

COMMERCIO: Commercio elettronico - Telecomunicazioni - Internet - Gestione di un sito web - Servizi finalizzati a favorire la conclusione di negozi giuridici illeciti - Hosting provider - Nozione.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 2 aprile 2021, n. 3955

- in *Il Foro amministrativo*, 4, 2021, pag. 677 e ss.

“[...] la gestione di un sito web che fornisce in via esclusiva, tramite l’articolata gestione imprenditoriale evidenziata nella motivazione del provvedimento, servizi finalizzati – per stessa ammissione della ricorrente – a favorire la conclusione di negozi giuridici che la legge qualifica in linea generale illeciti, escluse le limitate ipotesi sopra indicate, non possa essere considerata neutrale rispetto al disposto normativo, non potendo essere assimilata a quella di un “trasportatore” ignaro del contenuto della merce trasportata, come infondatamente argomentato da parte ricorrente.

8.4. L’estraneità alla compravendita non è dunque, di per sé, elemento decisivo al fine di escludere la responsabilità del gestore del sito web, stante il descritto tenore generale del vendita/collocamento secondario dei titoli in questione, né l’attività di gestione della piattaforma che consente ed agevola, tramite la messa a disposizione del complesso di servizi descritti nel provvedimento, la conclusione di vendite illecite in ragione del pagamento di un prezzo superiore a quello nominale, può ritenersi del tutto estranea al divieto sancito dalla norma sanzionatoria [art. 1, comma 545, l. 11 dicembre 2016 n. 232].

[...]- “gli hosting provider passivi svolgono un’attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo”;

- ricorre invece la figura dell’“hosting provider attivo, sottratto al regime privilegiato, quando sia ravvisabile una condotta di azione”;

- “gli elementi idonei a delineare la figura o “indici di interferenza”, da accertare in concreto ad opera del giudice del merito, sono - a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti - le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l’adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l’effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. A seguito dell'acquisizione di taluni esposti formulati da società operanti nel settore dell'organizzazione di eventi musicali *live*, di società di vendita nel mercato primario di titoli ad eventi musicali e di Associazioni di categoria, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora innanzi solo AGCom o Autorità) ha effettuato un'attività di controllo sul sito "viagogo.it", gestito dall'omonima società odierna ricorrente, anche con il supporto della Guardia di Finanza, della Polizia postale e dell'Agenzia delle Entrate, all'esito della quale ha rilevato che sullo stesso, nell'arco temporale marzo - maggio 2019, sono stati messi in vendita biglietti a prezzi maggiorati rispetto ai prezzi nominali presenti sui siti di vendita primari autorizzati, con riferimento a 37 eventi (concerti e spettacoli) e che, anche tramite il social www.facebook.com/viagogo, si realizza, attraverso il rimando al sito web della società, analoga fattispecie di messa in vendita di biglietti a prezzo maggiorato.

1.1. Il 16 luglio 2019 ha, pertanto, notificato alla ricorrente l'atto n. 02/19/DSD, con il quale le ha contestato la messa in vendita di *"titoli di accesso ad attività di spettacolo senza essere titolare dei sistemi per la loro emissione e ad un prezzo superiore al prezzo nominale del mercato primario autorizzato, in violazione di quanto previsto dall'articolo 1, comma 545, legge 11 dicembre 2016, n. 232 e successive modifiche e integrazioni, in relazione a 37 eventi"*, contestualmente comunicando la possibilità di procedere al pagamento in misura ridotta, ai sensi dell'art. 16 della legge 689/1981.

1.2. Con nota del 16 settembre 2019 Viagogo ha trasmesso all'Autorità una memoria difensiva con la quale ha chiesto l'archiviazione del procedimento sostenendo, in sintesi, che l'attività di vendita sul mercato secondario di biglietti, eventualmente a prezzo maggiorato, sarebbe imputabile esclusivamente agli utenti della piattaforma web dalla stessa gestita, e che l'erogazione del servizio di "bacheca virtuale" finalizzata a favorire l'incontro di domanda ed offerta da essa fornito con modalità passive ed automatizzate sarebbe del tutto lecito, in quanto non vietato dalla norma richiamata nella contestazione.

