

pubblicato il 28/10/2021

N. 11036/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00130/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2021, proposto da Google Ireland Limited, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Angeloni, Gaia Gelera, Marco Berliri, Michele Traversa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco Berliri in Roma, piazza Venezia 11;

contro

Autorità per le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Per la declaratoria di nullità e/o l'annullamento

- previa disapplicazione, ove necessario, dell'art. 9 del Decreto Legge n. 87 del 12 luglio 2018 (conv. dalla Legge n. 96 del 9 agosto 2018), della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 541/20/CONS del 22 ottobre 2020, ad oggetto “*Ordinanza-ingiunzione nei confronti della società Google Ireland Limited per la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 9, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87*”, ricevuta dalla ricorrente tramite posta elettronica certificata, il 29 ottobre 2020;

- nonché di ogni atto e parere ad essa presupposto, connesso o consequenziale, tra cui, in via esemplificativa e non esaustiva:

- l'atto di contestazione e accertamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni “*CONT. 03/20/DCA N°PROC. 2749/EL - Contestazione alle Società Google Inc, Google Ireland Limited e*

Google Italy S.r.l, per la presunta violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 9, comma 1, del decreto legge 12 luglio 2018 n. 87” datato 7.1.2020;

- la nota dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni prot. n 0362142 del 7 settembre 2020 avente ad oggetto *“richiesta di parere in merito al procedimento contro GOOGLE INC, Google Ireland Limited e Google Italy Srl per la presunta violazione dell'articolo 9, comma 1, del decreto legge 12 luglio 2018, n. 87 (cd. “decreto dignità”);*

- il parere del servizio giuridico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni prot. n. 0420281 del 13 ottobre 2020;

- per quanto necessario e nei limiti in cui consente l'applicazione dell'art. 9 del Decreto Legge n. 87/2018 (conv. in Legge n. 96/2018) alla ricorrente, la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 132/19/CONS del 18.4.2019, ad oggetto: *“Linee guida sulle modalità attuative dell'art. 9 del Decreto-Legge 12 luglio 2018, n. 87”;*

Visti il ricorso 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 29 settembre 2021 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto CONT. 03/20/DCA N°PROC. 2749/EL del 7 gennaio 2020 l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (“AGCom” o “Autorità”), rilevato che nei giorni del 14 e 15 novembre 2019, alla pagina di ricerca “*www.google.com*”, digitando la parola chiave “*casino online*”, nella lista rimandata dal motore appariva in testa il sito “*http://sublime-casino.com*”, così descritto brevemente: *“Unisciti Ora Al Nuovissimo Casinò Online Italiano. Gioca Subito A Oltre 400 Giochi – Iscriviti Ora E Registrati In Meno Di 30 Secondi! Nessun download. Sicuro e Protetto”*, qualificato come “annuncio”, contestava alle società Google LLC (già Google Inc.), Google Ireland e Google Italy S.r.l. la violazione dell'art. 9 del Decreto Legge n. 87 del 12 luglio 2018 conv. dalla Legge n. 96 del 9 agosto 2018 (c.d. “Decreto Dignità”), che vieta qualsiasi forma di pubblicità di giochi o scommesse con vincite di denaro.

2. A fronte di tale contestazione le società citate eccepivano il difetto di legittimazione passiva di Google LLC (già Google Inc.) e Google Italy S.r.l., essendo stato l'annuncio in questione diffuso da “Google ADS”, servizio fornito nello Spazio Economico Europeo da Google Ireland; e che il ruolo di quest'ultima dovesse qualificarsi alla stregua di “*hosting provider*”, il quale, secondo il regime di responsabilità delineato dalla direttiva “*e-commerce*” (31/2000 UE) e dal relativo decreto di recepimento (d.lgs. 70/2003), come da costante interpretazione della giurisprudenza europea, non può essere chiamato a rispondere del contenuto delle informazioni “caricate” dall'inserzionista sulla

piattaforma *web* messa a disposizione, non essendo neppure tenuto a verificare il contenuto degli annunci; rilevavano, inoltre, che ancor prima dell'entrata in vigore del Decreto Dignità, nelle "Norme Pubblicitarie" di Google ADS era stato, comunque, introdotto il divieto di pubblicare annunci pubblicitari di giochi e scommesse a pagamento; che lo stesso utilizzava un *software* automatico per impedire agli inserzionisti di pubblicare annunci in violazione delle Norme Pubblicitarie, il quale nel caso di specie era stato eluso dall'inserzionista attraverso una tecnica fraudolenta denominata "*cloaking*", la quale consentirebbe l'aggiramento del sistema di sicurezza descritto; che, infine, non appena rilevata tale attività, Google Ireland aveva immediatamente sospeso l'*account* dell'utente e provveduto alla rimozione dell'annuncio contestato; in subordine chiedevano l'applicazione del minimo edittale.

3. Con la delibera n. 541/20/CONS del 22 ottobre 2020, a conclusione del procedimento sanzionatorio come sopra avviato, l'Autorità:

- ha ritenuto applicabile il c.d. "Decreto Dignità" alla sola Google Ireland, quale titolare del servizio Google ADS, facendo applicazione del principio comunitario di "destinazione del servizio", ravvisando invece la carenza di legittimazione passiva, rispetto alla contestazione, di Google Inc. e Google Italy;

- ha ravvisato nel fatto contestato la violazione del citato art. 9 del DL 87/2018, non potendosi il servizio fornito da Google ADS qualificare alla stregua di "*hosting* passivo", in considerazione del ruolo dallo stesso svolto nella diffusione del messaggio illecito, non riconducibile alla mera memorizzazione di informazioni;

- ha, infine, ritenuto applicabile alla stessa società la sanzione di euro 50.000,00 (pari al minimo edittale) per ciascuna delle due violazioni rilevate, ed ha pertanto ordinato alla stessa il pagamento della somma di euro 100.000,00.

4. Avverso tale provvedimento, nonché nei confronti degli atti allo stesso presupposti, è insorta con il presente mezzo di tutela Google Ireland, la quale ne ha chiesto la declaratoria di nullità e/o l'annullamento in relazione ai seguenti motivi:

I) *Nullità ex art. 21 septies L. 241/1990. Carenza di potere in concreto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 3 della Direttiva 2000/31/CE (Direttiva E-Commerce), dell'art. 3 del d.lgs. 70/2003, dell'art. 1 della Direttiva (UE) 2015/1535 (Direttiva Servizi Tecnici) e dell'art. 9 del D.L. 87/2018 (conv. in Legge 96/2018), dell'art. 1 della Legge 689/1981, dell'art. 4 delle Linee Guida, degli artt. da 56 a 62 del TFUE, degli artt. 11 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli artt. 21 e 41 Cost e del Regolamento (UE) n. 2019/1150. Violazione del principio del primato del diritto comunitario e dei principi di cui all'art. 97 Cost.*

L'Ordinanza impugnata sarebbe nulla per carenza assoluta di attribuzione, non essendo la ricorrente, in qualità di "società dell'informazione" estera, soggetta al potere sanzionatorio dell'Autorità rispetto al servizio Google ADS, dovendo trovare applicazione a quest'ultimo il diverso principio del "Paese d'Origine", sancito dalla Direttiva "*e-commerce*" (31/2000) e dal relativo decreto di recepimento (d.lgs. 70/2003) ed essendo, invece, inapplicabile il principio del Paese di Destinazione di cui al Regolamento (UE) 2019/1150, richiamato nel provvedimento; peraltro le stesse Linee Guida adottate dall'Autorità escluderebbero dal novero dei soggetti sanzionabili ai sensi del Decreto Dignità gli operatori stabiliti all'estero.

II) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 5 e 6 della Direttiva (UE) 2015/1535, degli artt. 2 e 3 della Direttiva 2000/31/CE, dell'art. 3 del d.lgs. 70/2003, dell'art. 9 del D.L. 87/2018, dell'art. 1*

Legge 689/1981, degli artt. da 56 a 62 del TFUE, degli artt. 11 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e degli artt. 21 e 41 Cost. Carenza dei presupposti di diritto. Violazione del principio del primato del diritto comunitario e dei principi di cui all'art. 97 Cost.

Il “Decreto Dignità” dovrebbe, in ogni caso, essere disapplicato siccome costituente una “specifica tecnica” non notificata alla Commissione Europea nei termini richiesti delle norme delle citate direttive comunitarie.

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del D.L. 87/2018, dell'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE, degli artt. 16 e 17 del d.lgs. 70/2003, dell'art. 1 della Direttiva 2010/13/UE (Direttiva sui Servizi di Media Audiovisivi), dell'art. 1 Legge 689/1981, degli artt. da 56 a 62 del TFUE, degli artt. 11 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e degli artt. 21 e 41 Cost. Falsa applicazione delle Linee Guida. Violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, certezza e legalità delle sanzioni amministrative, nonché di imparzialità, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. Eccesso di potere per grave difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza manifeste. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Carenza dei presupposti di diritto e di fatto. Disparità di trattamento.

Ravvisando la responsabilità della ricorrente in relazione al contenuto degli annunci pubblicati l’Autorità avrebbe violato l’indicato complesso di disposizioni e principi, dai quali deriverebbe, invece, l’esclusione della responsabilità della ricorrente relativamente alla violazione contestata, consistendo la sua attività in un servizio di *hosting* provider meramente passivo.

Con i motivi IV – V – VI sono stati, poi, dedotti ulteriori profili di violazione delle medesime norme, da parte dei provvedimenti impugnati, nella parte in cui l’AGCom avrebbe, sostanzialmente, attribuito alla ricorrente un obbligo di sorveglianza ed una responsabilità oggettiva per gli annunci generati dagli utenti del servizio Google ADS (circa 30 miliardi al giorno), a dispetto del regime di responsabilità riservata agli *hosting providers*, omettendo altresì di considerare, tra l’altro, che pur non essendovi obbligata, la ricorrente avrebbe comunque posto in essere tutte le azioni necessarie per evitare la violazione del “Decreto Dignità” da parte degli inserzionisti; l’annuncio contestato non potrebbe, in ogni caso, essere considerato illecito, anche nel linguaggio, così come il sito a cui rimandava, contenendo solo link a siti terzi (non pubblicizzati attraverso Google ADS) che avrebbero asseritamente offerto giochi a pagamento.

Con il settimo ed ultimo motivo di ricorso viene, infine, censurata la misura della sanzione in ragione della mancata applicazione del regime del cumulo giuridico, essendo la violazione contestata unica, ancorché rilevata nell’ambito di due distinte giornate, peraltro consecutive; nessuna considerazione sarebbe stata, peraltro, effettuata in ordine alla gravità della violazione, alle opere mitigative poste in essere né alla personalità dell’agente.

5. Si è costituita in giudizio l’AGCom la quale ha depositato gli atti del procedimento e memoria difensiva nella quale ha svolto puntuali e motivate controdeduzioni ai motivi di gravame come sopra sintetizzati, le quali saranno di seguito analizzate.

6. Alla camera di consiglio del 22 gennaio 2021 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare spiegata nell’ambito del ricorso; è stata così fissata per la discussione del merito la pubblica udienza del 29 settembre 2021.

6.1. In vista di quest’ultima le parti hanno depositato ulteriore documentazione e memorie difensive nell’ambito delle quali hanno insistito nelle proprie tesi e istanze.

6.2. All'udienza indicata, previa discussione, la causa è passata in decisione.

7. È in primo luogo opportuno premettere una breve ricostruzione del quadro normativo sotteso all'emanazione dell'ordinanza ingiunzione oggetto di giudizio.

7.1. L'articolo 9 del decreto legge del 12 luglio 2018, n. 87, convertito dalla legge del 9 agosto 2018, n. 96 ("Decreto Dignità"), al fine di rafforzare la "tutela del consumatore" nonché realizzare "un più efficace contrasto del disturbo da gioco d'azzardo, fermo restando quanto previsto dall'articolo 7, commi 4 e 5, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, e in conformità ai divieti contenuti nell'articolo 1, commi da 937 a 940, della legge 28 dicembre 2015, n. 208" dispone, al comma 1 che: "*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 di 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. Dal 1° gennaio 2019 il divieto di cui al presente comma si applica anche alle sponsorizzazioni di eventi, attività, manifestazioni, programmi, prodotti o servizi e a tutte le altre forme di comunicazione di contenuto promozionale, comprese le citazioni visive e acustiche e la sovraimpressione del nome, marchio, simboli, attività o prodotti la cui pubblicità, ai sensi del presente articolo, è vietata. Sono esclusi dal divieto di cui al presente comma le lotterie nazionali a estrazione differita di cui all'articolo 21, comma 6, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, le manifestazioni di sorte locali di cui all'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 2001, n. 430, e i loghi sul gioco sicuro e responsabile dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli. (...)*"

Il comma 2 della norma sanziona la violazione del divieto con "*l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari al 20 per cento del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a euro 50.000*".

Il comma 3 attribuisce, infine, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la competenza alla contestazione e all'irrogazione delle sanzioni, disponendo altresì che la stessa, nel provvedere in tal senso, applichi le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689.

7.2. L'Autorità ha emanato, previa consultazione degli operatori del settore, la delibera n. 132/19/CONS, con la quale, al fine di delineare più dettagliatamente il proprio ambito di intervento, nonché al fine di conferire certezza giuridica agli operatori del settore, ha approvato delle linee guida sulle modalità attuative della norma di legge citata.

Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, l'art. 4 di tale provvedimento ("Ambito di applicazione soggettivo-territoriale") dispone che:

1. *Il divieto di pubblicità del gioco a pagamento trova applicazione nei confronti dei soggetti individuati dall'art. 9, comma 2 del decreto, aventi la sede legale, ivi incluse le sedi secondarie, in Italia.*

2. *Il divieto si applica altresì ai soggetti con sede legale all'estero, qualora:*

- *abbiano ricevuto la concessione per l'offerta del gioco a pagamento in Italia dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli;*

- siano stati autorizzati alla fornitura di servizi media audiovisivi in Italia.

8. Ciò premesso, può procedersi all'esame dei motivi di ricorso.

8.1. Il primo motivo, con il quale si deduce che l'Autorità sarebbe priva del potere di sanzionare un soggetto stabilito all'estero, in quanto dovrebbe nella specie trovare applicazione il principio del "Paese d'Origine" in forza del quale un prestatore di servizi della società dell'informazione sarebbe soggetto solo alla legislazione e giurisdizione delle autorità dello Stato membro dell'UE in cui è stabilito, e non, invece, alle diverse legislazioni e alle diverse autorità degli Stati membri in cui presta i servizi, non può essere condiviso.

8.1.1. Deve in primo luogo escludersi che il potere sanzionatorio dell'AGCom nella materia all'esame possa essere limitato dalle disposizioni della Direttiva "e-commerce", poiché quest'ultima esclude testualmente dal proprio ambito di applicazione (art. 1, comma 5) "i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna".

Invero, come condivisibilmente evidenziato dalla difesa erariale, non esiste una puntuale normativa comunitaria sul gioco d'azzardo online e sulla relativa pubblicità tanto che il Parlamento europeo ha emanato la risoluzione del 10 settembre 2013 (2012/2322(INI)) pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 93/42 del 9 marzo 2016 nella quale ha evidenziato che:

- *"in ragione delle sue intrinseche peculiarità e in applicazione del principio di sussidiarietà, la fornitura di servizi di gioco d'azzardo online non è soggetta a una regolamentazione settoriale specifica a livello di UE ed è esclusa dall'applicazione delle direttive sui servizi e sui diritti dei consumatori, restando tuttavia soggetta a vari atti legislativi del diritto derivato dell'Unione, come la direttiva sulla protezione dei dati, la direttiva sulla privacy e le comunicazioni elettroniche e la direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali"* (lett. F);

- *"la Corte di giustizia ha confermato che la fornitura di giochi di sorte o d'azzardo costituisce un'attività economica di natura particolare, in relazione alla quale possono essere giustificate restrizioni per motivi d'interesse generale prevalente (...)"* (lett. H);

- *"i fornitori di gioco d'azzardo online devono in ogni caso rispettare la legislazione nazionale degli Stati membri in cui operano" e che "è opportuno che gli Stati membri conservino il diritto di imporre le restrizioni che ritengono necessarie e giustificate per contrastare il gioco d'azzardo online illegale, al fine di applicare la legislazione nazionale ed impedire ai fornitori illegali l'accesso al mercato"* (par. 28);

- *"in conformità del principio di sussidiarietà, gli Stati membri hanno il diritto di determinare le modalità di organizzazione e regolamentazione a livello nazionale dell'offerta di servizi di gioco d'azzardo online, nonché il diritto di applicare tutte le misure che considerano necessarie contro i servizi di gioco d'azzardo illegali, sempre nel rispetto dei principi fondamentali del trattato UE; riconosce che la normativa adottata a tal fine dev'essere proporzionata, coerente, trasparente e non discriminatoria; rileva la necessità di una maggiore coerenza delle politiche dell'UE per far fronte al carattere transfrontaliero del gioco d'azzardo online"* (par. 29).

Ne consegue che gli Stati membri hanno il potere di emanare disposizioni finalizzate a contrastare la diffusione del gioco d'azzardo, ancorché le stesse possano determinare delle restrizioni all'offerta ed alla prestazione di servizi, anche nell'ambito della società dell'informazione.

8.1.2. Reputa, inoltre e per altro verso, il Collegio che il potere sanzionatorio dell’Autorità nei confronti dei soggetti stabiliti all’estero non possa ritenersi limitato neppure dalla sopra riportata previsione di cui all’art. 4 delle Linee Guida, alle quali il Collegio non riconosce natura di atto amministrativo precettivo; le stesse infatti vanno qualificate *sub specie* di circolare interpretativa, le cui indicazioni, seppure volte ad indirizzare uniformemente l’attività degli uffici, possono essere motivatamente disattese dalla stessa autorità emanante, all’esito di diversa valutazione, come avvenuto nel caso di specie.

Una diversa interpretazione si risolverebbe, infatti, in una inammissibile limitazione, ad opera di un atto amministrativo, dell’efficacia di una norma di legge che non esclude dalla propria applicabilità i soggetti stabiliti all’estero; né il provvedimento impugnato risulta avere fatto applicazione del Regolamento UE 20 giugno 2019 n. 1150 (avente ad oggetto la promozione di condizioni di equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*), il quale appare richiamato solo nelle premesse quale esempio di normativa inerente i motori di ricerca *online* applicabile a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza del fornitore degli stessi.

Il motivo all’esame non può, pertanto, trovare accoglimento.

8.2. Analogamente deve ritenersi con riferimento alla seconda censura.

Il divieto stabilito dall’art. 9 del “Decreto Dignità” non può infatti essere ricondotto ad una “regola o specifica tecnica” nei termini di cui all’art. 1, comma 1, lett. f), della direttiva 2015/1535/UE, in quanto lo stesso non attiene ad un servizio della società dell’informazione come tale (ossia specificamente considerato), bensì alla pubblicità del gioco d’azzardo con qualsiasi mezzo effettuata, cioè non necessariamente tramite servizi *web*.

Recente e condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato ha infatti, sul punto, affermato che:

- per “regola tecnica” si intende “*una specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, de jure o de facto, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso ...*”.

- “*l’espressione “regola relativa ai servizi” deve essere intesa, ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. e) della direttiva in commento, come “un requisito di natura generale relativo all’accesso alle attività di servizio di cui alla lettera b) [ossia “qualsiasi servizio della società dell’informazione”] e al loro esercizio, in particolare le disposizioni relative al prestatore di servizi, ai servizi e al destinatario di servizi, ad esclusione delle regole che non riguardino specificamente i servizi ivi definiti”;*

- “*Ai fini di tale definizione, inoltre, la direttiva specifica che:*

- *da un lato, “una regola si considera riguardante specificamente i servizi della società dell’informazione quando, alla luce della sua motivazione e del testo del relativo dispositivo, essa si pone come finalità e obiettivo specifici, nel suo insieme o in alcune disposizioni puntuali, di disciplinare in modo esplicito e mirato tali servizi”;*

- *dall’altro, “una regola non si considera riguardante specificamente i servizi della società dell’informazione se essa riguarda tali servizi solo in modo implicito o incidentale”.* (Consiglio di Stato sez. VI, ord. 26 gennaio 2021 n. 777).

Con riferimento al caso di specie, va rilevato che il divieto di pubblicità del gioco d'azzardo ha portata generale, essendo tale attività perseguita indipendentemente dal mezzo con il quale viene posta in essere, dunque non solo se ciò avvenga tramite un servizio della società dell'informazione, così che lo stesso non può essere inteso alla stregua di una "regola tecnica" nei termini indicati, non essendo peraltro la definizione in argomento, come affermato dal citato precedente (che sul punto richiama le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-320/16, punto 31; e la sentenza C-255/16, punto 30) "*strutturalmente suscettibile di interpretazione estensiva oltre i confini della materia*").

8.3. Il Collegio reputa invece fondati, e pertanto meritevoli di accoglimento, ancorché nei limiti di quanto si andrà a rilevare nei paragrafi a seguire, i motivi formulati sub) III, IV, V e VI del ricorso, che per comunanza ed interdipendenza delle questioni trattate vengono esaminati congiuntamente.

8.3.1. Va premesso che il servizio di posizionamento "Google ADS", gestito dalla ricorrente Google Ireland Limited (in passato denominato "AdWords") - si svolge, secondo la puntuale descrizione effettuata dalla Corte di Giustizia (Grande Sezione, 23 marzo 2010, n. 236), nei seguenti termini:

"22 La [società] Google gestisce un motore di ricerca su Internet. Quando un utente di Internet effettua una ricerca a partire da una o più parole, il motore di ricerca visualizza, in ordine decrescente di pertinenza, i siti che sembrano meglio corrispondere a tali parole. Si tratta dei risultati cosiddetti «naturali» della ricerca.

23 La Google propone inoltre un servizio di posizionamento a pagamento denominato «AdWords». Tale servizio consente a qualsiasi operatore economico di far apparire un link pubblicitario verso il suo sito mediante la selezione di una o più parole chiave, qualora tale o tali parole coincidano con quella o quelle contenute nella richiesta indirizzata da un utente di Internet al motore di ricerca. Tale link pubblicitario appare nella rubrica «link sponsorizzati», visualizzata sia sul lato destro dello schermo, a destra dei risultati naturali, sia nella parte superiore dello schermo, al di sopra di tali risultati.

24 Detto link pubblicitario è accompagnato da un breve messaggio commerciale. Tale link e tale messaggio costituiscono, insieme, l'annuncio visualizzato nella suddetta rubrica.

25 L'inserzionista è tenuto a pagare il servizio di posizionamento per ogni selezione del link pubblicitario. Tale pagamento è calcolato in funzione, in particolare, del «prezzo massimo per click» che, al momento della conclusione del contratto di servizio di posizionamento con la Google, l'inserzionista ha dichiarato di essere disposto a pagare nonché del numero di click su tale link da parte degli utenti di Internet.

26 Più inserzionisti possono selezionare la stessa parola chiave. L'ordine in cui vengono visualizzati i loro link pubblicitari in tal caso sarà determinato, in particolare, in base al prezzo massimo per click, da quante volte i detti link sono stati selezionati in precedenza, nonché dalla qualità dell'annuncio come valutata dalla Google. In qualunque momento l'inserzionista può migliorare la sua posizione nell'ordine di visualizzazione fissando un prezzo massimo per click più alto oppure provando a migliorare la qualità del suo annuncio.

27 La Google ha messo a punto un processo automatizzato per consentire la selezione di parole chiave e la creazione di annunci. Gli inserzionisti selezionano le parole chiave, redigono il messaggio commerciale e inseriscono il link al loro sito."

8.3.2. Le modalità di svolgimento del servizio descritte dalla Corte UE, ampiamente illustrate dalla ricorrente nell'ambito della memoria procedimentale prot. n 0088328 del 27 febbraio 2020, non sono state contestate dall'Autorità la quale ha tuttavia ritenuto determinante, al fine di ravvisare la responsabilità della ricorrente nella violazione del più volte citato divieto, il fatto di avere consentito, in qualità di proprietaria del mezzo di diffusione messo a disposizione degli inserzionisti, peraltro in via onerosa, la divulgazione del messaggio illecito attraverso diversi siti internet destinatari dello stesso, ciò che renderebbe inapplicabili le invocate limitazioni di responsabilità previste per gli *hosting provider*. Il servizio in contestazione non consisterebbe, infatti, nella ricostruzione dell'Autorità, nel semplice immagazzinamento del contenuto pubblicitario creato dall'utente, bensì nella elaborazione dello stesso da parte del sistema (previa sua verifica), al fine di garantirne l'efficace posizionamento rispetto alle parole di ricerca inserite dagli utenti ed alla profilazione della loro navigazione. Lo "spazio di memoria" destinato alla promozione del sito *web* di un utente sarebbe dunque *"proporzionalmente irrilevante rispetto allo spazio che occupano algoritmi e sistemi gestionali impiegati per la gestione dell'inserzione stessa"*, tanto che l'inserzionista non corrisponderebbe il compenso per il servizio di *"hosting"* bensì solo per quello di *"gestione e visualizzazione del messaggio pubblicitario sui siti di destinazione, peraltro in modo proporzionale rispetto alle effettive visualizzazioni del messaggio pubblicitario stesso"*; pertanto, ad avviso dell'Autorità, l'attività di memorizzazione – nella quale l'*hosting* consisterebbe – dovrebbe ritenersi *"meramente ancillare"* rispetto al servizio vero e proprio, finalizzato alla illecita ed onerosa promozione del gioco d'azzardo, così che la ricorrente dovrebbe rispondere della illiceità del messaggio pubblicitario del quale ha consentito la diffusione.

8.3.3. Rileva il Collegio 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, mutuando le disposizioni dell'art. 14 della direttiva, 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"*.

Tali disposizioni – sebbene, come accennato, la direttiva non trovi applicazione al gioco d'azzardo - costituiscono espressione di principi generali applicabili anche al caso di specie, in quanto delineano il modello della responsabilità dei diversi operatori che agiscono nella società dell'informazione attualmente vigente a livello unionale e nazionale.

8.3.4. La Corte di Giustizia, come detto, già aveva espresso i principi guida inerenti il servizio Google ADS nella citata sentenza 236/2010, laddove viene puntualizzato che la responsabilità del prestatore dello stesso *"deve essere valutata alla luce del ruolo dallo stesso svolto"* che deve essere *"attivo, atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati"*, non potendo, diversamente, tale soggetto essere ritenuto responsabile per i dati che ha memorizzato su richiesta di

un inserzionista salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli “*abbia omissis di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l’accesso agli stessi*”(cfr. punti da 114 a 120 della sentenza); la stessa Corte è poi tornata di recente sull’argomento ribadendo (con riferimento alla diversa questione della responsabilità del servizio reso da Google nella diffusione, tramite “*Youtube*”, di contenuti musicali coperti dal diritto d’autore in violazione di quest’ultimo, ma esprimendo principi generali che ben si attagliano anche all’ipotesi all’esame) che la strumentalità necessaria della piattaforma nella diffusione di contenuti non leciti non costituisce, di per sé, indice di responsabilità del gestore della stessa, dovendosi invece avere riguardo al carattere intenzionale dell’intervento, consistente nel “*fatto di intervenire con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento*” (par. 81) nonché alla circostanza che il gestore della piattaforma, messo al corrente dell’illecito consumato attraverso quest’ultima, “*si astenga dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione*” (84); peraltro il “*carattere lucrativo dell’intervento*” non è di per sé decisivo ai fini dell’assunzione di responsabilità (86).

Anche la giurisprudenza nazionale è dell’avviso che il prestatore dei servizi di *hosting* possa essere chiamato a rispondere della illiceità dei contenuti ospitati allorché “*non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: sia a conoscenza legale dell’illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure aliunde; sia ragionevolmente constatabile l’illiceità dell’altrui condotta, onde l’hosting provider sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere*” (Cassazione civile sez. I, 16 settembre 2021, n. 25070; id. 19 marzo 2019, n. 7708).

È stato, altresì, recentemente affermato che “*nel vigente ordinamento, 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.*”

3.8 In tale contesto, 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” (...) “*va esclusa la responsabilità in caso di mancata manipolazione dei dati memorizzati; in tale contesto si valorizza 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.” (Cons. di Stato, sez. VI, 18 maggio 2021 n. 3851).

8.3.5. Ciò premesso, reputa il Collegio che, dovendosi il servizio “Google ADS” – come affermato dalla Corte di Giustizia – qualificare in termini di “*hosting*”, la mera valorizzazione degli indici presenti nel provvedimento impugnato (strumentalità alla diffusione del messaggio ed elaborazione di quest’ultimo dal sistema utilizzato dal servizio di posizionamento) non sia di per sé sufficiente, alla luce del riportato ampio e costante quadro giurisprudenziale, a fondare, nel caso di specie, la responsabilità del gestore della piattaforma per la violazione del “Decreto Dignità”.

Infatti, pur non potendosi affermare, come vorrebbe parte ricorrente (cfr. V motivo di ricorso), la totale estraneità del gestore del servizio di posizionamento rispetto ai contenuti di cui lo stesso consente la diffusione (circostanza della quale parte ricorrente mostra, peraltro di essere ben consapevole, avendo provveduto ad implementare, successivamente all’entrata in vigore del DL 87/2018, un sistema di verifica del rispetto di quest’ultimo da parte degli annunci pubblicati), è incontestato che l’attività *de qua* abbia natura automatizzata, non comportando la manipolazione dei messaggi, così che viene nella fattispecie a mancare il sopra delineato “ruolo attivo” sul quale si fonda la responsabilità del gestore medesimo.

Il servizio in questione, come Google Ireland ha puntualizzato fin dalla fase procedimentale (cfr. osservazioni del 26 febbraio 2020, doc. 7), prevede infatti che gli annunci vengono creati in piena autonomia dall’inserzionista, il quale ne determina il contenuto tramite un processo automatizzato, che prende le mosse dalla registrazione dell’utente, con la creazione di un apposito “*account*” e la contestuale accettazione delle “Norme Pubblicitarie” contenenti chiare informazioni sulle attività vietate o soggette a restrizioni (cfr. doc., 13 e 14 prodotti da parte ricorrente); successivamente l’utente procede al caricamento del messaggio pubblicitario, nonché ad individuare le parole chiave da associare allo stesso e la categorizzazione di interesse (es giocattoli, abbigliamento ecc.); l’annuncio viene, così, sottoposto all’esame di un software che, con modalità come detto automatiche, ne verificano la rispondenza ai termini e condizioni contrattuali, per poi essere pubblicato.

La società ricorrente ha inoltre, come detto, messo a punto un sistema di un sistema che consente di “bloccare”, sempre tramite tecniche automatizzate, i messaggi che rechino un contenuto illecito il quale, nel caso di specie, è stato occasionalmente forzato tramite una tecnica fraudolenta; in ogni caso Google ha pacificamente provveduto, non appena venuta a conoscenza della violazione, a bloccare l’account di provenienza del messaggio illecito, che è stato altresì subito rimosso.

Pertanto - sebbene non possa condividersi neppure l’ulteriore assunto di parte ricorrente circa la liceità del messaggio (cfr. V e VI motivo), stante la natura generale del divieto di cui all’art. 9 del più volte citato DL 87/2018, che vieta con formula volutamente ampia ed onnicomprensiva qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, del gioco d’azzardo ed essendo per ciò irrilevante che il sito pubblicizzato non consentisse di per sé di giocare - nel fatto contestato sono presenti, ad avviso del Collegio, tutti gli indici che, nella riportata elaborazione giurisprudenziale, determinano l’esclusione della responsabilità del gestore dalla piattaforma internet per i contenuti illeciti che sulla stessa siano stati inseriti da terzi.

Nella fattispecie all’esame, per il suo concreto atteggiarsi, non risulta infatti, che l’intervento del gestore abbia carattere “intenzionale”, non essendo contestata, né provata, la “*piena cognizione delle conseguenze del comportamento*” del gestore stesso nei termini delineati dalla richiamata giurisprudenza, mentre emerge come quest’ultimo - che ha peraltro, come detto, predisposto un sistema idoneo a “bloccare” immediatamente gli annunci illeciti – si sia prontamente attivato per

rimuovere l'annuncio che ha occasionalmente forzato tale sistema, approntando di conseguenza le cautele ed attività che l'operatore di normale diligenza deve porre in essere per beneficiare della clausola di esonero dalla responsabilità di cui ai sopra riportati art. 14 della Direttiva 31/2000 e 16 d.lgs. 70/2003.

Il provvedimento sanzionatorio impugnato, avendo ritenuto che l'assunzione di responsabilità da parte del gestore derivi dalla mera "stipulazione del contratto" con l'inserzionista, in ragione cioè della mera diffusione, ancorché onerosa, del messaggio illecito, ed avendo escluso che l'attività svolta dal Google ASDS possa qualificarsi in termini di *hosting*, deve, pertanto, ritenersi affetto, nell'imputazione dell'illecito alla ricorrente da violazione dei principi appena citati, come ricostruiti dalla Corte di Giustizia, nonché da difetto di istruttoria e motivazione.

9. In accoglimento dei citati motivi di gravame, l'impugnata delibera 541/20/CONS del 22 ottobre 2020, ad oggetto "*Ordinanza-ingiunzione nei confronti della società Google Ireland Limited per la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 9, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87*" deve, pertanto, essere annullata.

10. Sono, invece, assorbiti gli ulteriori motivi inerenti la misura della sanzione, non avendo agli stessi parte ricorrente più interesse.

11. Le spese del giudizio devono, infine, essere compensate, alla luce della assoluta novità e particolarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni 541/20/CONS del 22 ottobre 2020.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 29 settembre 2021 e 13 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luca De Gennaro, Presidente FF

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Luca De Gennaro

IL SEGRETARIO