

Publicato il 14/05/2024

N. 04297/2024REG.PROV.COLL.

N. 00433/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 433 del 2022, proposto da Il Giunco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Antichi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

AGCOM - Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

A.N.S.O. – Associazione Nazionale Stampa Online, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, n. 10814 del 21 ottobre 2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2024, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti l'avvocato Giovanni Niccolò Antichi, per delega dell'avvocato Alessandro Antichi, e l'avvocato dello Stato Alessandro Jacoangeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con la delibera n. 22/21/Cons del 28 gennaio 2021, ha ingiunto alla società Il Giunco s.r.l. (di seguito anche la Società) di pagare la sanzione amministrativa di € 50.000,00 (cinquantamila/00), al netto di ogni altro onere accessorio eventualmente dovuto, per la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 9 del decreto legge n. 87 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018.

Il Giunco s.r.l. ha impugnato tale atto dinanzi al Tar per il Lazio che, con la sentenza della Sezione Terza Ter n. 10814 del 21 ottobre 2021, ha respinto il ricorso.

Di talché, la Società ha interposto il presente appello, articolando le seguenti doglianze:

- il comportamento tenuto dalla Il Giunco s.r.l. non sarebbe sussumibile nella definizione di pubblicità indiretta di cui all'art. 3, lett. d), delle linee guida, atteso che mancherebbero alcuni elementi essenziali per poter definire la pagina web incriminata come avente tali caratteri;
- mancherebbe la prova che la Società abbia effettuato la diffusione dietro pagamento o altro compenso; né potrebbe dirsi che vi siano gli estremi

dell'autopromozione, poiché Il Giunco non offre servizi nel settore del gioco d'azzardo e, quindi, non avrebbe alcun interesse alla diffusione della notizia;

- la Società avrebbe promosso informazione comparativa legittima, descrivendo le svariate piattaforme on line che offrono i servizi di gioco a pagamento, rinviando peraltro al sito www.wisecasino.net che, a sua volta, non offriva come servizio quello del casinò on line, ma un'informativa completa sulle varie piattaforme di gioco;

- la pagina web incriminata, in definitiva, non conterrebbe alcuna promozione di giochi on line con vincite in danaro, bensì un mero articolo informativo circa le piattaforme digitali reperibili in rete e sulle loro caratteristiche di affidabilità, in quanto un link ipertestuale presente sulla pagina consentiva di accedere univocamente al sito wisecasino.net, ove sono presenti dettagliate informazioni su un elenco di casinò selezionati come i "migliori del 2020", rispetto ai quali non verrebbe svolta alcuna attività promozionale;

- i contenuti dell'articolo pubblicato sul sito del quotidiano on line Il Giunco e quelli della pagina informativa del sito wisecasino.net, in sostanza, non eccederebbero le finalità informative dichiarate e non scadrebbero in pubblicità indiretta delle piattaforme di giochi passate in rassegna;

- tenuto conto delle modalità di confezionamento del messaggio, dovrebbe escludersi qualsiasi "effetto sorpresa" in danno del consumatore ignaro, posto che chi accede al link ipertestuale in questione andrebbe consapevolmente alla ricerca di informazioni sulle piattaforme on line di giochi, avendo un interesse antecedente alla lettura dell'articolo e non indotto dalla lettura delle informazioni, per cui la fattispecie concreta sarebbe esclusa dal divieto di cui all'art. 9 del d.l. n.

87 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018, trattandosi di comunicazioni con mera finalità informativa;

- il divieto assoluto di pubblicità rappresenterebbe una irragionevole barriera all'ingresso e costituirebbe un unicum nel panorama legislativo europeo; peraltro, sarebbe contrario alla tutela della concorrenza, posto che, di fatto, precluderebbe l'impiego di uno degli strumenti cruciali indispensabile alla competizione fra operatori di un medesimo settore;

- anche a livello europeo, pur essendo riconosciuta fra le prerogative degli Stati membri la possibilità di limitare la pubblicità in materia di giochi, si sarebbe ribadita l'esigenza che ciò avvenga in modo giustificato, proporzionato e non discriminatorio;

- il divieto assoluto di pubblicità e sponsorizzazione disposto dall'art. 9 del d.l. n. 87 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018, contrasterebbe con i principi desumibili dagli articoli 49-55 e 56-62 TFUE, rivolti a sancire il diritto al libero esercizio di un'attività economica, ma altresì ad evitare l'adozione di misure ad opera degli Stati membri atte ad interferire ovvero a rendere meno attraente l'esercizio della stessa;