1.3. L'Autorità, considerate non condivisibili le osservazioni della società ed acquisto il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha concluso il procedimento con l'emanazione, in data 16 aprile 2020, della delibera n. 104/20/CONS, con la quale:

- ha ritenuto che il sito web viagogo.it abbia un "ruolo attivo" nell'attività illecita accertata, in quanto non limitato a consentire la connessione dei potenziali venditori e acquirenti tramite modalità puramente tecniche, passive ed automatiche, consistendo il complesso di servizi forniti in una complessa attività di assistenza ai potenziali venditori e acquirenti, quali l'editing degli annunci, attraverso una "massiccia operazione di promozione" effettuata tramite una strategia

“multi-piattaforma”, dimostrata dall’utilizzo a fini promozionali del social network *Facebook*, attraverso la pagina *www.facebook.com/viagogo*, nonché attraverso rimandi a *Instagram*, *Google search*, ecc., che ha luogo in tutte le varie fasi della compravendita fino alla relativa esecuzione, compresa la riscossione del pagamento, che viene effettuata dalla ricorrente (la quale in tale occasione procede a trattenere le somme ad essa dovute a titoli di commissione, pari al 27-30% (IVA inclusa) del prezzo della rivendita, oltre al rimborso delle spese di spedizione);

- ha ritenuto configurabile, nelle descritte attività di Viagogo, un mandato senza rappresentanza a vendere i biglietti, anziché una mera intermediazione, considerato anche che nelle condizioni contrattuali è previsto che l’inserzionista deve garantire di *“non contattare direttamente l’acquirente per alcuna ragione”* e che *“Il venditore non può includere nella spedizione alcun materiale promozionale o commerciale che non sia stato approvato da noi”*;

- determinata la sanzione “base” nella somma di euro 100.000,00 per ciascuno dei 37 episodi contestati, ha, infine, ritenuto insussistenti i presupposti per l’applicazione del cumulo giuridico di cui alle Linee Guida sull’applicazione delle sanzioni amministrative di cui alla delibera 265/15/CONS, non potendosi ravvisare nelle azioni poste in essere in violazione della norma il requisito della “contestualità” dalla stessa previsto, ed ha irrogato la sanzione pecuniaria di euro 3.700.000 (tremilionesettecentomila/00), determinata applicando il criterio del cumulo materiale (sanzione base euro 100.000,00 per ciascuna delle 37 violazioni riscontrate), al contempo diffidandola dal porre in essere ulteriori comportamenti in violazione delle disposizioni richiamate.

2. Di tale provvedimento la ricorrente ha chiesto l’annullamento, deducendone l’illegittimità in ragione dei seguenti motivi:

1) *violazione e falsa applicazione dell’art. 1, comma 545 della legge 11 dicembre 2016, n. 232 come modificato dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 per travisamento dell’ambito soggettivo di applicazione della norma; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, tra le quali travisamento dei fatti, contraddittorietà e difetto di motivazione.*

La ricorrente – la quale ha sede in Svizzera, ma si avvale di strutture operative, snodi di rete ed apparecchiature di trasmissione dislocate nella UE – gestisce la piattaforma internet attiva a livello globale di maggiore successo nel mercato secondario on-line dei biglietti per eventi (o *secondary ticketing*); la stessa presta i suoi servizi attraverso un’unica piattaforma web “multi-giurisdizione” operante alla stregua di luogo di incontro (*marketplace*) tra domanda e offerta per la rivendita di biglietti tra utenti sparsi nel mondo; in Italia tale attività è svolta tramite il sito “*viagogo.it*”. Ciò premesso, l’attività dalla stessa posta in essere non potrebbe essere qualificata “vendita”, avendo ad oggetto esclusivamente l’intermediazione tra le parti della compravendita, anche tramite la fornitura

di servizi di supporto “logistico”, senza tuttavia alcun potere decisionale sugli elementi che determinano la eventuale illiceità della transazione. Né l’attività svolta potrebbe essere inquadrata nel mandato, non assumendo la ricorrente alcun obbligo a vendere i titoli in questione.

2) Eccesso di potere. Travisamento della natura dell’attività svolta dalla ricorrente e, segnatamente, dei compiti dell’hosting provider; conseguente errata imputazione alla società della condotta vietata dalla legge; contraddittorietà della motivazione. Violazione e falsa applicazione della direttiva 2000/31/ce (artt. 3, 14 e 15) e del d.lgs. Di recepimento n. 70/2013 (artt. 16 e 17). Nullità della decisione impugnata per violazione della decisione del consiglio di stato n. 4359 del 25 giugno 2019.

