

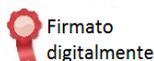


Numero di ruolo pubblicato	:	C-70/22
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1212655
Data di deposito	:	01/02/2022
Data di iscrizione nel registro	:	03/02/2022
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale

	:	Atto
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	DC161006
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Lantieri Rossella (J360138)

Pubblicato il 27/01/2022

N. 00592/2022 REG.PROV.COLL.  
N. **06136/2021** REG.RIC.



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

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 6136 del 2021, proposto da

Viagogo Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Malinconico, Maria Vittoria La Rosa, Micael Montinari, Enzo Marasà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Malinconico in Roma, via del Banco di S. Spirito 42;

***contro***

Autorita per Le Garanzie Nelle Comunicazioni - Roma, Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Ticketone S.p.A., non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza)

n. 03955/2021, resa tra le parti, per l'annullamento della sanzione amministrativa pecuniaria pari ad € 3.700.000,00; di ogni altro atto, presupposto o susseguente, comunque connesso, ivi incluso, ove occorra, l'atto di contestazione n. 02/19/DSD notificato in data 16 luglio 2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni - Roma e di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Carlo Malinconico, Maria Vittoria La Rosa, dello stato Federica Varrone;

*Svolgimento del processo.*

1. Con l'appello di cui in epigrafe la società Viagogo impugnava la sentenza n. 3955 del 2021 del Tar Lazio, di rigetto dell'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla stessa società al fine di ottenere l'annullamento della delibera n. 104/20/CONS, resa all'esito della riunione del Consiglio del 16 marzo 2020 e notificata a mezzo PEC in data 21 aprile 2020, adottata dall'Autorità a conclusione della contestazione n. 02/19/DSD, con cui è stata accertata, inter alia, "la violazione, da parte della società Viagogo AG [...] dell'art. 1, comma 545, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 e successive modifiche e integrazioni" e, per l'effetto, è stata irrogata nei confronti della Società una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad €3.700.000,00.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda parte appellante contestava il contenuto della sentenza e le relative argomentazioni, formulando quindi i seguenti motivi di appello:

- violazione del divieto di integrazione postuma (in sede giurisdizionale) della motivazione del provvedimento amministrativo, violazione del giusto procedimento

e dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della legge. avendo il Tar erroneamente fondato la propria valutazione su una motivazione nuova, introdotta dall'Autorità solamente con la memoria depositata in data 15 febbraio 2021, laddove si è sostenuto che la legge non vieta solo "la vendita o qualsiasi forma di collocamento dei titoli di accesso ad eventi di spettacolo" da parte di soggetti non autorizzati, ma anche tutte le attività di pura intermediazione che non comportino una partecipazione giuridica al rapporto di "vendita" o di "collocamento" sul mercato in senso stretto;

- 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 e difetto di motivazione nella sentenza, violazione e falsa applicazione della direttiva 2000/31/ce ("direttiva e-commerce") (artt. 3, 14 e 15) e del d.lgs. di recepimento n. 70/2013 ("decreto e-commerce") (artt. 16 e 17). 16. La Decisione e la Sentenza si basano sul presupposto erroneo di voler riconoscere in capo alla Società il ruolo di hosting provider attivo;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 545 – 545-quinquies della legge 11 dicembre 2016, n. 232 come modificato dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145;

- carenza di motivazione della sentenza sulla incompatibilità della legge e/o del provvedimento sanzionatorio e della sentenza impugnata con norme, principi e diritti fondamentali prevalenti di diritto ue e costituzionali e, segnatamente la direttiva ecommerce (artt. 3 e 14-15), il divieto di restrizioni alla concorrenza e alla libera circolazione dei servizi (art. 56, 102 e 106 tfue, nonché gli artt. 41 e 117, comma 1 cost, anche per interposizione dall'art. 16 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea), in subordine, richiesta di rinvio pregiudiziale e/o di legittimità, rispettivamente, alla corte di giustizia dell'unione europea sull'interpretazione delle predette norme ue e/o alla corte costituzionale sulla compatibilità con le norme costituzionali;

- in via subordinata, sproporzione della sanzione pecuniaria, irragionevolezza e

carezza della motivazione; 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.

Le Autorità appellate si costituivano in giudizio chiedendo la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto dell'appello.

Con ordinanza cautelare n. 4483 del 2021 veniva accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata,

Alla pubblica udienza del 20 gennaio 2022 la causa passava in decisione.

*Eccezioni preliminari.*

2. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello, formulata dalla difesa erariale sul presupposto della mera riproposizione delle censure di primo grado.

2.1 In linea generale, ai sensi dell'art. 101 cod.proc.amm. il ricorrente ha l'onere di specificare i motivi di appello, non potendo limitarsi a un generico richiamo delle ragioni già presentate dinanzi al giudice di primo grado, dovendo contestare specificamente sul punto la sentenza impugnata. Il fatto che l'appello sia un mezzo di gravame ad effetto devolutivo, non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nell'atto le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e, inoltre, i motivi per i quali le conclusioni del primo giudice non sono condivisibili, non potendo il ricorso in appello limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado

L'appello deve essere ritenuto ammissibile qualora dallo stesso sia possibile desumere le argomentazioni fatte valere da chi ha proposto l'impugnazione, in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata; peraltro, il grado di specificità dei motivi di appello deve essere parametrato e vagliato alla luce del grado di specificità della sentenza contestata (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2020, n. 857).

2.2 Nel caso di specie l'atto d'appello è pienamente conforme ai parametri richiamati.

In termini formali contiene una chiara specificazione dei motivi dedotti (cfr. pagg. 5 ss. dell'atto di appello); in termini sostanziali contiene una puntuale critica, nella parte oggetto di contestazione, alle argomentazioni svolte dal Tar in piena adesione al provvedimento impugnato, in merito sia alla natura dell'attività svolta – in specie quale hosting provider passivo e non attivo – sia alla insussistenza dei presupposti di cui alla normativa statale applicata.

*Il procedimento amministrativo controverso.*

3. Passando al merito della vertenza, la soluzione della controversia impone un breve riassunto del procedimento confluito nel provvedimento impugnato.

3.1 A seguito dell'acquisizione di taluni esposti formulati da società operanti nel settore dell'organizzazione di eventi musicali, di società di vendita nel mercato primario di titoli ad eventi musicali e di associazioni di categoria, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha effettuato un'attività di controllo sul sito "viagogo.it", gestito dall'omonima società odierna appellante, all'esito della quale ha rilevato che 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](http://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.

Quindi l'Autorità notificava alla ricorrente l'atto di contestazione n. 02/19/DSD, con il quale contestava che di aver "messo in vendita titoli di 5 accessi 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". Successivamente all'acquisizione delle difese della società, con decisione del 16 marzo 2020, notificata a mezzo PEC in data 21

aprile 2020, l'Autorità confermava in parte gli addebiti, escludendo però le sanzioni circa: (i) la messa in vendita di titoli di accesso senza essere titolare dei sistemi per la loro emissione; e (ii) la promozione dell'attività sul social network [www.facebook.com/Viagogo](http://www.facebook.com/Viagogo), ritenendo la stessa attività non autonomamente sanzionabile, ma quale elemento suscettibile di incidere sulla gravità della lesione per il fatto di amplificare la diffusione delle proposte di vendita.

L'Autorità conseguentemente dichiarava la violazione dell'art. 1, comma 545 della legge 11 dicembre 2016, n. 232 e successive modifiche e integrazioni ed irrogava la sanzione pecuniaria di €3.700.000,00. Per giungere a tale sanzione l'Autorità ha maggiorato l'importo di base del calcolo della sanzione da €10.000 a €100.000 per ciascun dei 37 eventi contestati. Inoltre, l'Autorità ha diffidato la Società, con effetto immediato, dal «porre in essere ulteriori comportamenti in violazione delle disposizioni richiamate».

3.2 A fini di completezza va ricordato che la stessa società odierna appellante abbia ricevuto in precedenza un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (5 aprile 2017, n. 33840) con cui era stata accertata la commissione da parte della società di una pratica commerciale scorretta consistente: *i)* nella mancata indicazione del settore o della fila del biglietto offerto; *ii)* nella omessa informazione in ordine al valore facciale del biglietto, in quanto verrebbe mostrato il solo prezzo proposto dal venditore; *iii)* nella indicazione della scarsità dei biglietti ricercati e della numerosità di persone interessate ad acquistarli; *iv)* nella dicitura Viagogo-Sito ufficiale, idonea a confondere «*il consumatore in merito alla reale natura delle offerte presenti sul sito del professionista, dove sono rinvenibili biglietti a prezzi diversi e tendenzialmente maggiori di quelli offerti dal rivenditore ufficiale dell'evento*». L'Autorità antitrust ha: imposto l'inserimento sulla piattaforma digitale di «*campi a compilazione obbligatoria in cui il venditore inserisce i dati relativi al prezzo di vendita del biglietto sul mercato primario*» ed obbligato ad inserire «*dati relativi al posto a sedere (settore, file e numero)*

*correlato al biglietto stesso»*; ha quindi inflitto per tali condotte una sanzione pecuniaria di euro 300.000,00, che è stata, con atto del 7 marzo 2018, aumentata, per inottemperanza, ad euro 1.000.00,00

Tale provvedimento è stato annullato a seguito della decisione di questa sezione, n. 4359 del 2019, che ha accertato la natura di hosting provider passivo in capo alla società esponente.

*I precedenti giurisprudenziali in materia.*

4. A fronte del richiamo espresso, ribadito in sede di appello, dei precedenti della sezione (cfr. ad es. sentenze nn. 4359 del 2019, 1217 del 2020 e 3851 del 2021), occorre svolgere un breve riassunto di quanto ivi chiarito che, seppur relativo alla contestazione di pratica commerciale scorretta, fornisce elementi di fondo rilevanti anche nella specie, in quanto concernenti l'attività stessa della società oggetto di valutazione e sanzione con il provvedimento impugnato in prime cure.

4.1 In linea generale, l'hosting provider è disciplinato dal decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, che ha dato attuazione alla direttiva 2000/31/Ce, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

La nozione di «servizi della società dell'informazione» ricomprende i servizi prestati normalmente dietro retribuzione, a distanza, mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione ed a richiesta individuale di un destinatario dei servizi stessi (art. 2, lett. a della suddetta direttiva).

Il provider è il soggetto che organizza l'offerta ai propri utenti dell'accesso alla rete internet e dei servizi connessi all'utilizzo di essa.

Si distinguono, ai sensi del decreto in esame, tre figure di soggetti che operano nel presente mercato, articolate in ragione della tipologia di prestazione resa a cui corrisponde una specifica forma di responsabilità: i) attività di semplice trasporto – mere conduit (art. 14); ii) attività di memorizzazione temporanea – caching (art. 15); iii) attività di memorizzazione di informazione – hosting (art. 16).

4.2 In relazione a tale ultima attività la giurisprudenza europea distingue due figure

di hosting provider.

4.2.1 La prima figura è quella di hosting provider “passivo”, il quale pone in essere un’attività di prestazione di servizi di ordine meramente tecnico e automatico, con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi.

4.2.2 La seconda figura è quella di hosting provider “attivo”, che si ha quando, tra l’altro, l’attività non è limitata a quanto sopra indicato ma ha ad oggetto anche i contenuti della prestazione resa (Corte di Giustizia eur. 7 agosto 2018, punti 47 e 48; si v. anche Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708).

4.3 La Sezione ha già evidenziato come non vi sia una oggettiva incompatibilità tra la figura del professionista, ai sensi della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, e quella di hosting provider, ai sensi della normativa sul commercio elettronico.

Esse, però, devono essere coordinate nel senso che è possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale ma non è consentito che mediante l’applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all’hosting provider prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo specifico contratto concluso.

4.4 In termini di ulteriore approfondimento del ruolo degli internet providers, va evidenziato che, se per un verso, viene riconosciuta l’importanza di questi soggetti sia dal punto di vista economico - essi intermediano la maggior parte delle attività imprenditoriali che hanno luogo in rete - sia dal punto di vista socio-culturale - essi permettono la circolazione e l’accesso all’informazione, per altro verso, da più parti si lamenta che gli illeciti telematici avvengano proprio in virtù dell’attività svolta dagli intermediari di Internet, che devono dunque essere coinvolti nella responsabilità o almeno nelle operazioni di prevenzione e rimozione di tali illeciti.

Se si guarda al regime di responsabilità degli Internet service providers oggi in vigore nel nostro ordinamento, la scelta operata dal legislatore europeo e,

conseguentemente, nazionale è stata quella di affiancare alle normative già esistenti - la disciplina generale sulla responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c. e, più in generale, le ordinarie regole della responsabilità civile - alcune norme speciali, ad altro contenuto tecnico, sulla responsabilità dei prestatori di servizi nella società dell'informazione.

Tali norme, secondo la prospettazione accolta anche dalla giurisprudenza civile (cfr. ad es. Cass. civ. Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708 e 7709), dettano il criterio di imputazione della responsabilità della colpa, che viene ad essere dotato di un contenuto di specificità, e, ad un tempo, conformato e graduato, ex lege, per così dire, ritagliato, a misura dell'attività professionale svolta dai prestatori dei servizi Internet.

Secondo tale condiviso orientamento, va esclusa la responsabilità in caso di mancata manipolazione dei dati memorizzati; in tale contesto si valorizza peraltro la varietà di elementi idonei a delineare la peculiare figura dell'hosting attivo, comprendente attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti pubblicati dagli utenti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione. Trattasi all'evidenza, anche dinanzi all'evoluzione tecnologica, di indici esemplificativi e che non debbono essere tutti compresenti. Ciò che rileva è che deve trattarsi, in ogni caso, di condotte che abbiano in sostanza l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti, il cui accertamento in concreto non può che essere rimesso al giudice di merito.

*La fattispecie controversa.*

5. Applicando le predette coordinate al caso in esame, va premesso che la società appellante agisce nella UE attraverso un'unica piattaforma web “multi-giurisdizione”, che opera come luogo di incontro (marketplace) tra domanda e offerta per la rivendita di biglietti tra utenti.

Il mercato secondario dei biglietti vede agire, dal lato dell'offerta, qualunque soggetto che sia in possesso di un biglietto e intenda venderlo, ad eccezione degli organizzatori o venditori primari dei biglietti (salvo il caso in cui gli operatori primari trattengano dei biglietti per cederli direttamente sul mercato secondario). Specularmente, dal lato della domanda, agiscono gli utenti che ricerchino un biglietto sul mercato secondario, generalmente perché non più disponibile sul mercato primario, o disponibile solo a prezzi non accessibili. In base alla legge italiana, la vendita di biglietti sul mercato secondario è lecita se svolta in via occasionale (cioè da consumatori e non in forma professionale) e a prezzi non superiori a quelli nominali stampati sul biglietto

5.1 Nel caso di specie AgCom, a fronte della stessa attività posta in essere da viagogo, oltre ad aver nuovamente qualificato l'attività in termini non coerenti a quanto sopra richiamato, ha peraltro mosso una contestazione ulteriore, basata sulla norma di cui al del comma 545 dell'art. 1 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, recante "Bilancio di previsione dello Stato per finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019", a mente della quale: *"Al fine di contrastare l'elusione e l'evasione fiscale, nonché di assicurare la tutela dei consumatori e garantire l'ordine pubblico, 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. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di concerto con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, effettua i necessari accertamenti e interventi,*

*agendo d'ufficio ovvero su segnalazione degli interessati e comminando, se del caso, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente comma. 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”.*

Il successivo comma 545 quater, introdotto con la legge finanziaria del 2019 (legge 30 dicembre 2018 n. 145) prevede una eccezione, non applicabile peraltro alla società appellante in quanto limitata soggettivamente: *“I siti internet di rivendita primari, i box office autorizzati o i siti internet ufficiali dell'evento assicurano la possibilità di rimettere in vendita i titoli di ingresso nominativi e garantiscono adeguata visibilità e pubblicità alla rivendita, agendo da intermediari e provvedendo alla modifica dei dati richiesti dal comma 545-bis. Il biglietto così rivenduto a persone fisiche deve essere ceduto al prezzo nominale e senza rincari, ferma restando la possibilità per i siti internet di rivendita primari, per i box office autorizzati o per i siti internet ufficiali dell'evento di addebitare congrui costi relativi unicamente alla gestione della pratica di intermediazione e di modifica dell'intestazione nominale. I siti internet di rivendita primari, i box office autorizzati e i siti internet ufficiali dell'evento consentono inoltre la variazione a titolo non oneroso dell'intestazione nominativa del titolo attraverso la modifica delle generalità del fruitore addebitando unicamente congrui costi relativi alla gestione della pratica di modifica dell'intestazione nominale. La presente disposizione non si applica in materia di manifestazioni sportive”.*

In termini di completezza, va altresì richiamato il decreto ministeriale attuativo del successivo comma 546. Tale ultima norma prevede quanto segue: *“Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, da emanare, sentite l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Società italiana degli autori ed editori, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono adottate, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, le specificazioni e*

*regole tecniche attuative del comma 545, in particolare al fine di aumentare l'efficienza e la sicurezza informatica delle vendite dei titoli di accesso mediante i sistemi di biglietterie automatizzate, nonché di assicurare la tutela dei consumatori”.*

Il decreto ministeriale attuativo, del 12 marzo 2018, all'art. 3 prevede quanto segue:

*“1. Al fine di aumentare l'efficienza e la sicurezza informatica delle vendite dei titoli di accesso mediante i sistemi di biglietterie automatizzate, i titolari dei sistemi di emissione assicurano che la vendita, o altre forme di collocamento attraverso reti di comunicazione elettronica, di titoli di accesso ad attività di spettacolo avvengano esclusivamente attraverso sistemi informatici che, essendo idonei a distinguere l'accesso effettuato da una persona fisica rispetto a quello effettuato da un programma automatico, impediscano l'acquisto da parte di tale programma, nonché siano in grado di identificare l'acquirente.*

*2. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, adottato previa intesa con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni entro centoventi giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto, sono definite le specifiche tecniche per la realizzazione dei sistemi informatici di cui al comma 1, per i quali i soggetti legittimati richiedono all'Agenzia delle entrate il riconoscimento di idoneità. Con lo stesso provvedimento sono stabiliti modalità e termini di applicazione delle predette specifiche tecniche”.*

5.2 In sostanza, attraverso la previsione sanzionatoria risulta in definitiva vietata 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. In termini di eccezione, è consentita 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. Peraltro, nel caso di viaggio la finalità commerciale è evidente, stante la natura dell'attività imprenditoriale svolta

da una società operante nei servizi della società dell'informazione.

Né risulta applicabile l'eccezione di cui al comma 545 quater, limitato soggettivamente ai "siti internet di rivendita primari, i box office autorizzati o i siti internet ufficiali dell'evento", né il disposto del d.m. attuativo che – dovendosi interpretare nei limiti dettati dalla legge di riferimento – concerne le reti di comunicazione elettronica riferibili ai soli "*titolari dei sistemi di emissione*".

5.3 Invero, seppur in termini non adeguatamente formalizzati, nel caso di specie la contestazione di cui al provvedimento finale, impugnato in prime cure, è comprensiva di quanto evidenziato nelle difese erariali, condivise dal Tar: "*si è accertata la sussistenza delle violazioni relative alla messa in vendita, a prezzi maggiorati rispetto al prezzo nominale dei medesimi biglietti messi in vendita sui siti di vendita primari autorizzati, e dunque in violazione di legge, dei biglietti relativi ai 37 eventi di diversi artisti, così come riportati ai punti 2-38 dell'atto di contestazione*"; per quanto riguarda la mancanza di titolarità, lo stesso atto finale chiarisce che "*il punto 1 della contestazione, relativo alla messa in vendita di titoli di accesso senza essere titolare di sistemi per la loro emissione è uno degli elementi costitutivi delle condotte contestate di cui ai successivi punti da 2 a 38*". Non vi è spazio pertanto per il primo motivo di appello, con cui si lamenta l'integrazione postuma della motivazione; trattasi infatti di chiarimento di motivazione già presente nell'atto.

*La normativa nazionale e le censure dedotte in termini di contrasto ai principi europei.*

6. Invero, alla luce dell'esteso disposto normativo così come applicato dall'AgCom, quale che sia la qualifica di hosting provider applicata, attivo o passivo, risulta nella sostanza vietato in radice il mercato secondario svolto a fini commerciali.

Così intesa la normativa applicata, in termini peraltro imposti dallo stesso chiaro disposto letterale (*in claris non fit interpretatio*) appare rilevante la questione sollevata da parte appellante, con preliminare rilievo rispetto ai principi di origine

sovranaZIONALE, laddove si ritiene la misura restrittiva non idonea a distinguere le condotte o attività economiche lesive da quelle non lesive del bene pubblico dalla stessa tutelato; tale disciplina, nell'ottica appellante, non soddisfa il test di proporzionalità ed è quindi incompatibile con le norme fondamentali della UE e costituzionali in materia di divieto di restrizioni alla concorrenza e libera circolazione.

6.1 Invero, la formulazione della norma è tale da estendersi anche agli intermediari attivi e passivi che siano, ponendo quindi seri dubbi in ordine alla adeguatezza e proporzione rispetto agli obiettivi espressamente dichiarati dalla stessa disposizione (lotta all'evasione fiscale, protezione dei consumatori, tutela dell'ordine pubblico), essendo idonea a colpire egualmente, in astratto, tanto le attività lecite quanto quelle illecite. In altri termini, allo scopo di tutelare i consumatori da imprecise pratiche dannose e prevenire l'evasione fiscale, si proibisce del tutto l'esercizio di un'attività, sia nelle sue manifestazioni lecite che in quelle eventualmente illecite.

6.2 Inoltre, la formulazione della norma va confrontata con il principio di cui all'art. 106 TFUE, laddove assegna diritti "speciali o esclusivi" in capo agli operatori del mercato primario, che risulterebbero gli unici soggetti in grado di operare quali intermediari nel mercato secondario.

6.3 Né appare ostativa la nazionalità extra Ue della società ovvero e la circostanza che la piattaforma sia ospitata sui server Microsoft Azure negli Stati Uniti d'America; infatti, entrambi gli elementi territoriali evocati dalla difesa erariale non incidono su di un elemento dirimente, cioè la piena operatività della società nell'ambito dei paesi europei, attraverso lo svolgimento di servizi della società dell'informazione a favore di utenti e consumatori europei in relazione ad eventi che si svolgono nel territorio Ue.

6.4 Va altresì evidenziato il contrasto, nelle deduzioni delle parti, in ordine alla qualificabilità dell'attività di parte appellante in termini di hosting provider attivo o passivo, attraverso una serie di indici ed elementi esemplificativi, nei termini

evidenziati al punto 4 della presente motivazione.

*I quesiti di rinvio pregiudiziale.*

7. Sussistono quindi i presupposti di rilevanza per procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dei seguenti quesiti sull'interpretazione delle norme in esame: a) *"se la direttiva 2000/31/CE, e in particolare gli articoli 3, 14 e 15, in combinazione con l'art. 56 TFUE, ostino ad un'applicazione della normativa di uno Stato membro sulle vendite di biglietti per eventi sul mercato secondario che abbia l'effetto di precludere ad un gestore di una piattaforma di hosting operante nella UE, quale è la ricorrente nel presente procedimento, di fornire a terzi utenti servizi di annunci di vendita di biglietti per eventi sul mercato secondario, riservando tale attività ai soli venditori, organizzatori di eventi o altri soggetti autorizzati da pubbliche autorità all'emissione di biglietti sul mercato primario con sistemi certificati";*

b) *"Se, in aggiunta, il combinato disposto degli artt. 102 TFUE e 106 TFUE osti all'applicazione di una normativa di uno Stato membro sulle vendite di biglietti per eventi che riservi tutti i servizi inerenti il mercato secondario dei biglietti (e in particolare l'intermediazione) ai soli venditori, organizzatori di eventi o altri soggetti autorizzati all'emissione di biglietti sul mercato primario con sistemi certificati, precludendo tale attività ai prestatori di servizi della società dell'informazione che intendono operare come hosting provider ai sensi degli articoli 14 e 15 della Direttiva 2000/31/CE, in particolare laddove, come nel caso di specie, tale riserva abbia l'effetto di consentire ad un operatore dominante sul mercato primario della distribuzione di biglietti di estendere la propria dominanza sui servizi di intermediazione nel mercato secondario";*

c) *"se, ai sensi della normativa europea ed in specie della direttiva 2000/31/CE, la nozione di hosting provider passivo sia utilizzabile solo in assenza di qualsiasi attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti pubblicati dagli utenti, intesi come indici esemplificativi e che non debbono essere*

*tutti compresenti in quanto da ritenersi ex se significativi di una gestione imprenditoriale del servizio e /o dell'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione, o se sia rimesso al giudice del rinvio l'apprezzamento della rilevanza delle predette circostanze in modo che, pur nella ricorrenza di una o più di esse, sia possibile ritenere prevalente la neutralità del servizio che conduce alla qualificazione di hosting provider passivo”.*

*Conseguenze processuali.*

8. Ai sensi delle “raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”, pubblicate in GUUE del 8 novembre 2019, vanno trasmessi in copia alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell’Unione europea, mediante plico raccomandato:

- gli atti ed i provvedimenti impugnati con i ricorsi di primo grado;
- il ricorso di primo grado;
- la sentenza del T.a.r. Lazio, sede di Roma, appellata;
- l’appello proposto dalla parte ricorrente;
- tutte le memorie difensive depositate dalle parti nel giudizio di appello;
- la presente ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea.

8.1 In applicazione dell’art. 79 cod. proc. amm. e delle predette Raccomandazioni, il presente giudizio rimane sospeso in parte qua nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando, dispone, a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, per la risoluzione delle questioni pregiudiziali indicate nella parte

motiva della presente decisione; riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio in parte qua.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Davide Ponte**

**IL PRESIDENTE**

**Giancarlo Montedoro**

**IL SEGRETARIO**