



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA n. 142/14/CONS

ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETÀ ACOTEL S.P.A. PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 2, COMMI 1 E 4, ALLEGATO A, DELLA DELIBERA n. 664/06/CONS, IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 70 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1 AGOSTO 2003, n. 259. (CONTESTAZIONE n. 30/13/DIT)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 9 aprile 2014;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante *“Modifiche al sistema penale”*;

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*;

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 recante *“Codice del consumo”*;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, recante *“Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”*;

VISTA la delibera n. 136/06/CONS, del 15 marzo 2006, ed il relativo Allegato A, recante *“Regolamento in materia di procedure sanzionatorie”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/12/CONS;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante *“Adozione del nuovo Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 32/14/CONS;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante *“Disciplina dei tempi dei procedimenti”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 118/14/CONS;

VISTA la delibera n. 664/06/CONS, del 23 novembre 2006, recante *“Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 354/11/CONS;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Deduzioni della società

In relazione ai fatti oggetto di contestazione, la società Acotel S.p.A. ha dedotto quanto segue:

- a) in via preliminare, la Società ha eccepito l’incompetenza dell’Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, in considerazione del mutato quadro normativo (*in primis*, sulla base dell’articolo 23, comma 12-*quinqüesdecies* del decreto legge n. 95/2012), che supera l’orientamento giurisprudenziale inaugurato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell’11 maggio 2012. Ad avviso della Società, in particolare, la competenza dell’Agcom sarebbe priva di fondamento giuridico per le seguenti ragioni: i) la fornitura dei servizi *premium* da parte dei Centri Servizi (CSP) non è un settore regolato dall’Agcom, la quale non è dotata neanche di un apparato sanzionatorio valevole nei confronti di tali soggetti; ii) con il decreto legislativo n. 70/2012 è stato abrogato il collegamento esistente tra il “*Codice delle comunicazioni elettroniche*” (di seguito denominato *Codice*) ed il “*Codice del consumo*” (*ex* articolo 70, comma 6, del decreto legislativo n. 259/2003) ed, in ogni caso, le norme che richiamano la competenza dell’Agcom si riferiscono solo agli operatori/servizi di comunicazione elettronica; iii) in attuazione della direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, il Consiglio dei Ministri ha approvato, di recente, lo schema del decreto legislativo che modificherà l’articolo 27 del “*Codice del consumo*” e che, con tutta probabilità, confermerà la competenza esclusiva dell’Autorità *antitrust* in materia di pratiche commerciali scorrette; iv) la trasposizione della direttiva n. 2005/29/CE è avvenuta in data successiva alla delibera n. 664/06/CONS e, pertanto, anche per ragioni cronologiche sarebbe esclusa, a priori, la competenza dell’Agcom; v) una differente interpretazione del quadro normativo sarebbe in contrasto con il diritto comunitario. La stessa Commissione europea, infatti, a seguito delle pronunce del Consiglio di Stato, ha avviato una procedura d’infrazione nei confronti dell’Italia per la «*scorretta attuazione del principio della lex specialis sancito dall’articolo 3, par. 4, della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette*»; vi) alle luce degli eventi sopra richiamati, il predetto orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria è da ritenersi superato e non può fondare, né legittimare, la competenza dell’Agcom esercitata nel procedimento *de quo*.
- b) rispetto al procedimento sanzionatorio in esame, la delibera n. 664/06/CONS non può ritenersi un’idonea base giuridica, non trovando applicazione nei confronti dei CSP, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo. Da un lato,



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

infatti, la delibera trova applicazione nei confronti dei soli operatori di comunicazione elettronica (*cfr.* articolo 1, comma 1, lettera c), dotati della prescritta autorizzazione generale, titolo che Acotel non ha, né è tenuta ad avere, in ragione dei servizi offerti (sono servizi della società dell'informazione e circolano in base alle regole stabilite dalla direttiva Commercio Elettronico, attuata dal decreto legislativo n. 70/2003; per quanto riguarda, invece, gli aspetti inerenti alla regolamentazione del servizio specifico, la competenza -e le relative sanzioni- è del Ministero dello Sviluppo Economico, in base alle regole stabilite dal D.M. n. 145/2006).

L'esclusione della tipologia dei servizi offerti da Acotel dalla competenza dell'Agcom è, peraltro, affermata anche nel *Codice* (*cfr.* articolo 1, comma 1, lettera gg) che definisce il “*servizio di comunicazione elettronica*”, a sua volta richiamato dall'articolo 70; peraltro, quest'ultimo si ricollega, in caso di violazione, all'articolo 98, comma 16, che prescrive, in materia di sanzioni, la competenza alternativa del Ministero e dell'Agcom.