L’attività della ricorrente consisterebbe nella gestione di una “bacheca virtuale” e dovrebbe, dunque, essere qualificata in termini di *hosting provider* “neutrale” o “passivo” ai sensi della direttiva e-commerce, con applicazione del regime di esenzione della responsabilità previsto da quest’ultima e dalla normativa nazionale di recepimento con riferimento al contenuto degli annunci dei venditori, come già rilevato dalla giurisprudenza amministrativa.

3) Incompatibilità della decisione impugnata con norme e principi fondamentali di cui alla direttiva e-commerce (artt. 3 e 14-15), con il divieto di restrizioni della concorrenza e con il principio di libera circolazione dei servizi (art. 56, 102 e 106 TFUE); in caso di dubbio su tale incompatibilità, richiesta di rinvio pregiudiziale sull’interpretazione della direttiva e-commerce alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

Il provvedimento si porrebbe, inoltre, in contrasto non solo con gli artt. 14-15 della direttiva e-commerce ma anche con i principi fondamentali del TFUE quali il divieto di restrizioni ingiustificate della libera circolazione dei servizi sancito dall’art. 56, nonché con il divieto di attribuzione di diritti speciali o esclusivi – di fatto assegnati agli operatori del mercato primario – di cui all’art. 106, così che sussisterebbero i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della UE.

4) Incompatibilità della decisione impugnata con l’art. 41 Cost. e con l’art. 117, comma 1, Cost.; questione di legittimità costituzionale della legge.

Il provvedimento impugnato contrasterebbe, altresì, con i principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e di prevalenza delle fonti comunitarie; in via subordinata dovrebbe, pertanto, essere sollevata questione di compatibilità della normativa ad esso presupposta con le disposizioni della Carta poste a presidio degli stessi.

5) *Errata applicazione del c.d. cumulo materiale della sanzione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 8 e 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689 e delle linee guida AGCom di cui all'allegato a della delibera 265/15/CONS.*

Sarebbe, infine, illegittima la disposta applicazione del cumulo materiale delle violazioni, con conseguente quantificazione della sanzione nella gravosa entità irrogata dall'Autorità, non potendosi configurare l'asserita pluralità di azioni ripetute nel tempo in relazione ai diversi eventi, considerata la brevità del lasso temporale considerato (circa tre mesi), bensì violazioni commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria, da considerarsi dunque unitariamente, alle quali applicare il più mite regime del cumulo giuridico.

3. Si è costituita in resistenza l'AGCom la quale ha depositato documentazione ed articolata memoria difensiva, nella quale ha, in sintesi, eccepito che:

- sarebbe vietata non solo la vendita, ma anche qualsiasi altra forma di collocamento posta in essere da soggetti intermediari, e l'ampia locuzione utilizzata dalla norma sanzionatoria comprenderebbe anche l'attività svolta dalla ricorrente;
- il ruolo attivo di quest'ultima sarebbe dimostrato dal fatto che tutte le transazioni che si svolgono sul sito vengono da essa direttamente ed esclusivamente gestite;
- l'attività svolta da Viagogo non sarebbe in alcun modo qualificabile come *hosting* ai sensi della direttiva *e-commerce*, in quanto l'attività di memorizzazione sarebbe meramente presupposta alla prestazione dell'effettivo servizio svolto, consistente nella intermediazione nella rivendita dei titoli; in ogni caso non sussisterebbero le condizioni cui la normativa invocata subordina l'esenzione dalla responsabilità;
- la ricorrente, in quanto avente sede in uno Stato estraneo all'Unione Europea, non avrebbe titolo a lamentare la violazione della normativa vigente in quest'ultima; comunque la norma nazionale non avrebbe vietato l'intermediazione (attiva o passiva) secondaria ma l'avrebbe subordinata al rispetto di specifici parametri tecnici notificati alla Commissione Europea, senza che la stessa abbia svolto alcun rilievo;
- per analoghe considerazioni la legge applicata non si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali;
- la misura della sanzione sarebbe stata, infine, determinata in coerente applicazione delle Linee Guida allegate alla delibera 265/15/CONS.

4. Con ordinanza n. 5228 del 6 agosto 2020 è stata parzialmente accolta l'istanza cautelare proposta unitamente al ricorso e, per l'effetto, disposta la sospensione della sola sanzione pecuniaria, sotto il profilo del pregiudizio derivante dalla entità della stessa; sono stati invece espressamente mantenuti

fermi gli effetti della diffida a porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'art. 1 comma 545 legge 232/2016.

5. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive con le quali hanno approfondito le rispettive tesi.

6. All'udienza del 3 marzo 2021, tenutasi con le modalità indicate, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. È necessaria una breve premessa sulla normativa presupposta al provvedimento oggetto del presente giudizio.

7.1. L'art. 1 comma 545 della L. 11 dicembre 2016 n. 232, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'articolo 1, comma 1099, lettere a), b) e c), della Legge 30 dicembre 2018, n. 145, prevede che *“la vendita o qualsiasi altra forma di collocamento di titoli di accesso ad attività di spettacolo effettuata da soggetto diverso dai titolari, anche sulla base di apposito contratto o convenzione, dei sistemi per la loro emissione è punita, salvo che il fatto non costituisca reato, con l'inibizione della condotta e con sanzioni amministrative pecuniarie da 5.000 euro a 180.000 euro, nonché, ove la condotta sia effettuata attraverso le reti di comunicazione elettronica, secondo le modalità stabilite dal comma 546, con la rimozione dei contenuti, o, nei casi più gravi, con l'oscuramento del sito internet attraverso il quale la violazione è stata posta in essere, fatte salve le azioni risarcitorie”*, precisando altresì che *“Non è comunque sanzionata la vendita ad un prezzo uguale o inferiore a quello nominale di titoli di accesso ad attività di spettacolo effettuata da una persona fisica in modo occasionale, purché senza finalità commerciali”*.

A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1100, della citata Legge 145/2018, sono stati aggiunti al testo originario i commi 545 bis – 545 ter – 545 quater e 545 quinquies tramite i quali, essendo stata altresì introdotta la previsione secondo cui dal 1° luglio 2019 i titoli di accesso ad attività di spettacolo in impianti con capienza superiore a 5.000 spettatori sono *“nominativi, previa efficace verifica dell'identità, e riportano la chiara indicazione del nome e del cognome del soggetto che fruisce del titolo di accesso”*, è stata disciplinata la procedura attraverso la quale gli acquirenti dei biglietti possono rivendere i titoli acquistati, la quale può essere effettuata esclusivamente dai *“siti internet di rivendita primari, i box office autorizzati o i siti internet ufficiali dell'evento”*, mantenendo il prezzo nominale di emissione con la sola possibilità di *“addebitare congrui costi relativi unicamente alla gestione della pratica di intermediazione e di modifica dell'intestazione nominale”* (comma 545 quater).

Il comma 545-quinquies della norma all'esame prevede infine che, salva l'ipotesi di cessione autorizzata del titolo d'ingresso nominativo, secondo le modalità previste dalle riferite disposizioni

dei commi da 545-*bis* a 545-*quater*, nel caso di diversità tra il nominativo dell'acquirente e quello del soggetto che intende usufruirne, i titoli di accesso sono annullati senza alcun rimborso.

7.2. Per “*titolari di sistemi di emissione*” dei titoli si intendono i soggetti cui è stata conferita specifica autorizzazione dall’Agenzia delle Entrate, ai sensi del provvedimento della stessa Agenzia del 22 ottobre 2002 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4 novembre 2002) recante “*Autorizzazione al rilascio delle carte di attivazione relative a sistemi di emissione di titoli di accesso e di riconoscimento di idoneità di apparecchiature*”, che presuppone la conformità dei sistemi di emissione dei titoli di accesso al decreto del Ministero delle Finanze del 13 luglio 2000, riguardante le caratteristiche degli apparecchi misuratori fiscali, il contenuto e le modalità di emissione dei titoli di accesso per gli intrattenimenti e le attività spettacolistiche. Le misure tecniche di dettaglio sono, inoltre, contenute nel provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 27 giugno 2019 che, al capo III, punti 6.3 e 6.4, indica i parametri tecnici della procedura di cambio nominale dei titoli di accesso e della procedura di intermediazione per la rivendita, e che, come evidenziato dall’Avvocatura dello Stato, è stato oggetto di notifica alla Commissione Europea ai sensi della Direttiva (UE) 2015/1535.

7.3. Dal descritto complesso normativo emerge chiaramente che l’attività di rivendita e/o collocamento dei titoli di accesso alle attività di spettacolo (“*secondary ticketing*”) svolta al di fuori delle limitate modalità dallo stesso consentite costituisce illecito amministrativo, punito con le sanzioni sopra indicate.

8. Premesso quanto sopra esposto, può procedersi all’esame del primo motivo di ricorso.

8.1. La tesi della ricorrente, secondo la quale l’attività dalla stessa svolta, in quanto consistente nella mera intermediazione tra le parti della vendita “secondaria”, posta in essere secondo una piattaforma internet che avrebbe le caratteristiche di un *hosting provider* passivo, dovrebbe ritenersi esclusa dal perimetro applicativo della norma sanzionatoria presupposta all’impugnato provvedimento, non può essere condivisa.

8.2. La *ratio* della norma che vieta l’attività di rivendita dei titoli di accesso in questione è quella di contrastare l’elusione e l’evasione fiscale, nonché di assicurare la tutela dei consumatori e garantire l’ordine pubblico con riferimento all’attività di rivendita dei titoli di accesso ad eventi di spettacolo; pertanto la condotta vietata è stata dalla stessa delineata in termini volutamente ampi (“*vendita*” e “*qualsiasi altra forma di collocamento*”), tali da ricomprendere ogni attività contrastante con il divieto nonché elusiva dello stesso, la quale deve pertanto ritenersi illecita.

8.3. Ciò posto, reputa il Collegio che la gestione di un sito web che fornisce in via esclusiva, tramite l’articolata gestione imprenditoriale evidenziata nella motivazione del provvedimento, servizi

finalizzati – per stessa ammissione della ricorrente – a favorire la conclusione di negozi giuridici che la legge qualifica in linea generale illeciti, escluse le limitate ipotesi sopra indicate, non possa essere considerata neutrale rispetto al disposto normativo, non potendo essere assimilata a quella di un “trasportatore” ignaro del contenuto della merce trasportata, come infondatamente argomentato da parte ricorrente.

8.4. L’estraneità alla compravendita non è dunque, di per sé, elemento decisivo al fine di escludere la responsabilità del gestore del sito web, stante il descritto tenore generale del vendita/collocamento secondario dei titoli in questione, né l’attività di gestione della piattaforma che consente ed agevola, tramite la messa a disposizione del complesso di servizi descritti nel provvedimento, la conclusione di vendite illecite in ragione del pagamento di un prezzo superiore a quello nominale, può ritenersi del tutto estranea al divieto sancito dalla norma sanzionatoria.

8.5. In ragione di tali considerazioni la qualificazione del complesso delle attività svolte dalla ricorrente alla stregua di un mandato a vendere i titoli collocati sul sito, in quanto compiutamente motivata dall’Autorità tramite la riferita valorizzazione di numerosi indici fattuali e giuridici, non è, ad avviso del Collegio, affetta dai lamentati profili di violazione di legge ed eccesso di potere, né l’ampia motivazione del provvedimento appare connotata da alcuna contraddittorietà o travisamento dei fatti, così che le doglianze spiegate nell’ambito della censura all’esame non possono essere condivise.

9. Passando all’esame del secondo motivo, reputa la Sezione che i rilievi ora spiegati consentano, altresì, di escludere che l’attività oggetto di contestazione possa essere qualificata “*hosting* passivo”, con riferimento al regime di esonero dalla responsabilità previsto dall’art. 16 del d.lgs. 70/2003 (Attuazione della direttiva 2000/31/CE inerente i servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico).

9.1. Sul punto occorre sinteticamente premettere che il d.lgs. 70/2003, costituente attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, prevede diverse figure di operatori, distinte in relazione alla tipologia di prestazione resa ed al corrispondente regime di responsabilità, quali:

- l’attività di semplice trasporto – “*mere conduit*” (art. 14);
- la memorizzazione temporanea - “*caching*” (art. 15);
- la memorizzazione di informazioni – “*hosting*”, in relazione alla quale l’art. 16 del decreto dispone che “*Nella prestazione di un servizio della società dell’informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è*

responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”.

