buongiorno nel corso del procedimento.

È evidente infatti che esso ha formato oggetto di bilanciamento con l'esistenza di circostanze aggravanti (legate al comportamento recidivo della società) e ha consentito che la sanzione rimanesse determinata nel suo importo base.

Relativamente all'argomentazione secondo cui l'Autorità non avrebbe verificato in concreto l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore nella sua scelta di acquisto (e quindi l'impatto della pratica), è sufficiente rinviare a quanto già diffusamente argomentato dalla Sezione circa la struttura dell'illecito consumeristico in esame.

L'illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle più volte riportate disposizioni del Codice del Consumo, "non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi, altrimenti, sono legittimati a porre in essere fuori da condizionamenti e/o orientamenti decettivi) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito (non già di danno) ma di mero pericolo" in quanto intrinsecamente idonea a condurre alle conseguenze che la disciplina di legge ha inteso, invece, scongiurare (sentenza n. 3722 dell'8 aprile 2009). Gli effetti della condotta, si pongono, in definitiva, al di fuori della struttura dell'illecito, atteso che la normativa in materia non ha la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate dalle pratiche scorrette agli interessi patrimoniali del consumatore, ma si colloca su un più avanzato fronte di prevenzione, essendo tesa ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici.

Le norme che tutelano il consumatore dagli effetti delle pratiche commerciali scorrette e/o aggressive sono dunque naturalmente preordinate a prevenire le distorsioni della concorrenza anche in una fase ampiamente prodromica a quella negoziale.

Gli effetti della condotta possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell'ambito dei consumatori: da tale circostanza essendo con ogni evidenza dato desumere la grave inadeguatezza del comportamento posto in essere da quest'ultimo a fronte del paradigma di diligenza che la normativa di riferimento ha posto quale essenziale referente di valutabilità della condotta.

4.2. Con riferimento al rilievo attribuito alla dimensione economica degli operatori coinvolti nella pratica, non occorre, invero, spendere molte parole per ricordare che non solo si tratta di uno dei parametri specificamente elencati dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981 (richiamato dall'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo), al fine di assicurare gli effetti deterrenti della sanzione, ma che, secondo un consolidato orientamento dell'Autorità, l'importanza economica dell'operatore è idonea, di per sé, a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e, pertanto, ad aggravarne la valenza lesiva ove la stessa integri anche una pratica commerciale scorretta (cfr. TAR Lazio, sez. I^a, sentenza n. 277/2008).

Neppure condivisibile è l'ulteriore profilo della medesima censura circa la disparità di trattamento con gli operatori telefonici coinvolti nella pratica, aventi dimensioni economiche ben più consistenti rispetto a quelle di parte ricorrente.

Al riguardo, è sufficiente osservare che la condotta addebitata a Buongiorno nel quadro della pratica contestata (predisposizione e diffusione dei messaggi in qualità di content provider), è più grave di quella imputabile ai gestori telefonici (omissione di controllo sull'uso delle numerazioni), sicché non è possibile istituire alcun paragone, attesa la diversità dei ruoli attribuiti dalla stessa Autorità, ai soggetti coinvolti nel procedimento.

Tale diversità di ruoli, e la maggior riprovevolezza della condotta del content provider, non consente, in definitiva, di istituire alcun paragone fondato sulla dimensione economica assoluta dei soggetti coinvolti nella pratica.

5. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso e i motivi aggiunti debbono essere respinti.

Sembra equo, però, data la peculiarità della fattispecie, disporre l'integrale compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti di cui in premessa, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 02 AGO. 2010.