Sul presupposto che la normativa relativa alle comunicazioni elettroniche non prevede una competenza dell'Autorità relativamente ai CSP, nel caso dei servizi a sovrapprezzo la competenza sarebbe ascrivibile al Ministero che, ai sensi del vigente “Decreto Landolfi”, regola in dettaglio la materia dei servizi *premium* e prevedendone, altresì, la vigilanza e le relative sanzioni. Peraltro, le uniche “regole” dell'Agcom, relative al settore dei VAS, rientrano nell'autoregolamentazione contrattuale (il c.d. “CASP”), non avendo l'Autorità la competenza necessaria ad imporre regole ai CSP.

In relazione alle condotte contestate dall'Autorità, dunque, la competenza sembrerebbe essere attribuita per legge al solo Ministero dello Sviluppo Economico, il quale non manca di esercitarla. Tra l'altro, nel rinnovato modello D, è la stessa Agcom ad avvertire gli utenti che *«le denunce in materia di servizi a sovrapprezzo (...) potranno essere inoltrate dall'Autorità al Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le comunicazioni – per gli eventuali profili di sua competenza»*;

- c) nel merito delle segnalazioni ricevute dall'Agcom, la Società, nel richiamare una pronuncia giurisprudenziale (Tar Lazio, sez. I, 28 gennaio 2009 n. 3691), ha precisato che l'Autorità che procede ad accertamenti in materia di pratiche commerciali scorrette non può limitarsi a “*recepire acriticamente*” le denunce degli utenti per poter formulare contestazioni e sanzioni, senza che sui fatti si recepiscano evidenze probatorie che corroborino quanto segnalato. Nel caso di specie, inoltre, le denunce ricevute dall'Agcm e trasmesse all'Agcom (estratte dalla Società in sede di accesso agli atti) sarebbero improcedibili, tenuto conto dei criteri di valutazione indicati dall'articolo 3-*bis*, comma 4, della delibera n. 136/06/CONS (mancanza di sottoscrizione, assenza di documento di identità dell'utente, oggetto non riconducibile alle disposizioni normative di settore o di competenza dell'Autorità).



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Nel merito delle denunce, invece, la Società ha evidenziato che molte delle segnalazioni esaminate sono state trasmesse in concomitanza con la diffusione, su testate *web*, di articoli diffamatori sui servizi Acotel (uno in data 9 dicembre 2012 ed un secondo il 13 marzo 2013). Detti articoli, ad avviso della Società, hanno inevitabilmente influenzato negativamente i consumatori; ciò è facilmente desumibile dal fatto che un elevato numero di denunciati ha affermato di aver inviato la segnalazione non appena ricevuto l'SMS informativo (pur lamentando, di converso, la mancata informativa). In altri casi, invece, l'utente si è rivolto direttamente al proprio operatore e, conseguentemente, nulla può essere imputato ad Acotel. In altri casi, ancora, l'utente ha inviato la denuncia acquisendo direttamente informazioni da internet, senza instaurare un contraddittorio con la Società ed accertate lo stato dei fatti.

Sulla base di quanto riscontrato, quindi, l'Autorità dovrebbe procedere ad esaminare le segnalazioni acquisite alla luce dei requisiti indicati dalla delibera n. 136/06/CONS, allegato A, estromettendo quelle che non risultano conformi alle prescrizioni del proprio Regolamento;

- d) con il verbale di accertamento n. 30/13/DIT, l'Autorità sembra contestare prevalentemente la regolarità di una *Landing Page*; la stessa Autorità, tuttavia, si è basata su una versione della pagina a bassa risoluzione e scarsamente leggibile, acquisita nel corso delle attività pre istruttorie. La *Landing Page* valutata dall'Agcom, in ogni caso, già incorporava molti degli elementi contenuti nel CASP 3.0, all'epoca dei fatti in corso di definizione (poi sottoscritto da operatori ed alcuni CSP, ed approvato dall'Autorità con la delibera n. 47/13/CONS). A far data dal 1 dicembre 2013 (data di entrata in vigore del nuovo CASP), peraltro, Acotel ha aggiornato tutte le proprie promozioni, rendendole conformi alle nuove prescrizioni del *Codice*: anche la *Page* esaminata nel procedimento in esame non è più *on line*, essendo stata rielaborata. La presunta violazione, pertanto, anche ove si ritenesse sussistente, ha cessato tutti gli effetti.

La Società, inoltre, ha chiarito che i servizi oggetto di contestazione non sono stati interessati da un elevato numero di reclami (inteso come «una comunicazione da un utente che non si limita a richiedere la disattivazione ma intende espressamente lamentarsi del servizio attivato, contestarne le modalità di erogazione, richiedere il rimborso degli importi»): il tasso reclami/attivazioni è dello 0,4% per Funny TV (su 416.649 attivazioni nel periodo di riferimento indicato dall'Autorità, hanno reclamato solo 1.758 utenti), mentre per il servizio HotTV il tasso è pari allo 0,08% (su 237.630 attivazioni, 212 utenti hanno sporto reclamo).

Per quanto concerne l'oggetto della contestazione, la Società ha ossia sottolineato i seguenti aspetti: i) alcuni dei segnalanti non hanno mai attivato il servizio contestato; ii) alcuni utenti hanno attivato il servizio dalla *Landing Page* aperta da un terminale mobile assegnato al proprio MSISDN, hanno ricevuto ogni informativa di legge e la relativa conferma tramite SMS; iii) le denunce non indicano le circostanze in base alle quali gli utenti non hanno potuto esprimere



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

un consenso, limitandosi ad affermazioni generiche; iv) nessun utente ha denunciato di essere stato tratto in inganno dal tasto “Conferma” abbinato al simbolo triangolare “Play”, né la Società ha mai ricevuto reclami aventi ad oggetto l’ingannevolezza della grafica; v) il metodo della conclusione degli abbonamenti tramite “click” sul pulsante conferma non era oggetto di specifica autoregolamentazione da parte del CASP e, dunque, l’eventuale contestazione di difformità non ha alcun presupposto giuridico; vi) la procedura di attivazione dei servizi in esame (che si sostanzia in un unico passaggio, ovvero in un *click* di conferma che compare sulla *Landing Page*, cui segue un SMS di *welcome*, quando ormai il servizio è già attivato ed il primo addebito effettuato) è pienamente rispondente alla disciplina di settore (ossia, al D.M. n. 145/2006) ed, *in primis*, agli obblighi informativi in essa prescritti (articolo 12); vii) la suddetta procedura di attivazione è conforme anche alle altre previsioni normative riguardanti la manifestazione del consenso da parte dell’utente (cliccare sul tasto “Conferma” presente sulla *Landing Page*) e l’invio dell’SMS gratuito di *welcome*, che assolve alla funzione di conferma d’ordine inviata a chi conclude acquisti su siti di commercio elettronico; viii) solo con il messaggio successivo a quello di benvenuto avviene il primo addebito: l’utente, infatti, ha la possibilità di recedere con il sistema standard di risposta “STOP” al messaggio; Acotel, peraltro, accetta a maggior tutela anche sinonimi quali “Off”, “Basta”, “Disattiva” e similari (*cfr.* segnalazione D’Alessandro). L’utente, inoltre, può disattivare il servizio telefonicamente (il numero del centralino è già disponibile nel primo messaggio), inviando una richiesta via e-mail o tramite il portale Acotel di *self care*; ix) la creatività della *Landing Page* (soprattutto per quanto riguarda la grafica utilizzata per il pulsante di conferma e attivazione) è conforme alla prassi di mercato, atteso che per i fatti oggetto di istruttoria non trovava ancora applicazione il CASP 3.0. Gli elementi grafici utilizzati da Acotel, infatti, non differiscono da quelli presenti sui principali negozi digitali: il consumatore medio che possiede uno *smartphone* o un *tablet* è più che avvezzo a scaricare applicazioni a pagamento negli *store* digitali tramite un click sul proprio terminale, comprendendo, inevitabilmente, che tale operazione comporta un addebito sulla propria carta di credito, senza che la legge richieda ulteriori passaggi di verifica; x) Acotel adotta da tempo una politica rigorosa a favore del consumatore, soprattutto per quanto concerne le richieste di rimborso. In particolare, la prima richiesta di informazioni viene solitamente gestita dal *call center* esterno che accerta se l’utente vuole solo assistenza per la disattivazione e/o ricevere informazioni, ovvero ha necessità di ulteriore tutela. Le richieste di informazioni più specifiche o le istanze di rimborso, invece, vengono, elaborate dal servizio clienti interno: in tali ipotesi, il reclamo viene trasmesso per competenza all’ufficio consumatori, in grado di fornire all’utente i dettagli sull’abbonamento e sul servizio. Detto ufficio, inoltre, verifica la fondatezza del reclamo (ovvero la non manifesta infondatezza e la non pretestuosità delle richieste) ed invia al cliente la proposta di rimborso;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