- la sanzione pecuniaria sarebbe "automatica" nel minimo edittale, non graduata rispetto all'effettiva capacità lesiva della condotta contestata rispetto al bene giuridico protetto, in violazione dei principi di proporzionalità e personalità;

- l'art. 9 in discorso violerebbe l'art. 41 Cost. ed il principio del legittimo affidamento, in quanto, sebbene l'attività imprenditoriale possa subire dei limiti giustificati dalla necessità di salvaguardare altri valori costituzionalmente protetti, non vi sarebbe dubbio che tali limiti debbano essere proporzionati e non discriminatori;

- la sproporzione della sanzione emergerebbe anche dall'esame delle sanzioni che l'art. 9, comma 2, ha stabilito a fronte della violazione del divieto, avendo individuato una misura fissa della sanzione, pari ad € 50.000,00 che, in quanto prevista in misura generale per ogni caso di violazione, da chiunque perpetrata, sarebbe irragionevole e discriminatoria;
- la motivazione della sentenza impugnata violerebbe il divieto di automatismi legislativi nell'applicazione della sanzione, sancito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 112 del 2019;
- la sanzione pecuniaria "automatica" nel minimo edittale, non graduata rispetto all'effettiva capacità lesiva della condotta contestata rispetto al bene giuridico protetto, violerebbe i principi di proporzionalità e personalità.

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni si è costituita in giudizio per resistere all'appello.

All'udienza pubblica del 4 aprile 2024 – in cui la difesa dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni si è dichiarata disponibile, ove necessario, a produrre la prova del carattere oneroso della pubblicità mediante il deposito di atti endoprocedimentali, con opposizione della difesa di parte appellante a tale acquisizione - la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'appello è fondato e va di conseguenza accolto.

3. L'art. 9, comma 1, del d.l. n. 87 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018 (c.d. decreto dignità), dispone che "ai fini del rafforzamento della tutela del consumatore e per un più efficace contrasto del disturbo del gioco d'azzardo ... a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto è vietata qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite in denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su

qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e i canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media”.

L’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con la delibera n. 132/19/Cons del 18 aprile 2019, ha adottato le <<Linee guida sulle modalità attuative dell’art. 9 del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante “Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese”, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2019, n. 96>>.

L’Autorità ha specificato che le Linee Guida si pongono in attuazione dell’art. 9 del c.d. decreto dignità e si propongono, entro la cornice normativa primaria di riferimento, di coordinare le nuove regole con la complessa disciplina di settore e con i principi costituzionali e dell’Unione europea.

L’AGCOM ha altresì precisato che la ratio del divieto contenuto nel detto art. 9 è da individuarsi nel contrasto alla ludopatia e nel rafforzamento della tutela del consumatore/giocatore, con particolare riferimento alle categorie vulnerabili (giocatori patologici, minori, anziani) e, in tale ottica, le linee guida forniscono chiarimenti interpretativi in ordine agli ambiti di applicazione soggettivo, oggettivo e temporale dell’art. 9.

In particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, le Linee Guida hanno fornito le seguenti definizioni di “pubblicità” e “pubblicità indiretta”:

- “pubblicità: ogni forma di comunicazione diffusa dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, al fine di indurre il destinatario ad acquistare il prodotto o servizio offerto (c.d. call in action)”;

- “pubblicità indiretta: ogni forma di comunicazione diffusa dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, a prescindere dall’esplicita induzione del destinatario ad acquistare il prodotto o servizio offerto”.

Con riferimento all’ambito di applicazione oggettivo, al punto 5, n. 5, le Linee Guida hanno evidenziato che “non rientrano nell’ambito di applicazione della norma le comunicazioni di mero carattere informativo fornite dagli operatori di gioco legale. In particolare, non sono da considerarsi pubblicità le informazioni limitate alle sole caratteristiche dei vari prodotti e servizi di gioco offerto, laddove rilasciate nel contesto in cui si offre il servizio di gioco a pagamento”.

Il successivo punto 5, n. 6, specifica che “i servizi informativi di comparazione di quote o offerte commerciali dei diversi competitors non sono da considerarsi come forme di pubblicità, purché effettuate nel rispetto dei principi di continenza, non ingannevolezza e trasparenza di cui al comma precedente (a titolo esemplificativo, i c.d. spazi quote ovvero le rubriche ospitate dai programmi televisivi o web sportivi che indicano le quote offerte dai bookmaker)”.

4. Il provvedimento impugnato, per quanto riguarda la sussistenza della fattispecie illecita, è stato così motivato:

“Il collegamento diretto e univoco tra il succitato link ipertestuale e la pagina web allo stesso collegata fa sì che la condotta tenuta nella vicenda in esame dalla società Il Giunco S.r.l. debba essere valutata tenendo presente quanto riportato in tutte le pagine web tra di esse logicamente collegate.

Con l’attivazione, come sopra descritto, del link ipertestuale presente nella pagina web del sito internet Il Giunco.net Il quotidiano on line della Maremma risulta immediatamente manifesta la finalità promozionale dello stesso in favore dell’attività del gioco con vincita di denaro, in quanto

il collegamento tecnico alla pagina web presente nel sito internet WISECASINO.NET rende edotto il lettore in ordine alle caratteristiche essenziali dei prodotti di gioco ivi esposti.

In altri termini, una volta determinato il c.d. aggancio pubblicitario del lettore alla pagina web presente nel sito internet WISECASINO.NET in forza del richiamo contenuto nel predetto link all'elenco dei migliori casinò online, la finalità promozionale s'intende perseguita, considerato che il lettore stesso viene indotto a consultare il sito internet testé menzionato per acquistare i prodotti e/o fruire dei servizi di gioco.

Il perseguimento della finalità promozionale, tra l'altro, è favorito anche da un indicatore formale attinente al link ipertestuale stesso, ossia dal tono particolarmente enfatico proprio della dicitura - ecco un elenco dei migliori casinò online - realizzata con colori e con caratteri tipografici particolarmente evidenti e diversificati dal resto del testo in grado di attirare maggiormente l'attenzione del lettore.

Inoltre, il carattere promozionale della comunicazione in esame è rafforzata dalla circostanza che è realizzata in un contesto diverso da quello in cui viene offerto il prodotto e/o il servizio di gioco, atteso che in questo caso il lettore può essere "spiazzato" dal c.d. "effetto sorpresa" in virtù della fiducia che ripone in chi è tenuto a esercitare una funzione esclusivamente informativa.

La condotta tenuta dalla società Il Giunco S.r.l. si concreta, quindi, nella diffusione di una vera e propria comunicazione promozionale mascherata da comunicazione di tipo informativo, solo apparentemente volta alla mera conoscenza del gioco con vincita di denaro, ma, in realtà, realizzata con modalità tali, come sopra descritte, che la scelta del consumatore, di per sé, viene stimolata indirettamente al consumo dei prodotti e/o dei servizi del gioco con vincita in denaro".

5. In limine, va osservato che è inammissibile, per il divieto dei nova in appello sancito dall'art. 104, comma 1, c.p.a., in quanto non formulata in primo grado, la doglianza con cui la Società ha dedotto la mancata prova del fatto che la diffusione sia stata effettuata dietro pagamento o altro compenso.

6. Il ricorso in appello è fondato, atteso che, in particolare, risultano fondate le doglianze attraverso le quali l'appellante ha sostenuto che i contenuti dell'articolo pubblicato sul sito del quotidiano on line Il Giungo e quelli della pagina informativa del sito wisecasino.net non andrebbero oltre le finalità informative dichiarate e non concreterebbero una forma di pubblicità indiretta delle piattaforme di giochi passate in rassegna.

In proposito, occorre richiamare il punto 5, n. 6 delle Linee Guida, secondo cui *“i servizi informativi di comparazione di quote o offerte commerciali dei diversi competitors non sono da considerarsi come forme di pubblicità, purché effettuate nel rispetto dei principi di contenenza, non ingannevolezza e trasparenza”*, nonché il secondo *“considerato”* della delibera dell'AGCOM n. 132/19/Cons, di adozione delle Linee Guida, secondo cui *“a differenza delle forme di pubblicità diretta e indiretta, le mere comunicazioni che mantengano un'esclusiva finalità descrittiva, informativa ed identificativa dell'offerta di gioco legale, funzionale a consentire una scelta di gioco consapevole, e dunque in linea con l'obiettivo di tutela del consumatore enunciato nell'art. 9 del decreto n. 87/18 e con un'interpretazione sistematica della disciplina dell'offerta di gioco a pagamento che l'ordinamento fa oggetto di specifico regime concessorio ed assoggetta a precisi obblighi informativi, vanno considerate escluse dal divieto”*.

In ragione di tali previsioni, premesso che l'ipotesi dell'autopromozione deve essere esclusa per il solo fatto che Il Giungo non offre servizi nel settore del gioco lecito con vincita in denaro, non può ritenersi che la Società abbia posto in essere una forma di pubblicità diretta o indiretta e, quindi, vietata dalla norma.

In primo luogo, Il Giungo non ha fornito direttamente le informazioni sulle piattaforme on line che offrono i servizi di gioco a pagamento, mentre un link ipertestuale presente sulla sua pagina ha consentito l'accesso al sito

www.wisecasino.net che, a sua volta, non offre il servizio di casino on line, ma una dettagliata informativa sulle varie piattaforme di gioco.

Pertanto, può ritenersi fondata la prospettazione di parte, secondo cui la pagina web in discorso si sostanzierebbe in un articolo informativo sulle piattaforme digitali reperibili in rete e sulle loro caratteristiche, piuttosto che in una forma di pubblicità.

La condotta della Società appellante, attraverso il collegamento ipertestuale, infatti, ha fornito servizi informativi di offerte commerciali di svariate piattaforme in concorrenza e tale attività rientra tra quelle escluse dal concetto di pubblicità dal punto 5, n. 6, delle Linee Guida e può considerarsi una mera comunicazione con finalità descrittiva, informativa ed identificativa dell'offerta di gioco legale, funzionale a consentire una scelta di gioco consapevole, comunicazione che, ai sensi della delibera n. 132/19/Cons, non costituisce una forma di pubblicità diretta o indiretta.

Né può indurre a ritenere legittima l'attività sanzionatoria dell'Autorità quanto successivamente specificato nel secondo "considerato" della detta delibera, vale a dire che, per determinare la natura informativa o promozionale della comunicazione concernente l'offerta di servizi di gioco, risultano decisivi le modalità di confezionamento del messaggio e il contesto in cui è offerto il relativo servizio, dovendosi presumere promozionale e, quindi, vietata, la comunicazione di contenuto informativo relativa al servizio di gioco effettuata in un contesto diverso da quello in cui viene offerto il servizio di gioco, atteso che in questo caso il consumatore potrebbe essere "spiazzato" dal c.d. "effetto sorpresa".

Il Collegio, pur tenendo conto della sottile linea di demarcazione tra natura informativa e promozionale del messaggio, ritiene dirimente, al fine di escludere il

carattere promozionale della condotta tenuta dalla Società sanzionata, il fatto che essa si è limitata a predisporre un collegamento ipertestuale (che costituisce il rinvio da un'unità informativa su supporto digitale ad un'altra) ad un sito web che ha descritto le caratteristiche delle varie piattaforme digitali, ma che non svolge direttamente servizio di offerta di gioco lecito a pagamento.

In tal modo il c.d. “effetto sorpresa”, che la normativa applicata tende ad evidenziare, perde di significato, poiché, come condivisibilmente esposto dall'appellante, chi accede al link ipertestuale è consapevole di ricercare informazioni sulle piattaforme on line.

In altri termini, il c.d. “effetto sorpresa” è escluso dal fatto che, per accedere alle informazioni, non è sufficiente accedere alla pagina web de Il Giunco, ma è necessario un ulteriore “passaggio”, e cioè accedere al link ipertestuale presente su tale pagina web, e tale accesso è compiuto consapevolmente da chi intende ottenere tali informazioni.

In definitiva, diversamente da altre fattispecie in cui il riferimento è a siti che non assolvono alcuna funzione descrittiva o informativa in favore del pubblico e che si limitano a proporre agli utenti siti di gioco, finanche illegali, nella fattispecie in esame, sulla base alle descritte coordinate ermeneutiche, sussistono i presupposti per escludere che la condotta contestata e sanzionata si risolva in una forma di pubblicità vietata dalla norma.

7. La fondatezza delle descritte censure, che identificano la ragione più liquida, determina la fondatezza dell'appello con assorbimento delle ulteriori doglianze (cfr. Ad. Plenaria, n. 5 del 2015), sicché, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso proposto in primo grado da Il Giunco, con conseguente annullamento della delibera impugnata.

8. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, sono poste a favore dell'appellante ed a carico dell'AGCOM.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe (R.G. n. 433 del 2022) e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado ed annulla la delibera dell'AGCOM n. 22/21/Cons. del 28 gennaio 2021.

Condanna l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore dell'appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giovanni Gallone, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti