



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA n. 163/14/CONS

**ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO N. 33/13/DIT
AVVIATO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ' NETSIZE S.R.L. 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.**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 23 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, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”* come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21;

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 dalla delibera n. 118/14/CONS;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

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 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 Netsize S.p.A. ha dedotto quanto segue:

a) In via preliminare, la Società ha precisato che la Fulltime Limited (di seguito, Fulltime) è lo sviluppatore ed il titolare esclusivo dei diritti relativi al servizio *MySoftPack*, mentre Netsize S.p.A. (già IPX) svolge un ruolo di mera interfaccia tecnica, commerciale e amministrativa tra i CSP, da un lato, e gli operatori di rete mobile dall’altro. Nella filiera della fornitura dei servizi *premium*, infatti, oltre ai *Content Service Provider* (CSP), quali fornitori diretti dei VAS tramite l’utilizzo di numerazioni in decade 4, sono sempre presenti gli operatori di telefonia mobile (OT), in qualità di *Serving Provider* (SP, titolari della numerazione e del rapporto contrattuale con il singolo CSP) o di *Access Provider* (AP, che consentono ai propri clienti di fornire dei servizi dei CSP mediante specifici accordi con l’SP). Solo in limitati casi, sono presenti anche gli aggregatori (come Netsize) che entra in gioco solo per servire la domanda costituita dai CSP non infrastrutturati, ossia da quei soggetti che, per differenti ragioni, reputano più conveniente concentrare la loro attività esclusivamente sullo sviluppo, la produzione, la comunicazione pubblicitaria e la commercializzazione dei servizi *premium*, servendosi degli aggregatori per usufruire di una infrastruttura tecnica, commerciale ed amministrativa con i SP. Nella maggior parte dei casi, in realtà, i CSP sono essi stessi dotati dell’infrastruttura tecnologica: circa il 75% del totale della dimensione del mercato in termini di fatturato, infatti, attiene a servizi *premium* gestiti mediante un rapporto diretto tra CSP e SP, in assenza dell’aggregatore.

In ogni caso, il CSP non infrastrutturato è l’unico titolare dei diritti relativi al singolo servizio *premium* ed è, al contempo, il gestore in via esclusiva del relativo sviluppo, della produzione e della commercializzazione. L’aggregatore, invece, in virtù di specifici accordi con i CSP non infrastrutturati, da un lato, e l’SP dall’altro, rivende ai CSP la propria capacità di connessione con gli OT relativamente a tali servizi, mettendo a disposizione la propria piattaforma tecnologica atta a consentire la fatturazione. Sotto questo aspetto, dunque, l’aggregatore consente solo il transito della fornitura dei servizi *premium* agli utenti finali, ovvero consente l’identificazione del cliente, l’attivazione e la disattivazione, l’addebito su credito telefonico e la consegna degli SMS/MMS.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Viceversa, non è tecnicamente abilitato ad incidere su tutto ciò che concerne la definizione dei contenuti o la commercializzazione dello stesso.

La percentuale del 3-6% del fatturato totale trattenuta dall'aggregatore, peraltro, ne riflette il ruolo meramente marginale (e, nel caso di specie di Netsize) nell'intera filiera dei soggetti coinvolti nella fornitura dei VAS (*i.e.*, OT e CSP).

In ultimo, la circostanza che la Società non svolga attività tipica di CSP è desumibile anche dalla mancanza, nell'ambito della propria struttura organizzativa, degli *asset* e dei *know-how* rinvenibili in un soggetto qualificabile come *Content Service Provider*. Non è irrilevante, infatti, che anche in altri accordi, attualmente in essere tra Netsize ed altri SP, la Società è contrattualmente definita e riconosciuta solo come mero aggregatore. Il testo del regolamento contrattuale sottoposto all'Autorità, invece, è frutto dell'imposizione da parte di Telecom (SP) di clausole tratte da un modello predisposto per i servizi *premium* gestiti direttamente con i CSP e non per il tramite di un aggregatore.

Dunque, malgrado Netsize non abbia svolto alcuna attività nella gestione della pubblicità e delle modalità di commercializzazione del servizio *MySoftPack* con gli utenti finali, l'Autorità ha ugualmente ritenuto la Società responsabile per la violazione delle prescrizioni normative inerenti alle modalità di offerta dei servizi *premium* e, più in generale, relative all'acquisizione del consenso degli utenti nell'ambito dei contratti conclusi a distanza.

