

SENTENZA

Consiglio di Stato sez. VI - 09/12/2019, n. 8386

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
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 3597 del 2016,
proposto

dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in
persona del

legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa

dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede
domicilia

per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la società Sistema Italia 93 S.r.l. (già Sistema Italia S.p.a
e, in

seguito, "Sistema Italia 93") in persona del legale
rappresentante

pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo
Frignani e

Luciano Vasques ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo dei suindicati difensori in Roma, piazzale delle Belle Arti, n. 2;

nei confronti
Fireservice di Pa. Bu. impresa individuale, in persona del rappresentante legale pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio,

Sez. I, 2 febbraio 2016 n. 1437, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Sistema Italia

93 S.r.l. ed i documenti prodotti;

Esaminate le memorie difensive e gli ulteriori atti depositati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2019 il Cons.

Stefano Toschei e uditi per le parti gli avvocati Aldo Frignavi e

Luciano Vasques e l'avvocato dello Stato Agnese Soldani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 2 febbraio 2016 n. 1437 con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società Sistema Italia 93 S.r.l. (già Sistema Italia S.p.a e, in seguito, "Sistema Italia 93") nei confronti del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 19 dicembre 2012 n. 66621, con il quale la predetta Autorità ha ritenuto scorretta la pratica di diffondere alcuni messaggi pubblicitari volti a promuovere la stipulazione del

contratto di affiliazione commerciale alla rete in *franchising* gestita dalla predetta società, attiva nel campo dei servizi postali, di comunicazione e di supporto alle attività di aziende e privati, irrogandole la sanzione amministrativa pecuniaria di 80.000 euro.

2. - Dalla documentazione versata da entrambe le parti qui in controversia nei due gradi di giudizio e dalla lettura della sentenza qui fatta oggetto di gravame si può ricostruire la vicenda contenziosa che ha condotto a questo giudizio in sede di appello come segue:

- l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, per brevità, "Autorità"), in data 30 aprile 2012, aveva avviato un procedimento (PB/686) con il quale veniva contestato alla Sistema Italia 93 S.r.l., società licenziataria esclusiva per l'Italia dei marchi MBE e Mail Boxes Etc, l'avvio di un procedimento istruttorio in relazione ad alcuni messaggi pubblicitari volti a promuovere la stipulazione del contratto di affiliazione commerciale alla suddetta rete in *franchising*, attiva nel campo dei servizi postali, di comunicazione e di supporto alle attività di aziende e privati;

- in particolare, all'epoca dei fatti che hanno dato luogo alla controversia qui in esame, i messaggi pubblicitari contestati con l'avvio del procedimento di cui sopra erano stati pubblicati sulla rivista "Az Franchising" e su vari siti *web* e diffusi agli operatori interessati al *franchising*, presentando la rete facente capo a Sistema Italia 93 come un progetto in piena crescita, anche attraverso dati di ordine economico che prospettavano la redditività dell'affiliazione commerciale;

- nel corso del procedimento la società in questione presentava una memoria in data 6 giugno 2012, riscontrando la richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio del procedimento e, in data 22 giugno 2012, depositava una proposta di impegni volta a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza dei messaggi pubblicitari oggetto di esame da parte dell'Autorità (seguita poi da ulteriori memorie e deposito documentale in data 13 e 19 luglio 2012);

- al predetto procedimento venivano poi ammessi a partecipare anche quattro tra i professionisti segnalanti il comportamento scorretto della suindicata società, che presentavano memorie in data 17 luglio 2012, 21 agosto 2012 e 27 agosto 2012;

- seguivano ulteriori fasi procedurali che culminavano, in data 22 ottobre 2012, con la decisione dell'Autorità **di estendere l'oggetto** del procedimento ad un ulteriore messaggio pubblicitario *on line* e presente su diversi siti *internet*, alla quale seguiva la conclusione del procedimento istruttorio in data 5 novembre 2012;

- nel **corso dell'adunanza del 19 dicembre 2012**, l'Autorità adottava il provvedimento n. 24130 **dichiarando ingannevoli** i messaggi pubblicitari contraddistinti nel provvedimento con le lettere a), b), c), d), j) e h) in quanto idonei ad indurre in errore i destinatari in relazione alla effettiva redditività dei punti vendita affiliati alla rete, ritenendo nel contempo però che non emergessero sufficienti elementi volti a comprovare l'imputabilità dei messaggi indicati con le lettere e) e j). Per tali ragioni, alla società veniva irrogata una sanzione pecuniaria di euro 80.000, successivamente pagata dall'impresa.

3. - **La società Sistema Italia 93 S.r.l. proponeva ricorso** nei confronti del suddetto provvedimento sanzionatorio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio deducendo **la non ingannevolezza dei messaggi**, la **violazione del diritto di difesa**, **l'erroneità del rigetto dell'istanza di assunzione di impegni** e **l'erronea quantificazione della sanzione**.

Il Tribunale amministrativo regionale dopo aver richiamato la giurisprudenza amministrativa formatasi nel tempo ed **incline a ritenere indispensabile garantire all'utenza un'adeguata e compiuta informazione** nell'ambito dell'attività pubblicitaria in genere, attraverso una chiara comprensibilità del messaggio pubblicitario da parte di ogni utente, indipendentemente dalle sue eventuali qualifiche tecniche, culturali o professionali e quindi anche qualora sia un imprenditore, ha osservato che, nel caso di specie, **i messaggi sottoposti a scrutinio dall'Autorità non palesassero realmente una capacità ingannevole**. Ciò in quanto, in particolare, "(...) *la necessità di svolgere attività di farming rappresenterebbe un'informazione talmente "ovvia" da non rendere necessaria neppure una sua espressa indicazione, ed in quanto la convenienza dell'attività di franchising promossa non sarebbe venuta meno per i costi dovuti al servizio di trasporto, comunque pacificamente spettanti all'affiliato anche in caso di non esternalizzazione*" (così, testualmente, al punto 18 della sentenza qui oggetto di appello).

Il Tribunale, nell'escludere la ingannevolezza dei messaggi in questione, ha avuto modo di affermare che, all'esito dell'esame degli atti acquisiti al giudizio, "*risulta*

non controversa fra le parti la circostanza che i dati sul fatturato medio, così come i dati sui costi che l'affiliato è tenuto a sopportare per lo svolgimento dell'attività, erano stati correttamente rappresentati dalla società Sistema Italia 93 S.r.l. nelle diverse comunicazioni commerciali oggetto di analisi oltreché nell'annuario del franchising, e nel sito aziendefranchising.it." (così, ancora, al punto 18 della sentenza qui oggetto di appello).

A quanto sopra illustrato, ha poi puntualizzato il giudice di primo grado, deve aggiungersi che "(...) *del tutto indipendentemente dalla natura dei destinatari della pubblicità in esame (consumatori, ovvero imprenditori, ovvero piccoli imprenditori ed anche ditte individuali e familiari...), la oggettiva non ingannevolezza dei messaggi pubblicitari invece sanzionati, in quanto veritieri quanto ai dati riportati, ed in quanto ininfluenti relativamente alle contestate omissioni, comunque non idonee, alla stregua di un criterio di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, ad incidere sulle decisioni di aspiranti futuri imprenditori in franchising"* (così, testualmente, al punto 22 della sentenza qui oggetto di appello).

4. - *L'Autorità ritiene la sentenza di primo grado errata e ne chiede, quindi, la riforma*, con la conseguenziale reiezione del ricorso di primo grado proposto dalla società Sistema Italia 93 S.r.l..

Allo scopo formula i seguenti *due motivi* di appello:

l) il giudice di primo grado avrebbe errato nel metodo attraverso il quale ha scrutinato il ricorso proposto dalla società Sistema Italia 93, in quanto, nell'esaminare il procedimento sanzionatorio sviluppato dall'Autorità *ha finito con il sindacare nel merito il provvedimento sanzionatorio impugnato*, realizzando una inammissibile sostituzione dei parametri rilevanti ai fini della valutazione della pratica commerciale e ciò lo ha realizzato, in particolare, attraverso *una propria ricostruzione* delle informazioni presenti sui messaggi pubblicitari diffusi dal professionista, "*nonché una decodifica alternativa del significato delle informazioni oggetto della pratica commerciale scorretta, sulla base della quale ha ritenuto che le stesse non possedessero un carattere ingannevole*" (così, testualmente, a pag. 7 dell'atto di appello). Nell'effettuare tale operazione il giudice di primo grado *avrebbe travalicato dal perimetro del potere di indagine riconosciuto al giudice amministrativo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato*, interpretando a proprio modo quale fosse il carattere essenziale delle informazioni (oggetto di indagine da

parte dell'Antitrust) al fine di garantire ai destinatari della comunicazione una libera e consapevole scelta commerciale, posto che, come è noto, una volta effettuata una completa acquisizione degli elementi di fatto rilevanti, **il convincimento dell'Autorità non è sindacabile dal giudice se non sul piano della ragionevolezza e della congruità della valutazione, con esclusione di interventi di carattere sostitutivo ad opera del giudice stesso;**

II) la sentenza qui oggetto di appello sarebbe **errata anche con riferimento alla valutazione di non ingannevolezza del messaggio** operata dal primo giudice, perché fondata su una **erronea ricostruzione** della pratica commerciale in esame, nonché dei parametri di valutazione rilevanti. In particolare l'Autorità non condivide le valutazioni del Tribunale amministrativo regionale in merito alla irrilevanza delle informazioni concernenti la necessità di effettuare l'attività di *farming* (prevista come obbligo contrattuale) al fine di ottenere il risultato economico prospettato nonché la mancata incidenza, per il raggiungimento del suddetto fatturato medio annuo, dei costi derivanti dall'esternalizzazione dell'attività di corriere. Posto che, nel corso dell'istruttoria del procedimento sanzionatorio, era emerso come tutti gli affiliati pagavano mensilmente un contributo per il *marketing* pari all'1,5% per il c.d. Fondo Marketing (destinato a finanziare i costi di tutte le iniziative prese dall'affiliante a livello nazionale volte a sviluppare la conoscenza del marchio, la crescita della rete MBE/Mail Boxes ecc., la conoscenza dei servizi e prodotti offerti dai punti vendita MBE, le attività di pubbliche relazioni e tutte le altre attività di *marketing*) oltre a corrispondere il contributo pubblicità pari a 2,5% per il Fondo Nazionale Media (destinato a finanziare l'attività pubblicitaria sui principali media nazionali e l'attività promozionale attraverso alcuni programmi di *loyalty* per diffondere la conoscenza della rete e dei relativi servizi offerti così come elaborate da Mail Boxes), sostiene l'Antitrust che il Tribunale amministrativo è incorso in errore allorché, non attribuendo il giusto rilievo all'attività di *farming* e considerandola come mera "*attività di marketing necessaria all'apertura di qualsiasi esercizio commerciale*" (così a pag. 15 della sentenza), per un verso fa coincidere quest'ultima con una normale attività di *marketing*, e, per altro verso, **"non tiene in debito conto che gli affiliati già pagavano alla casa madre specifici (e significativi) contributi sia per il marketing sia per la pubblicità"**, circostanze che correttamente **l'Autorità aveva riscontrato nel corso dell'istruttoria procedimentale** nel momento in cui era emerso che, **"stante i contributi di pubblicità e di marketing già previsti quali oneri contrattuali, l'attività di farming deve necessariamente consistere in un'attività ulteriore, più specifica e onerosa di cui i franchisee avrebbero dovuto essere messi**

adeguatamente a conoscenza nelle comunicazioni commerciali oggetto di esame" (i surriposti passaggi virgolettati riproducono alcuni stralci di pag. 15 dell'atto di appello proposto dall'Autorità). Ne deriva che la ulteriore attività di *farming*, prevista come specifica obbligazione contrattuale, **avrebbe dovuto essere espressamente indicata come attività ulteriore e necessaria** alla realizzazione del fatturato medio annuo reclamizzato. Con riferimento al secondo profilo di contestazione l'Antitrust ribadisce la ingannevolezza del messaggio circa la esternalizzazione dell'attività di corriere a terzi posto in essere dalla società Sistema Italia 93, in quanto si è dimostrata documentalmente la fondatezza di quel che hanno segnalato i denunciati in merito alla circostanza "*che gli accordi quadro stipulati dal franchisor con i corrieri esterni non sarebbero stati né convenienti, né in linea con le offerte presenti nel mercato, tanto da indurli ad avvalersi delle offerte proposte direttamente sul mercato*" (così ancora, testualmente, a pag. 16 dell'atto di appello).

Deriva da quanto sopra, ad avviso dell'Antitrust, la erroneità della sentenza qui fatta oggetto di appello che va dunque riformata con conseguente reiezione del ricorso di primo grado proposto dalla società Sistema Italia 93 S.r.l..

5. - Quest'ultima si è costituita nel presente grado di appello chiedendo la reiezione dell'appello proposto dall'Antitrust.

La società appellata, in particolare, sostiene che la difesa dell'Autorità sia incorsa in errore circa la corretta definizione dell'attività di *farming*. Quest'ultima, piuttosto che coincidere (come vorrebbe affermare la difesa erariale) con l'attività di "*reclutamento di nuovi affiliati*" e che dunque vi fosse un obbligo contrattuale di reclutamento di nuovi affiliati, corrisponde invece con lo svolgimento di una mera attività di promozione a livello locale del punto vendita. Da quanto sopra la società appellata fa discendere la inadeguata motivazione del provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust impugnato in primo grado e la correttezza dell'esame svolto dal giudice di prime cure che, non travalicando affatto rispetto al perimetro dello scrutinio giurisdizionale, ha invece colto che nelle relazioni contrattuali con i corrieri, anche le attività di *farming* non riguardano costi non prevedibili di cui il potenziale *franchisee* andava informato già in sede di primo contatto, escludendosi *in nuce* qualsivoglia ingannevolezza in merito al messaggio

6. - Non si è costituita in giudizio la società Fireservice di Pa. Bo., pure evocata nel presente grado del processo.

L'Autorità appellante ha prodotto memoria conclusiva pervenuta, in via telematica, presso la segreteria della sezione soltanto in data 10 maggio 2019 (ore 17.00) e quindi tardivamente rispetto ai termini di deposito, seppur dimidiati in ragione della tipologia del presente giudizio, di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., con la conseguenza che il Collegio non può tenere conto del suo contenuto ai fini della decisione.

7. - **L'oggetto principale di contestazione si concentra nell'asserita ingannevolezza del messaggi pubblicitari** messi in campo dalla società Sistema Italia 93 in quanto idonei ad indurre in errore i destinatari degli stessi in merito alla redditività dei punti vendita affiliati alla rete MBE/Mail Boxes Etc. in quanto (per come avrebbe accertato l'Antitrust nel corso del procedimento istruttorio preliminare all'adozione del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado) il raggiungimento dei risultati economici prospettati non poteva avvenire esclusivamente attraverso lo svolgimento dell'attività di spedizione, di grafica e di stampa, **ma ricomprendeva anche (circostanza non adeguatamente evidenziata all'atto della stipula del contratto) il necessario svolgimento di un'attività di *farming* da parte degli affiliati oltre alla circostanza che sul fatturato prospettato incidavano anche i costi derivanti dalla esternalizzazione dell'attività di corriere a società terze convenzionate.** Tutto ciò, **restando all'oscuro del futuro *fanchisee*** all'atto della stipula del contratto, creava uno stato di (colpevole) inconsapevolezza in danno del predetto aspirante *fanchisee*, condizionandolo al momento della scelta in ordine all'adesione.

Risulta agli atti, di entrambi i gradi di giudizio, che la società Sistema Italia 93 abbia effettivamente diffuso una compagna pubblicitaria (attraverso siti internet, e-mail *marketing* e riviste di settore) al fine di promuovere l'affiliazione commerciale ad una rete di *franchising* e "volta ad offrire servizi collaterali ed accessori (*imballaggio e ritiro del pacco, svolgimento della parte burocratica relativa alla spedizione all'estero di particolari tipologie di beni, ad es. opere d'arte, tracking della spedizione*) che mirano a rendere maggiormente efficiente l'attività di spedizione postale c.d. "pura" (servizio di corriere e corriere espresso nazionale ed internazionale affidata a corrieri convenzionati) a supporto di privati consumatori, professionisti, nonché aziende di piccole e medie dimensioni, e che svolge inoltre nel territorio altri servizi, quali ad esempio, quello di fotocopisteria ed invio fax e di

trasferimento di denaro" (così nella ricostruzione della sentenza di primo grado, punto 13, non contestata su tale aspetto meramente descrittivo dalle parti in controversia).

L'Autorità contesta alla società appellata, in primo luogo, di non avere adeguatamente chiarito agli aspiranti aderenti alla rete di *franchising* che avrebbero dovuto svolgere **attività di *farming*, in quanto attività indispensabile per garantire la redditività dell'attività**, con la conseguenza di non aver consentito all'aspirante aderente di poter valutare preventivamente la convenienza dell'adesione.

Sostanzialmente l'attività di *farming* si compendia in una attività di promozione.

Al punto 78 del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado si legge quanto segue: "*Tenuto conto di quanto sopra preliminarmente rilevato, con riferimento alla redditività dell'attività in franchising MBE/Mail Boxes Etc., dalle risultanze istruttorie è emerso come il raggiungimento dei risultati economico-reddituali prospettati nelle comunicazioni commerciali nella forma di fatturato medio annuo preveda insitamente che l'affiliato svolga il c.d. farming: l'attività di promozione e vendita esterna a livello locale da parte del punto vendita per la ricerca di nuovi clienti. Tale attività costituisce, infatti, un'obbligazione contrattuale per gli affiliati, pena la possibile valutazione di inadempimento della medesima. Pertanto, ai fini di una consapevole valutazione circa il possibile ottenimento dei suddetti risultati riportati nelle comunicazioni commerciali, risulta indispensabile la conoscenza di questa rilevante obbligazione contrattuale, che non viene invece, mai citata, né in alcun modo descritta o anche solo accennata negli ampi messaggi pubblicitari oggetto del presente procedimento*".

In argomento la società appellata, anche nel corso del questo secondo grado di giudizio, ha "banalizzato" la rilevanza della suindicata informazione nell'operazione commerciale in questione sottolineando in particolare che "*è lasciata alla assoluta libertà del franchisee nei fatti in che termini effettuare tale promozione locale, tenuto conto delle caratteristiche del punto vendita*" (così, testualmente, a pag. 10 della memoria difensiva della società appellata).

Orbene, osserva il Collegio che, con riferimento alla contestazione dell'Autorità su tale profilo di ingannevolezza dei messaggi la società oggi appellata nulla ha riferito circa l'incidenza dell'attività medesima in merito alla redditività dell'accordo ed all'incidenza sul fatturato del franchisee. Sul punto il giudice di primo grado ha

ritenuto, in via generale e concordando con quanto sostenuto dalla società ricorrente in primo grado, che lo svolgimento di "*attività di farming rappresent(a) un'informazione talmente ovvia da non rendere necessaria la sua espressa indicazione*" (così, testualmente, al punto 18 della sentenza qui oggetto di appello) e ciò in quanto il messaggio si rivolge a soggetti che intendono svolgere la professione di imprenditori e che proprio per questo sono in grado di cogliere il reale contenuto del messaggio.

8. - Va ribadito, in via preliminare, sul punto di contestazione sollevato nel presente grado di giudizio in merito alla questione **circa la sostituzione indebita del giudice amministrativo nell'esercizio di poteri riservati ad una Autorità amministrativa indipendente**, nella specie l'AGCM, secondo un orientamento della Sezione rispetto al quale il Collegio non intende discostarsi (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014 n. 6050), come "*il giudice amministrativo - nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità - può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi*, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato" (cfr. in tal senso anche Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4873).

Infatti, con riguardo alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. concetti giuridici indeterminati, la tutela giurisdizionale, **per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità.**

Nel caso della delibazione in ordine alla legittimità dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (come deve avvenire anche nel caso di sindacato giurisdizionale riferito agli atti adottati dalle altre Autorità amministrative indipendenti), **il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità**, e, in superamento

della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello eurounitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, **ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato.**

Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'AGCM, **individuando quale unica preclusione la impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità** (cfr. ancora, in argomento, Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014 n. 2302).

D'altronde **anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione** (cfr. Cass. civ., SS. UU., 14 maggio 2014 n. 10411), intervenendo sul tema, hanno testualmente statuito che *"il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante"*.

9. - Premesso quanto sopra e dunque non ritenendo che il giudice di primo grado abbia esorbitato dal perimetro di valutazione del provvedimento sanzionatorio, inflitto dall'Autorità nel caso di specie, per come ammesso dall'ordinamento, nondimeno **le ragioni che sono state indicate nella sentenza di primo grado per ritenere non ingannevole il messaggio pubblicitario della società Sistema Italia 93 non paiono, al Collegio, convincenti soprattutto perché detto messaggio era destinato a chiunque avesse voluto aderire alla rete di *franchising* e quando anche a coloro non dotati di una adeguata alfabetizzazione imprenditoriale per il solo fatto che si approcciavano per la prima volta su tale territorio professionale.**

D'altronde nell'invito all'adesione non si riscontrano filtri o limitazioni, circa la capacità professionale (comprovata o comprovabile) da parte di coloro che intendevano aderire all'accordo, sicché la conoscenza della più volte richiamata attività di *farming* come elemento (non banale ma) costituente un obbligo contrattuale per il franchisee, avrebbe dovuto essere portato a conoscenza dell'aspirante aderente con la opportuna ed adeguata valorizzazione informativa.

Sotto tale profilo **deve dunque ritenersi fondato** la prima censura formulata con il secondo complesso motivo di appello.

10. - Con il secondo profilo di contestazione della sentenza di primo grado, inserito sempre nel secondo motivo di appello dedotto dall'Autorità, quest'ultima conferma la correttezza del provvedimento sanzionatorio annullato dal giudice di primo grado sul presupposto che l'informazione circa la necessità per il *franchisee* di ricorrere necessariamente a corrieri esterni (società esterne convenzionate) per effettuare concretamente l'attività di spedizione fosse ingannevole, in quanto omessa dalla società oggi appellata nei messaggi pubblicitari di adesione alla rete di *franchising*, nonostante la sua rilevanza attesa l'incidenza dei costi sopportati per la esternalizzazione dell'attività di spedizione rispetto alla realizzazione del fatturato, con la conseguenza di rendere l'aspirante franchisee inconsapevole circa la convenienza della scelta di aderire, condizionando così la propria scelta commerciale.

In argomento si rammenta quanto scritto, testualmente, al punto 79 del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado: "*Inoltre, nei messaggi pubblicitari non viene data menzione anche della circostanza che il punto vendita MBE/Mail Boxes Etc. non effettua "direttamente" le spedizioni ma si avvale di corrieri convenzionati, con margini di guadagno da questa attività che inevitabilmente si riducono in ragione dei costi da sostenere per la fornitura e la remunerazione del servizio di spedizione da parte dei suddetti corrieri esterni. Anche in questo caso, ai fini di una consapevole valutazione circa il possibile raggiungimento dei risultati economico - reddituali prospettati nei messaggi, è necessaria la conoscenza dell'estensione delle attività poste in capo agli affiliati*".

L'omissione, ad avviso del giudice di primo grado, non avrebbe costituito un comportamento ingannevole da parte della società Sistema Italia 93, tenuto conto che "(...) è logicamente del tutto erroneo sostenere che se la ricorrente fosse stata

un corriere, i franchisee avrebbero subito minori costi, in quanto il servizio è pagato dal cliente, non dal franchisee, che non fa altro che sommare i costi dei servizi del corriere con gli altri offerti dal punto vendita per determinare il costo finale del servizio reso al cliente" (così, testualmente, al punto 19 della sentenza qui oggetto di appello).

Anche in questo secondo caso il Collegio dubita della condivisibilità di una tale conclusione, tenuto conto che non è comprovata documentalmente la circostanza che i costi del servizio postale affidato a corrieri convenzionati non finirebbero per condizionare in negativo la redditività dell'adesione alla rete di *franchising*. Ad ogni modo l'aspirante aderente avrebbe dovuto essere puntualmente e preventivamente informato di tale configurazione finale del rapporto contrattuale, al fine di poter effettuare le proprie valutazioni circa la convenienza o meno dell'operazione.

Tali considerazioni sono state fatte proprie, a suo tempo, dall'Autorità nel provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado. Infatti al punto 67 del ridetto provvedimento è riportato quanto affermato dai denunciati nel corso del procedimento istruttorio e quindi che "*(...)il punto vendita MBE/Mail Boxes Etc. non effettuando direttamente le spedizioni ma avvalendosi di corrieri convenzionati, possa difficilmente ricavare da questa attività - core business della rete - quei margini di guadagno che nelle comunicazioni commerciali vengono prospettati, tenuto conto che gli accordi quadro stipulati con gli stessi non sarebbero convenienti ed in linea con le offerte presenti nel mercato"*.

L'incertezza sui costi della esternalizzazione e l'impedimento di effettuare direttamente l'attività di servizio postale costituiscono, dunque, due elementi di criticità rispetto alle esigenze informative che potevano essere pretese all'atto dell'adesione alla rete e che non sono state soddisfatte dalla società oggi appellata.

Anche il secondo profilo del secondo motivo di appello deve dunque essere accolto.

11. - In ragione di tutto quanto si è sopra esposto **l'appello può trovare accoglimento** in ragione della fondatezza del secondo motivo dedotto dall'Autorità, con conseguente riforma della sentenza di primo grado gravata nella presente sede e reiezione del ricorso di primo grado siccome in quella sede proposto.

Le spese del doppio grado di giudizio possono compensarsi tra le parti in lite sussistendo i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c, per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. R.g. 3597/2016), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 2 febbraio 2016 n. 1437 respinge il ricorso (n. R.g. 2312/2013) proposto in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 21 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 09 DIC. 2019.