9.2. Il servizio in contestazione, per quanto emerge dalla motivazione del provvedimento, non può, tuttavia, ritenersi compreso nella fattispecie appena delineata, in quanto non consistente nella semplice “memorizzazione di informazioni”.

9.3. Sul punto deve essere richiamata la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ. Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708), secondo la quale:

- *“gli hosting provider passivi svolgono un'attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo”;*

- *ricorre invece la figura dell’“hosting provider attivo, sottratto al regime privilegiato, quando sia ravvisabile una condotta di azione”;*

- *“gli elementi idonei a delineare la figura o “indici di interferenza”, da accertare in concreto ad opera del giudice del merito, sono - a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti - le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati”.*

9.4. Tali principi sono, inoltre, ben delineati, come peraltro evidenziato dalla stessa pronuncia appena citata, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo la quale *“allorché il prestatore del servizio, anziché limitarsi ad una fornitura neutra di quest'ultimo, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti dai suoi clienti, svolge un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati”, in particolare consistente “nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31”* (Corte

UE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, L'Oréal c. eBay, punti 112 – 117; in termini analoghi, id., 23 marzo 2010, C-236/08, Google c. Louis Vuitton, punti 109 e seguenti).

9.5. Il servizio svolto dalla piattaforma viagogo.it, per quanto rilevato dall'AGCom nell'ambito dell'impugnata ordinanza, non ha evidentemente le caratteristiche dell'*hosting* passivo, posto che palesemente non consiste nella mera “memorizzazione di informazioni”, bensì nelle articolate attività di ottimizzazione e promozione pubblicitaria dei titoli in vendita, definizione dei parametri giuridici ed economici della transazione, inclusi i termini di consegna e il prezzo, nella gestione operativa e nella riscossione di quest'ultimo, i quali configurano condotte di azione nel senso precisato dalle pronunce citate; né parte ricorrente ha in alcun modo comprovato l'affermazione secondo cui tale complesso di attività verrebbe svolto dalla piattaforma in modo completamente automatico e senza alcuna consapevolezza e/o possibilità di controllo da parte sua.

9.6. Risultano, pertanto, nella specie presenti, ad avviso del Collegio, tutti gli indici che la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha individuato al fine di ritenere esclusa l'invocata figura dell'*hosting provider* passivo.

9.7. Non possono, peraltro, essere tratti argomenti di segno contrario dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata in ricorso, essendo la stessa riferita ad una vicenda del tutto diversa da quella all'esame, inerente una violazione del codice del consumo, nel cui ambito non solo la condotta contestata ma anche la cornice normativa di riferimento erano completamente eterogenee da quelle oggetto dell'odierno esame.

9.8. Inoltre e per altro verso rileva il Collegio che, anche qualora le prestazioni della piattaforma in questione avessero le caratteristiche per essere qualificate *hosting* passivo, la ricorrente non potrebbe parimenti beneficiare della clausola di esonero dalla responsabilità la quale presuppone, secondo quanto previsto dall'art. 16 del d.lgs. 70/2003 citato, che il prestatore di servizi non sia a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e che, non appena venuto a conoscenza dei fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso, ciò che pacificamente non è avvenuto nel caso all'esame.

9.9. Come evidenziato nella motivazione del provvedimento Viagogo non risulta, infatti, avere adottato, neppure successivamente alla contestazione dell'addebito, nessuna misura per impedire la vendita di biglietti a prezzi maggiorati, che è incontestatamente avvenuta sulla piattaforma da essa gestita, o per segnalare la propria estraneità rispetto all'illecito commesso grazie agli strumenti informatici dalla stessa messi a disposizione.

9.10. Non può, pertanto, ritenersi che il ruolo dalla stessa svolto nell'ambito delle compravendite vietate dall'ordinamento sia del tutto passivo ed inconsapevole dell'illiceità dei negozi che concorre

a stipulare, né che lo stesso sia indifferente rispetto alla portata precettiva della norma che, come detto, anche in ragione della rilevanza degli obiettivi perseguiti, è volutamente ampia e tale da ricomprendere non solo le attività tipiche del contratto di compravendita, ma anche quelle finalizzate ad agevolare e consentire lo scambio illecito.

9.11. I motivi all'esame devono, pertanto, essere complessivamente respinti.

10. Neppure il terzo motivo può essere favorevolmente apprezzato.

10.1. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione formulata dall'Avvocatura erariale in merito alla carenza di legittimazione della ricorrente a dedurre la violazione delle norme del diritto europeo, primario e derivato (56 e 106 TFUE, Dir. 2000/31), in quanto soggetto estraneo all'Unione, poiché ad avviso del Collegio la normativa nazionale presupposta al provvedimento impugnato non si pone in contrasto con le disposizioni comunitarie indicate in ricorso.

10.2. Non è infatti ravvisabile, nel divieto di *secondary ticketing* così come sancito dalla L. 232/2016, alcuna restrizione ingiustificata della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, considerato che la direttiva 2000/31/CE attribuisce agli Stati membri (art. 3, paragrafo 4) il potere di introdurre limiti alla libera circolazione dei servizi in presenza di peculiari esigenze, tra cui sono comprese la tutela dell'ordine pubblico e dei consumatori, ambito nel quale rientrano le finalità della norma (contrasto all'elusione ed l'evasione fiscale, tutela dei consumatori dell'ordine pubblico).

10.3. Quanto al lamentato contrasto della norma sanzionatoria con l'art. 106 del TFUE, reputa il Collegio che la doglianza sia parimenti priva di fondamento in quanto, da un lato, consentire la vendita dei titoli di accesso esclusivamente ad intermediari autorizzati non comporta l'attribuzione dei contestati "diritti esclusivi", potendo qualsiasi soggetto in possesso dei requisiti di legge essere abilitato allo svolgimento di tale attività, dall'altro è comunque una misura finalizzata al perseguimento di rilevanti obiettivi di pubblico interesse che non si ritiene comporti alcuna violazione dei principi di necessità, proporzionalità e adeguatezza.

11. Parimenti infondata deve, poi, ritenersi l'eccezione di contrasto della norma sanzionatoria applicata dall'Autorità con i principi di cui agli art. 41 e 117 della Costituzione.

11.1. Quanto al primo profilo reputa, infatti, il Collegio che gli obiettivi perseguiti con l'introduzione della disciplina sanzionatoria all'esame (contrasto evasione /elusione fiscale, tutela dei consumatori) costituiscano interessi di rilievo tale da integrare la deroga prevista dall'art. 41 comma II della Costituzione alla libertà di iniziativa economica.

11.2. Quanto al secondo profilo, con il quale si deduce che la normativa in questione si porrebbe in contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'UE e, pertanto, con il disposto dell'art. 117

comma e Cost., le doglianze ivi spiegate devono essere respinte alla luce delle considerazioni di cui al superiore punto 10.

12. Va infine esaminato il motivo inerente l'entità della sanzione comminata.

L'Autorità ha ritenuto di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura pari a euro 100.000,00 per ciascuna delle 37 condotte contestate ritenendo configurabile non già un'unica violazione della norma in questione, bensì *“una pluralità di azioni, ripetute nel tempo e sì in violazione della medesima norma ma riconducibili ad eventi diversi con date diverse, pertanto da considerarsi realizzata con azioni plurime e distinte tra loro”*.

12.1. La ricorrente lamenta, sul punto, la mancata applicazione del criterio del cumulo giuridico, del quale sussisterebbero i presupposti, considerato che la sanzione è stata irrogata in relazione a reiterate violazioni della stessa norma avvenute in tempi molto ravvicinati tra loro, ciò che renderebbe applicabile il disposto dell'art. 8-bis, comma 4, L. 698/1981 (a tenore del quale *“Le violazioni amministrative successive alla prima non sono valutate, ai fini della reiterazione, quando sono commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria”*) richiamato dalla regolamentazione interna dell'Autorità.