Sulla base di tali premesse, Netsize ha contestato *in toto* la fondatezza dei rilievi posti alla base del verbale di contestazione, nella ferma convinzione che la propria condotta sia (e sia stata) pienamente conforme alla normativa nazionale a tutela dell'utenza. Ad avviso della Società, peraltro, non sussiste alcuna disposizione di legge che imponga all'aggregatore un obbligo di vigilanza sulla condotta osservata dai CSP nella fornitura dei servizi *premium* all'utenza finale. Analogamente, non sussiste alcuna norma di legge attributiva del potere sanzionatorio (soggetto alla riserva di legge) all'Autorità nei confronti degli aggregatori, laddove sia accertata l'assenza di una cointeressenza, ossia di un loro coinvolgimento o interesse diretto rispetto al VAS, ritenuto lesivo della disciplina a tutela dell'utenza.

b) Secondo l'impostazione seguita dall'Autorità, dalla disciplina vigente sarebbe possibile desumere la sussistenza di un obbligo a carico di Netsize di “*garantire*” la conformità “*alle prescrizioni legislative e regolamentari vigenti*” di un servizio *premium* totalmente gestito da terzi, quale appunto *MySoftPack*, rispetto al quale la Società agisce unicamente come aggregatore.

Tuttavia, considerando che, di fatto, Netsize, oltre a non essere titolare della gestione del servizio *MySoftPack*, non ha svolto alcun ruolo, neanche indiretto, nello sviluppo e nell'ideazione del servizio o nella definizione delle modalità di diffusione dello stesso sul *web*, né tantomeno nella sua commercializzazione, non può che essere collocata in una posizione esterna e di estraneità rispetto alla violazione accertata.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

c) Il fondamento giuridico posto alla base del predetto obbligo di garanzia di Netsize rispetto alla conformità del servizio *MySoftPack* alla disciplina applicabile, nonché dell'estensione alla Società della responsabilità del CSP Fulltime, discenderebbe, secondo l'Autorità, non già (come ci si aspetterebbe) da disposizioni di diritto pubblico ma dal contratto in essere con Telecom. L'implementazione di metodi taciti di acquisizione del consenso, la definizione di contenuti idonei a provocare il rischio di attivazioni dell'abbonamento a *MySoftPack* inavvertite, involontarie o non richieste non sono, nel caso di specie, attribuibili a Netsize, ma semmai a Fulltime, in qualità di CSP.

Ad avviso dell'Autorità, inoltre, *“ai sensi del successivo articolo 13, la Società è responsabile dell'elaborazione e della diffusione delle iniziative pubblicitarie, di promozione e di comunicazione dei servizi offerti, da assicurare nel rispetto degli obblighi di trasparenza informativa e di legittima acquisizione del consenso degli utenti, secondo le modalità prescritte dalla regolamentazione vigente”*.

Tale assunzione di responsabilità da parte della Società (rispetto a fatti che sono nella disponibilità del CSP), tuttavia, può essere configurata solo come obbligo contrattuale (eventualmente esaminabile solo sotto il profilo dell'inadempimento) assunto da Netsize nei confronti di Telecom. Tale obbligo contrattuale, in altri termini, non può costituire la fonte di un dovere di condotta di Netsize, nella forma della promessa del fatto del terzo (in questo caso Fulltime), dalla cui violazione potrebbe derivare l'irrogazione di sanzioni.

D'altronde, l'accordo tra Telecom e Netsize, con cui la prima concede a quest'ultima le numerazioni in decade 4 per rendere possibile l'erogazione dei servizi *premium* via SMS/MMS (incluso *MySoftPack*), è considerato dall'Autorità l'unica fonte di diritto da cui scaturirebbe la predetta estensione di responsabilità da Fulltime a Netsize.

Sull'assunto di eventuali violazioni di disposizioni contrattuali che, per definizione, dovrebbero valere unicamente nei rapporti privatistici tra Telecom e Netsize (e il cui eventuale inadempimento potrebbe essere fatto valere solo da e tra le stesse parti), quindi, l'Autorità ha formulato l'ipotesi dell'esistenza di una *culpa in vigilando* che potrebbe trovare fondamento solo in una norma di diritto pubblico, qui invero inesistente, o di una sorta di responsabilità oggettiva a carico di Netsize, per non aver costretto Fulltime a modificare, in senso più conforme alla disciplina sulla tutela dei consumatori, i contenuti e le modalità di erogazione del servizio *premium MySoftPack*. Nel nostro ordinamento, tuttavia, non sono ammesse forme di responsabilità oggettiva per fatto altrui, in quanto incostituzionali.

Alle stesse conclusioni, peraltro, è sempre giunta l'AGCM che, esprimendosi proprio rispetto a Netsize in materia di pratiche commerciali scorrette per servizi *premium* via SMS/MMMS, ha espressamente riconosciuto l'inidoneità di eventuali inadempimenti contrattuali (consistenti nell'omessa verifica della conformità dei contenuti del servizio alla disciplina della tutela del consumatore, nel rapporto tra aggregatore ed OT ovvero tra aggregatore e CSP) a fondare una responsabilità dell'aggregatore.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

In particolare, nel provvedimento n. 19888 del 20 maggio 2009 (PS1140 - Netsize Italy-Invio SMS non richiesti) l'AGCM ha inequivocabilmente sancito che *“dall'esame dei contratti stipulati con Fox Mobile Distribution GmbH [i.e., il CSP] e del Service Provider Netsize Italia S.r.l. risulta, infatti, chiaramente che le compagnie telefoniche devono visionare ed autorizzare preventivamente la diffusione dei messaggi e l'utilizzazione negli stessi dei rispettivi segni distintivi. (...) A tale riguardo, è opportuno precisare che se quest'ultima considerazione è rilevante per attribuire una specifica responsabilità ai gestori telefonici non è di per sé sufficiente e decisiva. Il semplice carrier della proposta contrattuale e dell'accettazione [ossia, l'aggregatore], infatti, non risponde dell'ingannevolezza del messaggio per esserne stato il “vettore”, e ciò a maggior ragione quando, come nella specie, è solo vettore dell'accettazione definitiva da parte del suo cliente nel momento in cui invia il proprio SMS; e ciò neanche quando nel rapporto contrattuale interno con il professionista che propone il servizio si sia riservata una sorta di diritto di censura”*. E ancora, si precisa puntualmente al riguardo che *“né, per altro verso, le vicende del rapporto di provvista tra i due professionisti possono essere utilizzate a favore di uno dei due contravventori. La circostanza quindi che tra gli operatori e Fox Mobile Distribution GmbH ci siano stati eventuali inadempimenti contrattuali può essere addotta in sede giudiziaria civile per ragioni ed effetti diversi da quelli che qui si stanno esaminando”*.

Solo in caso di cointeressenza, dunque, i poteri di controllo preventivo o di verifica successiva sulla conformità del servizio *premium* rispetto alla disciplina a tutela dell'utenza (pattiziamente attribuiti) potrebbero assumere un rilievo a fini probatori (nel citato provvedimento dell'AGCM, sul punto si legge *“i predetti poteri di controllo assumono, invece, nel caso di specie, rilievo ai fini probatori in ragione della evidenziata situazione di cointeressenza delle società telefoniche rispetto all'attività commerciale pubblicizzata e ai messaggi pubblicitari oggetto del procedimento”*).

L'orientamento dell'AGCM è assolutamente costante anche nel ritenere che a nulla rileva la presenza di meccanismi contrattuali di manleva nei confronti del CSP, quali ad esempio gli obblighi contrattuali ascritti all'aggregatori a garanzia della conformità del servizio *premium* alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette e aggressive. È del tutto pacifico, infatti, che detti obblighi possono ritenersi idonei a produrre effetti solo *inter partes* (cfr., Provvedimento n. 21112 del 13 maggio 2010 (PS5192 Dindo- Servizi a decade 4 e concorso premi) e n. 206226 del 22 dicembre 2009 (PS4599 Dindo – Servizio spy localizzazione cellulari)).

L'AGCM, anche da ultimo, ha sempre escluso la sussistenza della responsabilità degli aggregatori, cioè dei soggetti che, come Netsize nel caso di specie, svolgono attività di interconnessione tecnologica, in tutti i casi in cui, dalle risultanze istruttorie, non fossero emersi elementi atti a provarne la diretta partecipazione nella pratica commerciale scorretta o aggressiva, in virtù dell'assenza di qualsiasi coinvolgimento degli stessi nell'ideazione e nel controllo dei contenuti relativi a servizi *premium* elaborati dal CSP, nonché di valutazione delle relative modalità di commercializzazione (cfr., Provvedimento n. 24446 del 10 luglio 2013, PS8055 Okwit-Tekka/Servizi premium non richiesti. Sul punto, anche provvedimento n. 23912 del 17 settembre 2012, PS7976



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

T-Plus – Servizi non richiesti via SMS, riguardante la diffusione di messaggi promozionali di servizi *premium* tramite internet non idonei a soddisfare i requisiti informativi richiesti dalla normativa di riferimento).

Non può ritenersi, altresì, che l'AGCM si sia discostata da questo orientamento, allorché nel già citato *PS1140 Netsize* è stata debitamente sanzionata, risultando in quel caso comprovata la cointeressenza di quest'ultima con il CSP Fox Mobile Distribution GmbH. In detta ipotesi, infatti, la Società non si era limitata a svolgere un ruolo di mero aggregatore ma aveva collaborato direttamente nella fornitura dei servizi "Jamba", ossia dei servizi *premium* sanzionati, e Netsize Italia S.r.l. appariva nello stesso messaggio *premium* come ideatore accanto al CSP. Nel caso sottoposto alla cognizione dell'AGCOM, invece, Netsize non ha svolto alcuna collaborazione con la Fulltime in relazione al servizio *MySoftPack*, rispetto al quale ha operato come mero vettore.

d) In considerazione dell'irrelevanza dell'adempimento/inadempimento delle clausole contrattuali contenute nell'accordo in essere tra Telecom e Netsize, non è possibile fondare su una base di diritto privato l'eventuale responsabilità di Netsize per condotte che, peraltro, sono unicamente ascrivibili a Fulltime. Ed infatti, se fosse possibile ritenere Netsize responsabile per la condotta di Fulltime, in virtù del contenuto dell'articolo 12 e 13 dell'accordo vigente tra la Società e Telecom (che prevedono, per l'appunto, l'assunzione di responsabilità da parte di Netsize), per le medesime ragioni la stessa Netsize dovrebbe necessariamente ritenersi "scagionata" alla luce dell'ulteriore contratto in essere tra Netsize e Fulltime. Nel documento contrattuale denominato *Ericsson IPX General Term and Conditions*, applicabile all'accordo sottoscritto tra Ericsson Telecomunicazioni S.p.A. (dante causa di Netsize) e Lilyball Limited (dante causa di Fulltime), a cui è stato allegato l'*IPX Country Schedule*, contenente i riferimenti alla normativa in vigore in Italia a tutela dell'utenza, per l'appunto, è sancito espressamente all'articolo 3 (rubricato *Client Obligations*) che Lilyball (e, dunque, Fulltime) è il soggetto responsabile in via esclusiva dei contenuti e delle modalità di commercializzazione del servizio, assumendosi ogni responsabilità derivante da eventuali violazioni della disciplina a tutela dell'utenza.

Dunque, accettando ipoteticamente che un'obbligazione contrattuale, come quella assunta da Netsize verso Telecom e a sua volta da Fulltime verso Netsize, possa costituire la fonte di un obbligo di condotta pubblicitario (*quod non*), dal cui mancato rispetto possa derivare l'irrogazione di sanzioni a carico del soggetto inadempiente, allora il medesimo criterio deve trovare identica e necessaria applicazione, senza alcuna discriminazione. In altri termini, tale criterio deve valere sia quando si tratti di determinare il venir meno della responsabilità di Telecom e l'assunzione della stessa (in via pattizia) da parte di Netsize, sia quando la medesima circostanza determina il venir meno della responsabilità della Società ed il sorgere di quella di Fulltime, unico titolare dei contenuti e delle modalità di commercializzazione del servizio (*tertium non datur*).

Ad avviso della Società, la contraddittorietà intrinseca del criterio in parola può essere ulteriormente evidenziata, da un'altra considerazione. Nell'ipotesi in cui due



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

diversi servizi *premium*, entrambi idonei ad alterare il comportamento degli utenti ma forniti da distinti CSP seppure attraverso il medesimo aggregatore, potrebbero, in un caso, dar luogo ad un obbligo di condotta (con conseguente applicazione della sanzione amministrativa) e nell'altro no. In altri termini, a fronte della medesima condotta, il discrimine per l'applicazione della sanzione sarebbe dato, con manifesta disparità di trattamento, dall'assunzione o meno, in ambito contrattuale, della responsabilità intersoggettiva. E' evidente, viceversa, che la sussistenza degli obblighi pubblicitici soggetti a sanzione amministrativa, in caso di violazione, non è (né può mai essere) nella disponibilità delle parti e deve essere necessariamente valutata ed applicata in maniera uniforme ed *erga omnes*.

e) Peraltro, dovendo escludersi nel nostro ordinamento l'ammissibilità di fattispecie di responsabilità oggettiva, il tentativo di fondare la responsabilità di Netsize relativamente al servizio *premium MySoftPack* sarebbe affetto, altresì, dalla violazione dell'articolo 3, legge n. 689/1981 che pone l'obbligo normativo di accertare che le condotte soggette a sanzione amministrativa siano state poste in essere con dolo o colpa. La Società, infatti, ribadisce l'insussistenza, nel caso di specie, di un obbligo giuridico (avente la propria fonte in una norma di diritto pubblico) in capo a Netsize di impedire che il CSP Fulltime violasse la normativa a tutela dell'utenza mediante la diffusione del servizio *premium MySoftPack*. Tra l'altro, nell'istruttoria in esame non c'è prova nemmeno della presunta violazione, da parte della Società, degli articoli 12 e 13 del contratto in essere con Telecom.

f) L'articolo 2, comma 1, della delibera n. 136/06/CONS, la cui violazione è stata contestata alla società Netsize, trova applicazione nei confronti dell'operatore, definito dalla medesima normativa come "*l'impresa che fornisce beni e servi di comunicazione elettronica anche ove ai fini della conclusione del contratto e nell'attività di informazione e di assistenza si avvalga di intermediari che agiscono in suo nome e per suo conto*". L'operatore, dunque, non può essere, per definizione, l'intermediario di cui il fornitore del contenuto si avvale; tale intermediario, pertanto, non può essere il diretto responsabile in caso di violazione degli obblighi di informativa, posti a tutela dell'utenza.

g) La Società, inoltre, chiarisce di non essere in grado di ricostruire con chiarezza le modalità di gestione della richiesta di attivazione del servizio *premium MySoftPack* da parte dell'allora CSP Lilyball Limited (a cui è subentrato appunto Fulltime). All'epoca, infatti, la richiesta fu ricevuta e gestita da un dipendente della Netsize che dal 12 febbraio 2013 ha cessato la propria collaborazione con la Società, la quale, pertanto, non è più in grado di accedere alle *email* e ricostruire i fatti rilevanti.

Ciò che emerge dall'istruttoria interna è che il servizio *MySoftPack* ha superato non solo il vaglio di Netsize ma anche quello di Telecom; inoltre, poiché Netsize è sempre stata dotata di processi di *compliance* (all'epoca rispettosi del CASP 2.0), non può escludersi che l'originario CSP, Lilyball Limited, abbia presentato una richiesta e



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

fornito le caratteristiche grafiche, contenutistiche e di commercializzazione conformi alla norma, ma diverse da quelle successivamente implementate ed oggetto delle segnalazioni. Netsize (e IPX prima), infatti, in qualità di aggregatore non ha mai avuto la possibilità tecnica di definire o modificare direttamente i contenuti grafici, testuali e le modalità di commercializzazione del servizio *MySoftPack*, che sono invece materialmente sotto l'esclusivo controllo del CSP, che è in grado di modificarle, *in melius* o *in peius* in qualsiasi momento.

Tantomeno, pur non potendo fornire una rappresentazione complessiva dei reclami inoltrati dai clienti finali per il servizio *MySoftPack* (poiché la maggior parte di essi è stata gestita dal *call center* del CSP o a quello del gestore dell'utenza telefonica del chiamante), non sono emerse anomalie dai dati raccolti mediante il servizio di *call center* di Netsize, che, a partire dal 1 marzo 2013, si è aggiunto a quello del CSP e dell'operatore di rete interessato, proprio per aumentare gli standard di assistenza all'utenza. Mediante detto servizio, in ogni caso, sono state gestite le richieste di informazioni, di disattivazione del servizio, eventuali lamentele e/o richieste di rimborso per il servizio *premium* in esame.

h) Solo in data 23 luglio 2013, Telecom Italia, in qualità di *Serving Provider*, ha inoltrato a Netsize la richiesta di informazioni trasmessa dall'AGCM. In pari data, dopo aver consultato la Fulltime, la Società ha immediatamente sospeso la fornitura sia del servizio *MySoftPack*, sia di tutti gli altri servizi *premium* e dei contenuti su numerazioni in decade 4 del CSP. Detta sospensione è stata completa ed è consistita nella totale disattivazione degli *account* tecnici di Fulltime sulla piattaforma della Società; la stessa ha comportato il blocco totale del recapito di tutti gli SMS/MMS dalle numerazioni in decade 4 attribuite a Fulltime mediante Netsize. Ad oggi, pertanto, nessun utente può registrarsi al servizio *MySoftPack*, né possono essere addebitati i relativi costi.

i) Alla luce di quanto riportato, la Società ha ribadito la legittimità della propria condotta in relazione alla commercializzazione del servizio *premium MySoftPack*, limitata alla fornitura dell'interfaccia tecnologica idonea trasportare il servizio dal CSP all'utente finale e a rendere possibile la fatturazione, richiedendo, pertanto, l'archiviazione del procedimento *de quo*.

2. Valutazioni dell'Autorità

Con atto n. 33/13/DIT del 13 dicembre 2013, è stata contestata alla società Netsize S.r.l. 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



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

sovrapprezzo. Più utenti (n. 137), infatti, nel periodo marzo-luglio 2013, avevano segnalato l'illegittima attivazione e l'indebita fatturazione del servizio *premium* denominato *MySoftPack*, fornito attraverso una numerazione in decade 4. In particolare, tutti i segnalanti riferivano che durante la navigazione in internet, nel tentativo di scaricare un *software* / programma gratuito (es. Emule), sono stati invitati ad inserire il proprio numero mobile per completare il *download*; ciò comportava l'inconsapevole attivazione al servizio a sovrapprezzo sopra richiamato e la necessità di inviare un SMS al n. 4882882 per la relativa disattivazione. L'assenza di trasparenza informativa ingenerava la totale inconsapevolezza dei consumatori rispetto alla sottoscrizione di un contratto in abbonamento per la fornitura di un servizio a sovrapprezzo; gli utenti, infatti, inserivano il proprio numero di cellulare all'interno del riquadro, apparso durante la navigazione, ignorando che detto passaggio non rientrava nel processo di *download* volontariamente avviato, bensì rappresentava la richiesta di attivazione al servizio in esame.

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: i) natura e ruolo dell'aggregatore nella filiera dei soggetti coinvolti nella fornitura dei VAS (OT e CSP); ii) assenza di una disposizione di legge attributiva del potere sanzionatorio all'Agcom, laddove sia stata accertata l'assenza di una cointeressenza dell'aggregatore rispetto al servizio *premium* fornito in violazione delle norme di settore; iii) l'assunzione di responsabilità in sede contrattuale di una delle parti, avendo natura privatistica ed esclusiva efficacia *inter partes*, non può costituire la fonte di un dovere di condotta nella forma della promessa del fatto del terzo, né la base giuridica per l'esercizio del potere sanzionatorio che, viceversa, resta connesso alla violazione di disposizioni di diritto pubblico; iv) ipotizzando che dall'assunzione di responsabilità da parte di Netsize, in virtù del contratto con Telecom, l'Autorità possa comminare una sanzione, la violazione imputata alla Società con l'avvio del procedimento *de quo* va esclusa nel momento in cui la stessa responsabilità (i.e., il rispetto delle norme a tutela dell'utenza) è stata assunta dalla Fulltime nell'ambito del contratto con Netsize. In ogni caso resta discriminante e non fondata la riconducibilità dell'esercizio del potere sanzionatorio pubblico alla sussistenza o meno, all'interno del contratto, di una clausola che imponga ad una delle parti di assumersi la responsabilità in caso di violazioni; v) l'inammissibilità, nel nostro ordinamento, di forme di responsabilità oggettiva per fatto altrui e la connessa violazione dell'articolo 3 della legge n. 689/81, la quale impone di



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

accertare che la condotta soggetta a sanzione amministrativa sia stata posta con dolo o colpa; vi) in base alla definizione di operatore contenuta nella delibera n. 136/06/CONS, l'articolo 2, comma 1, del medesimo regolamento deve essere applicato nei confronti del solo soggetto tenuto a rispettare gli obblighi informativi nel rapporto con l'utenza ossia, nel caso di specie, dal CSP.

Nel caso in esame, quindi, l'Autorità ha qualificato la condotta di Netsize sulla base delle informazioni acquisite all'esito degli accertamenti pre-istruttori, ravvisando un comportamento non diligente e responsabile della Società, tale da non garantire la fornitura del servizio *Mysoftpack* in maniera conforme alle prescrizioni legislative e regolamentari vigenti, inopinatamente riconducibili alla sfera di competenza dell'Autorità (i.e., "*Codice delle comunicazioni elettroniche*" e delibera n. 664/06/CONS).

Sulla base di tali premesse, sono state prese in considerazione le argomentazioni difensive proposte da Netsize S.r.l. che, per le motivazioni di seguito precisate, possono trovare accoglimento.

Invero, rispetto alle tante eccezioni prospettate dalla Società, ciò che definisce l'imputazione della responsabilità in capo alla Netsize è la corretta individuazione del ruolo che la stessa ha assunto nell'ambito della commercializzazione del servizio *MySoftPack*; ruolo che, a ben vedere, è stato adeguatamente definito e specificato solo nel corso del procedimento sanzionatorio *de quo*.

Sulla base delle informazioni acquisite, infatti, stato può ritenersi dimostrato che la società Netsize, pur essendo titolare del diritto d'uso della numerazione in decade 4 in virtù di uno specifico contratto con Telecom Italia S.p.A., non ha assunto, in relazione al caso di specie, un ruolo diretto nella vendita del servizio *premium*, fungendo, viceversa, da mera interfaccia tecnica tra il titolare della numerazione, in capo al quale ricade espressamente un obbligo di vigilanza *ex* Piano Nazionale di Numerazione, ed il proprietario del contenuto che, per *MySoftPack*, ne ha curato, in via esclusiva, le attività di diffusione (i.e., Fulltime).

La responsabilità della Società, dunque, non è da escludere perché Netsize, operando come aggregatore, non è tenuta al rispetto degli obblighi legislativi a tutela dell'utenza. Ciò che rileva, invece, è che la Società ha oggettivamente comprovato l'assenza di una cointeressenza, ossia di un proprio coinvolgimento o interesse diretto rispetto alla diffusione del VAS oggetto di contestazione. In altri termini, nella fattispecie in esame, Netsize non ha posto in essere alcuna attività in ordine alla vendita del servizio *premium*, tale da dover assicurare gli obblighi *ex* articolo 2 della delibera n. 664/06/CONS in tema di tutela dell'utenza nei contratti stipulati a distanza.

Sulla base di tale deduzione, idonea ad escludere il presupposto soggettivo ai fini dell'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di Netsize, tutte le altre eccezioni difensive prospettate dalla Società possono conseguente ritenersi assorbite.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

CONSIDERATO che, all'esito delle risultanze istruttorie, la società Netsize S.r.l., rispetto alla fattispecie esaminata, non ha assunto un ruolo diretto nella commercializzazione del servizio *MySoftPack*, confermando l'esclusione di una propria responsabilità rispetto agli obblighi di correttezza e buona fede, sanciti dalla normativa in materia di tutela degli utenti nei contratti stipulati a distanza;

RITENUTO, pertanto, che non sussistono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTI gli atti del procedimento;

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

DELIBERA

l'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 33/13/DIT, avviato nei confronti della società Netsize S.r.l. (prima, Ericsson Telecomunicazioni S.p.A., poi IPX Italia S.r.l.), con sede legale in Via Mentore Maggini, n. 50, 00143, Roma.

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. 23 aprile 2014

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Martusciello

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL VICE SEGRETARIO GENERALE
Antonio Perrucci