- e) Rispetto alle n. 33 segnalazioni acquisite nel corso dell'accesso agli atti, la società Acotel ha prodotto i *log* di attivazione (diventati obbligatori a seguito dell'adozione del nuovo CASP) per le denunce contenenti il numero mobile; è risultato, peraltro, che un segnalante su quattro ha chiarito la propria posizione direttamente con Acotel nell'ambito della gestione del reclamo/denuncia. Alcuni utenti hanno anche conciliato, accogliendo la ricostruzione fornita dalla Società e la proposta di rimborso.

Sul presupposto che le denunce acquisite dall'Agcom sono improcedibili e/o inammissibili (mancando dei requisiti formali e/o sostanziali richiesti dal regolamento di procedura), Acotel ha descritto la posizione di ciascun utente e le modalità di gestione dei relativi reclami/segnalazioni. Alcune delle segnalazioni (n. 4) sono risultate infondate, in quanto gli utenti non hanno mai attivato servizi Acotel; in altri casi, la Società ha ravvisato la pretestuosità delle denunce, non contenendo l'indicazione del numero di telefono interessato dalla presunta attivazione. Tale mancanza, infatti, non ha consentito al CSP di fornire i dati concernenti il singolo utente. Nelle restanti ipotesi, invece, Acotel ha indicato la data di attivazione e di cessazione del servizio, la modalità di disattivazione (*call center*, SMS, sito ecc.), la durata dell'attivazione (in molti casi il servizio è stato attivato e disattivato nella stessa giornata), il costo del servizio addebitato (a partire da euro 5,06). Per alcuni degli utenti, infine, la Società ha dato atto della gestione dei reclami, anche mediante la proposta e/o il riconoscimento del rimborso integrale delle somme addebitate.

Per quanto argomentato, la Società ha richiesto l'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 30/13/DIT.

2. Valutazioni dell'Autorità

Con atto n. 30/13/DIT è stato contestato nei confronti della società Acotel S.p.A. la violazione dell'articolo 2, commi 1 e 4, Allegato A, della delibera n. 664/06/CONS, in combinato disposto con l'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, per non aver fornito, in violazione dei principi generali di correttezza e buona fede, tutte quelle informazioni necessarie per rendere il consumatore consapevole di aderire ad un'offerta commerciale, di stipulare un contratto, di sottoscrivere un abbonamento e di richiedere la fornitura di un servizio di comunicazione elettronica a sovrapprezzo. Più utenti, infatti, nel periodo 7 ottobre 2012 – agosto 2013, avevano segnalato l'illegittima attivazione e l'indebita fatturazione dei servizi *premium* denominati Funny TV e Hot TV, erogati in modalità *push* dalla società Acotel S.p.A. durante la navigazione *wap*.

Sulla base delle segnalazioni pervenute, quindi, l'Autorità ha valutato le modalità attraverso le quali la Società ha fornito i propri servizi, con particolare riguardo alle informazioni contrattuali che sono state rese tramite la *Landing Page* e la loro idoneità a rendere l'utente consapevole di aderire alla proposta contrattuale. Dalla visualizzazione di tali pagine, invero, è stato accertato (e conseguentemente contestato) che: i) la



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

procedura di attivazione si sostanzia in un unico *click* di conferma che compare sulla *Landing Page*, cui segue un SMS di *welcome* quando ormai il servizio è già attivo ed il primo addebito a sovrapprezzo effettuato; ii) le condizioni di contratto, il costo e la natura del servizio in abbonamento ed ogni altra informazione, utile all'utente per poter manifestare un consenso informato, non sono facilmente visualizzabili; iii) la grafica utilizzata ha contribuito all'ingannevolezza della proposta, lasciando intendere che cliccando sul *banner* di conferma si sarebbe avviata la sola visualizzazione del video, distogliendo l'attenzione dal messaggio circa l'adesione ad un contratto di abbonamento.

Per quanto appurato, dunque, l'Autorità ha riscontrato nella condotta della Società la violazione delle norme di settore che, in tema di tutela dell'utenza, prescrivono che le informazioni precontrattuali, il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata osservando, in particolare, i principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali, valutata alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie dei consumatori particolarmente vulnerabili (articolo 2, allegato A, delibera n. 664/06/CONS).

Nel corso del procedimento sanzionatorio, la Società, nell'esporre le proprie difese, ha sostenuto la legittimità della condotta e l'insussistenza della violazione contestata sulla base di molteplici argomentazioni: mutamento del quadro giurisprudenziale e normativo, che non lascia dubbi circa l'incompetenza dell'Agcom in materia di pratiche commerciali scorrette; l'incompetenza dell'Autorità nei confronti dei *Content Service Provider* nell'ambito della disciplina delle comunicazioni elettroniche (con particolare riguardo ai servizi *premium*); l'inapplicabilità delle disposizioni ex delibera n. 664/06/CONS al caso di specie; la legittimità della condotta contestata rispetto alle modalità di offerta dei servizi *premium*; l'improcedibilità e/o l'inammissibilità delle segnalazioni pervenute e, nel merito, l'infondatezza delle stesse.

Le argomentazioni difensive prospettate dalla Società, tuttavia, non possono trovare accoglimento per le motivazioni di seguito specificate.

In via preliminare è opportuno richiamare, seppur brevemente, gli eventi che si sono susseguiti in merito al riparto di competenze tra Agcm ed Agcom.

Con le note sentenze dell'11 maggio 2012 (n. 12/2012, n. 13/2012, n. 16/2012) l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ridefinito il riparto di competenza in materia di tutela dei consumatori tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (espressamente prevista dal "*Codice del Consumo*") e le Autorità di regolazione nei settori del credito e delle comunicazioni. Il giudice amministrativo, in particolare, ha escluso la competenza dell'Agcm a sanzionare una pratica commerciale scorretta ogniqualvolta il comportamento del professionista risulti «*interamente disciplinato dalle norme di settore che impongono determinati obblighi comportamentali agli operatori delle comunicazioni elettroniche*». Ciò in quanto «*la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica Autorità*» al fine di evitare «*duplici procedimenti per gli stessi fatti*».



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

A distanza di qualche mese, il legislatore italiano ha, da un lato, preservato gli autonomi poteri di vigilanza dell'Agcom sul rispetto delle disposizioni di settore, a prescindere dalla finalità delle norme stesse; dall'altro, ha confermato ed avvalorato la sussistenza, in capo alla medesima Autorità, di una maggiore competenza in tema di pratiche commerciali scorrette nel settore delle comunicazioni elettroniche (cfr, articolo 23, comma 12-*quiquiesdecies*, della legge n. 135/2012 - c.d. *spending review*). La norma, infatti, ha precisato che la competenza dell'Autorità di regolazione ricorre “unicamente” quando le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una «(i) *regolazione di derivazione comunitaria*, (ii) *con finalità di tutela del consumatore*, (iii) *affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e (...) comunque limitatamente agli aspetti regolati*». Condizioni, queste ultime, che sono adeguatamente soddisfatte dall'Agcom, anche nel caso di specie.

Nelle pronunce successivamente intervenute, peraltro, il Tar del Lazio ha anche specificato che «“(...) *questa può essere tenuta ferma pur dopo l'intervento normativo operato nel settore dall'articolo 23, comma 12-*quiquiesdecies* del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge n. 7 agosto 2012, n. 135*”; inoltre, che “*In via generale, gli articoli 4 e 13, e la Sezione III del Capo IV (dedicata specificamente ai "diritti degli utenti") del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, stabiliscono che la tutela del consumatore rientra a pieno titolo tra i fini istituzionali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”» (Tar Lazio, Sez. I, 22 luglio 2013, n. 7464).

L'orientamento interpretativo inaugurato dall'Adunanza Plenaria è stato ulteriormente confermato dal giudice di prima istanza nelle pronunce successivamente intervenute, annullando, per incompetenza, i provvedimenti sanzionatori nel frattempo adottati dall'Agcm (TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 luglio 2013, n. 7273, n. 7275, n. 22 luglio 2013, n. 7442 e n. 7464. Ancor prima, Tar Lazio, Sez. I, 12 luglio 2012, n. 6325; 17 gennaio 2013, n. 535; 18 febbraio 2013, n. 1742; 18 febbraio 2013, n. 1752; 18 febbraio 2013, n. 1754). Proprio in esecuzione di dette pronunce, quindi, l'Autorità *antitrust* ha trasmesso all'Agcom, per i seguiti di competenza, tutte le segnalazioni pervenute dal 1 marzo 2013 e che, in virtù dei criteri interpretativi enunciati dal G.A., sembravano ricadere nell'ambito di applicazione della disciplina di settore.

Questa Autorità, in merito, ha posto in essere le opportune attività di vigilanza e sanzionatorie e, soprattutto, si è limitata ad esercitare le proprie funzioni conformemente alle indicazioni legislative e giurisprudenziali fino a quel momento pervenute. Le condotte denunciate dagli utenti, infatti, sono state esaminate «“*limitatamente agli aspetti regolati*”» e sono state applicate le sole norme di settore che, anche alla luce dell'orientamento del supremo Collegio, sono idonee a tutelare adeguatamente i consumatori. La fattispecie contestata, in altri termini, è stata qualificata esclusivamente sulla base delle norme di settore, senza introdurre alcun elemento valutativo propriamente utilizzato dall'Autorità *antitrust* e riconducibile alla nozione di “pratica commerciale scorretta” contenuta nel “*Codice del consumo*”.

Per quanto detto, quindi, non possono essere accolte le preliminari eccezioni di incompetenza sollevate dalla Società. Va anche tenuto conto, infatti, che l'applicabilità delle norme del *Codice* (in luogo delle disposizioni del “*Codice del consumo*”) ed il



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

connesso esercizio del potere di accertamento e di sanzione da parte dell'Agcom è stato sostenuto in sede giurisdizionale sia dagli operatori sia dai *Content Service Provider*, la cui interpretazione è stata poi avallata dall'Adunanza Plenaria. Va considerato, inoltre, che nelle more della definizione del riparto, l'Agcom ha legittimamente esercitato i poteri che istituzionalmente le sono attribuiti, all'interno di un ambito di competenza (*rectius*, la tutela dell'utenza) definito sul piano legislativo, ancorché confermato in sede giurisprudenziale in rapporto con la disciplina generale. Se così non fosse, del resto, il richiamato orientamento giurisprudenziale avrebbe comportato una *vacatio* nella tutela dell'utenza e l'impunità dei soggetti che hanno commesso l'illecito, quantomeno nel lasso temporale susseguente alla trasmissione delle segnalazioni da parte dell'Agcm. L'Agcom, peraltro, è anch'essa destinataria di numerose segnalazioni di utenti aventi ad oggetto fattispecie analoghe a quella contestata nei confronti di Acotel S.p.A., nonché è promotrice del CASP, per espressa previsione del Piano Nazionale di Numerazione, sottoscritto sia dagli operatori che dai CSP. Peraltro, detto CASP, che per l'appunto disciplina le modalità di offerta e di vendita dei soli servizi *premium*, ha di recente acquisito una specifica valenza regolamentare e sanzionatoria: con la delibera n. 47/13/CONS, infatti, l'Autorità ha espressamente previsto l'applicabilità della sanzione *ex* articolo 98, comma 11, del *Codice* nelle ipotesi in cui i servizi su numerazioni in decade 4 vengano forniti con modalità non conformi al CASP stesso. La nuova previsione regolamentare, dunque, ha ulteriormente enfatizzato gli strumenti di tutela degli utenti e, di conseguenza, ha inasprito l'intervento sanzionatorio dell'Autorità in materia, già garantito dalle generali disposizioni previgenti.

In ultimo, la competenza dell'Agcom non può essere esclusa, così come sostenuto dalla Società, sui presupposti che, nelle more delle citate vicende giurisprudenziali, la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia e, soprattutto, sulla considerazione che nel corso del procedimento *de quo*, il Governo italiano, nel sottoporre all'*iter* parlamentare una bozza di decreto legislativo (di recepimento della direttiva n. 2011/83/UE), abbia proposto di ricollocare la competenza in materia di PCS in capo all'Agcm. La notifica della relativa contestazione, infatti, è avvenuta ben prima del suddetto intervento legislativo ed, in ogni caso, la violazione accertata è stata qualificata esclusivamente sulla base delle disposizioni regolamentari vigenti che solo l'Autorità di settore è tenuta ad applicare (ed eventualmente sanzionare in caso di violazioni) e che non sono mai state messe in discussione, neanche dalla novella legislativa richiamata dalla Società.

Ne consegue, anche in relazione all'ulteriore eccezione sollevata da Acotel, la corretta imputazione nei confronti della Società della violazione delle disposizioni *ex* delibera n. 664/06/CONS, con particolare riguardo alle norme che disciplinano le modalità di conclusione dei contratti a distanza. Le prescrizioni contestate, peraltro, afferiscono espressamente anche a clausole generali, quali i principi di correttezza e buona fede che, come ribadito dallo stesso giudice amministrativo, ben possono essere utilizzate per valutare e sanzionare le condotte illecite, poste in essere dalle imprese che operano nel settore delle comunicazioni elettroniche, regolato esclusivamente dall'Agcom.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Per quanto concerne invece la presunta irricevibilità e/o inammissibilità delle segnalazioni pervenute (articolo 3-bis comma 4 del regolamento che disciplina il procedimento sanzionatorio), giova precisare che le previsioni *ex* articoli 3-bis e 3-ter, Allegato A, della delibera n. 136/06/CONS, riguardano «*tutti i soggetti interessati, gli utenti finali, i consumatori e le associazioni od organizzazioni rappresentative dei loro interessi possono chiedere l'intervento sanzionatorio dell'Autorità denunciando eventuali violazioni della normativa di settore*», non già un'altra amministrazione che, in esecuzione di sentenze del giudice amministrativo, ha provveduto, d'ufficio, alla trasmissione degli atti all'Autorità ritenuta competente (*rectius*, dell'Autorità deputata ad applicare la *lex specialis*). Né, peraltro, appare logico e ragionevole ritenere che le numerosissime denunce pervenute (di cui n. 33 confluite nel procedimento *de quo*) non fossero suscettibili di trattazione per le sole ragioni esposte da Acotel, lasciando impunte ipotesi di violazioni che gli utenti, per altro, hanno segnalato avvalendosi di modelli predisposti da un'altra Autorità. Analogamente, non può rilevare, perché priva di riscontro probatorio, l'argomentazione prospettata dalla Società sull'asserita campagna diffusa sul *web* contro i servizi erogati da Acotel che, per l'appunto, avrebbe influenzato negativamente gli utenti.

Nel merito della violazione contestata, invece, la società Acotel ha sostenuto la comprensibilità delle informazioni commerciali fornite agli utenti attraverso la *Landing Page* e la piena conformità della grafica utilizzata sia alla prassi di mercato che alle previsioni del CASP (all'epoca vigente nella versione 2.0).

Invero, dalla visualizzazione della pagina utilizzata dalla Società al momento della commissione del fatto, non può che confermarsi quanto già riscontrato nel verbale di accertamento, ossia l'inadeguatezza delle modalità attraverso le quali Acotel ha diffuso i propri servizi, attivabili dagli utenti tramite la navigazione *wap*.

Premesso, infatti, che la procedura di attivazione si è sostanziata in un unico passaggio, ovvero un *click* sul *banner* di conferma che compare sulla *Landing Page*, dalla visualizzazione di tale pagina, fornita a titolo esemplificativo dalla Società per il servizio FunnyTV, è emerso che le condizioni di contratto, il costo e la natura del servizio in abbonamento ed ogni altra indicazione, utile all'utente per poter manifestare un consenso informato, non sono facilmente rinvenibili. Ciò che viene messo in evidenza nel centro della *Landing Page*, attraverso l'utilizzo di caratteri chiari e leggibili, è il solo invito a rivivere “*I 200 goal più belli. Clicca e guardali*” cui segue il tasto di conferma. Non si evince, di contro, alcun elemento che possa far ritenere l'utente consapevole di sottoscrivere un abbonamento ovvero che, al fine di visualizzare il contenuto offerto, sia necessario aderire ad un contratto in abbonamento. D'altronde, l'ingannevolezza della proposta è ulteriormente confermata dall'utilizzo del noto simbolo della freccia, universalmente associato alla funzione “*play*”, che lascia oggettivamente intendere che cliccando sul *banner* di conferma si avvia la visualizzazione del video e non la formale adesione ad un contratto in abbonamento. A ciò si aggiunge, come già richiamato in precedenza, la facilità con la quale l'utente ha potuto incorrere nell'attivazione, limitata al solo *click* sul tasto “Conferma” (peraltro termine che si ricollega alla frase “Clicca e guardali”).



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Sulla base delle suddette argomentazioni, in conclusione, non può che confermarsi la violazione accertata.

Ai fini della quantificazione della sanzione, tuttavia, non possono non tenersi in considerazione anche gli aspetti positivi emersi nel corso dell'*iter* procedimentale. In primo luogo, la cessazione della condotta e degli effetti derivanti dalla violazione commessa, in ragione dell'adesione della società Acotel S.p.A. al nuovo CASP 3.0 e, conseguentemente, all'adeguamento di tutte le *Landing Page* alle prescrizioni contenute nel nuovo Codice sui servizi *premium*, a decorrere dal 1 dicembre 2013.

Per ciascuna delle segnalazioni confluite nel procedimento, inoltre, Acotel ha fornito un dettagliato riscontro, precisandone data di attivazione e cessazione del servizio, modalità di disattivazione e costo sostenuto dall'utente.

Premesso, infatti, che l'accertamento dell'Autorità ha avuto ad oggetto non già le singole denunce ma, a partire dalle stesse, le modalità di commercializzazione dei servizi *premium* da parte della Società, è comunque opportuno evidenziare che: *i)* tutti gli utenti sono stati disattivati e, ove possibile, sono stati gestiti anche mediante il rimborso delle somme addebitate; *ii)* alcune delle misure indicate nella proposta definitiva di impegni sono state implementate dalla Società a prescindere dall'esito della valutazione di ammissibilità da parte dell'Autorità.

In ultimo, giova evidenziarsi la condotta collaborativa che la società Acotel S.p.A. ha mostrato nel corso dell'intero procedimento, anche in relazione alle esigenze di tutela dell'utenza manifestate in più circostanze dall'Autorità di settore.

RITENUTA, pertanto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa da euro 58.000,00 a euro 580.000,00, ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 98, comma 17-bis, del d.lgs. n. 259/2003, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge n. 689/1981;

RITENUTO, quindi, di dover determinare la sanzione pecuniaria nella misura complessiva di euro 58.000,00 (*cinquantottomila/00*) e che in tale commisurazione rilevano altresì i seguenti criteri, di cui all'articolo 11 della legge n. 689/1981:

A. Gravità della violazione

In relazione alla gravità della violazione, va tenuto conto che la società Acotel S.p.A., avvalendosi di modalità di commercializzazione dei servizi *premium* non rispondenti alle vigenti prescrizioni legislative e regolamentari in materia di tutela dell'utenza, con particolare riguardo alle prescrizioni sulla trasparenza ed ai principi di lealtà e buona fede nei contratti stipulati a distanza, ha indotto gli utenti ad aderire ad



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

una proposta commerciale in abbonamento (a sovrapprezzo), in assenza di un consenso informato e consapevole.

B. Opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione

Rispetto all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione va tenuto conto, come già evidenziato in sede di motivazione, che la società Acotel, oltre ad aver gestito i reclami degli utenti, ha cessato la diffusione del *banner* e della *Landing Page* oggetto di contestazione, adeguando la commercializzazione dei propri servizi premium alle prescrizioni introdotte con il CASP 3.0.

C. Personalità dell'agente

In relazione alla personalità dell'agente, va considerato che la società Acotel, operando nel mercato della fornitura dei servizi a sovrapprezzo in qualità di *Content Service Provider*, è dotata di una struttura interna idonea ad assicurare la corretta acquisizione del consenso degli utenti, nonché a fornire tutte le opportune informazioni sulla natura del servizio offerto, anche alla luce delle indicazioni del CASP, peraltro sottoscritto anche dalla Società. La stessa, peraltro, ha mostrato un comportamento collaborativo con l'Autorità, implementando anche alcune delle misure di impegni proposte, a prescindere dall'esito sull'ammissibilità delle stesse.

D. Condizioni economiche dell'agente

Con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, deve evidenziarsi come esse, in considerazione del fatturato netto realizzato dalla Società nell'esercizio di bilancio 2012, risultino tali da consentire l'applicazione della sanzione come sopra determinata.

UDITA la relazione del Commissario Antonio Preto, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

ORDINA

alla società Acotel S.p.A. (Acotel Group), con sede legale in Roma -00168-, Via della Valle dei Fontanili, 29, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 58.000,00 (*cinquantottomila/00*) per la violazione delle disposizioni di cui all'articolo 2, commi 1 e 4, allegato a, della delibera n. 664/06/CONS, in combinato disposto con l'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 nei termini descritti in motivazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 16, del medesimo decreto;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

INGIUNGE

alla citata società di versare entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27 della citata legge n. 689/1981, la somma di euro 58.000,00 (*cinquantottomila/00*) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato, avente sede a Roma, utilizzando il codice IBAN: IT5400100003245348010237900 per l'imputazione della medesima somma al capitolo 2379, capo X evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, con delibera 142/14/CONS*".

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "*delibera 142/14/CONS*".

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alla parte e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 9 aprile 2014

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Preto

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE
Francesco Sclafani