12.2. La censura non può essere condivisa.

Va premesso che l'Autorità ha individuato la misura della sanzione da irrogare - tra il minimo ed il massimo edittale, fissati rispettivamente in euro 5.000,00 (cinquemila) ed euro 180.000,00 (centoottantamila)- nella somma di euro 100.000,00 (centomila) per ogni violazione rilevata, in applicazione dei parametri previsti dall'art. 11 della L. n. 689 del 1981, quali la gravità della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche, dandone atto nella motivazione del provvedimento che, sul punto, non è contestata, valorizzando i seguenti elementi:

- la consapevolezza dell'attività svolta sul sito, dimostrata dalla mancanza di qualsiasi segnalazione circa l'illiceità della vendita dei biglietti a prezzo superiore a quello nominale;
- la mancanza di qualsiasi condotta finalizzata ad eliminare attenuare le conseguenze della violazione ed il rifiuto di fornire i dati richiesti e relativi all'ammontare del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio, nonché il risultato di utile e di perdita del medesimo esercizio;
- le notizie di stampa in merito alla preannunciata acquisizione dell'operatore Stubhub al prezzo di 4.05 miliardi di dollari, al fine di creare un *player* di presenza globale sul mercato con un giro d'affari consolidato di 15 miliardi di dollari nel 2020, e la conseguente capacità economica in relazione alla sanzione irrogata.

12.3. Ciò posto, rileva il Collegio che secondo il tenore delle Linee Guida per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie allegata alla delibera 265/15/CONS – che parte ricorrente non ha impugnato né diversamente contestato - la condotta presa in esame a fini sanzionatori può ritenersi unica ai fini in esame allorché ricorra *“il duplice requisito della contestualità degli atti e della unicità del fine o dell'effetto”* (art. 2 dell'all. A alla delibera citata).

Affermano ancora in proposito le Linee Guida, che:

- *“Per affermare l'unicità dell'azione o dell'omissione, pur in presenza di molteplici violazioni, occorre quindi che tali violazioni siano tutte geneticamente collegabili ad un unico e ben individuato comportamento commissivo od omissivo tenuto dal soggetto in un preciso arco temporale entro il quale ha svolto ed esaurito i propri effetti;*
- *“una pluralità di atti materialmente posti in essere dal trasgressore integra un'unica condotta giuridicamente rilevante se unico è lo scopo che governa tali atti o l'effetto materiale che essi determinano, e se tali atti si susseguono nel tempo senza apprezzabile interruzione”;*
- *“per la qualificazione dell'azione come “unica”, è ininfluente che essa possa essersi tradotta in una pluralità di atti, in quanto ciò che rileva è che questi siano preordinati ad un unico obiettivo o effetto, da raggiungere con riferimento ad una ben specifica situazione e nell'ambito di un'unica sequenza temporale”;*
- per effettuare tale valutazione l'Autorità deve *“svolgere, di volta in volta, in relazione alle risultanze dell'istruttoria sulle varie fattispecie e a quanto l'interessato deduce e comprova nel corso della stessa, un'indagine concreta sui fatti materiali”.*

12.4. Nel caso all'esame l'AGCom ha motivatamente ritenuto, alla luce delle risultanze istruttorie, che l'attività in questione sia stata posta in essere attraverso molteplici episodi di collocamento di altrettanti biglietti relativi a singoli - e distinti – eventi (concerto), programmati per lo svolgimento in date differenti, messi in vendita da soggetti diversi, così che non può ritenersi integrato il presupposto della *“contestualità degli atti”* richiesta dalle citate Linee Guida ai fini della qualificazione della condotta come unitaria.

12.5. Si tratta, pertanto, di plurime violazioni della stessa norma poste in essere in tempi e con riferimento ad eventi diversi, così da escludere la ricorrenza dell'“unica sequenza temporale” richiesta dalle Linee Guida, mentre non appare in proposito illogico né irrazionale il “raggruppamento”, ai fini in esame, delle vendite illecite in relazione all'evento per i quali le stesse sono avvenute, in quanto calibrato sulle modalità di presentazione dei titoli sul sito.

12.6. I criteri adottati dall'Autorità nella determinazione dell'importo risultano, pertanto, rispettosi del dettato normativo e regolamentare sopra delineato, così che la misura della sanzione applicata deve ritenersi, ad avviso del Collegio, esente dalle censure mosse nell'ambito del motivo all'esame.

13. La rilevata infondatezza dei motivi esaminati conduce, conclusivamente, alla reiezione del ricorso.

14. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, delle spese del giudizio, che liquida nella somma di euro 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Luca De Gennaro, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Emanuela Traina

IL PRESIDENTE

Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO
