

DELIBERA n. 462/13/CONS

**APPROVAZIONE DELLA PROPOSTA DI IMPEGNI PRESENTATA DALLA
SOCIETA' DAVID 2 S.P.A., AI SENSI DELLA LEGGE n. 248/06, RELATIVA
AL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO n. 2/13/DIT**

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio del 25 luglio 2013;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*";

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*" (di seguito, l'Autorità);

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*", e s.m.i.;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 30 novembre 1981, n.329, e s.m.i.;

VISTO il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 15 giugno 2012, n. 138, e s.m.i.;

VISTA la delibera n. 136/06/CONS, ed il relativo allegato A, recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, e s.m.i.;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 664/06/CONS recante "*Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*", ed in particolare l'articolo 2, commi 1 e 4 dell'allegato A;

VISTO il verbale di accertamento n. 2/13 ed il relativo atto di contestazione n.2/13/DIT del 10 gennaio 2013, notificato alla parte in data 15 gennaio 2013, con il quale è stata accertata nei confronti della società David 2 S.p.A. (di seguito anche Società) 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 n.259/2003, per non aver fornito, in elusione dei generali principi di correttezza e buona fede, le informazioni necessarie e sufficienti per rendere l'utente, al momento dell'adesione, consapevoli di accettare un'offerta commerciale, di stipulare un contratto, di sottoscrivere un abbonamento e di richiedere la fornitura di un servizio di comunicazione elettronica a sovrapprezzo;

VISTE la proposta preliminare di impegni presentata dalla società David 2 in data 14 febbraio 2013 e la successiva proposta definitiva del 15 marzo 2013;

UDITA la Società nell'audizione del 4 marzo 2013;

VISTA la determina direttoriale n. 39/13/DIT, con la quale è stata disposta la pubblicazione della proposta di impegni per la consultazione pubblica;

VISTE le note del 7 e del 15 maggio 2013 con le quali, rispettivamente, le associazioni dei consumatori Assoutenti e Codacons hanno formulato le proprie osservazioni;

VISTA la nota del 21 maggio 2013, con la quale la Società ha chiarito la propria posizione in merito alle osservazioni formulate nel corso della consultazione pubblica e ha presentato la versione definitiva di impegni per l'approvazione conclusiva;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Premessa.

Con atto n. 2/13/DIT del 10 gennaio 2013, notificato alla parte in data 15 gennaio 2013, la Direzione tutela dei consumatori ha contestato nei confronti della società David 2 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 n.259/2003, per non aver fornito, in elusione dei generali principi di correttezza e buona fede, le informazioni necessarie e sufficienti per rendere gli utenti, al momento dell'adesione, consapevoli di accettare un'offerta commerciale, di stipulare un contratto, di sottoscrivere un abbonamento e di richiedere la fornitura di un servizio di comunicazione elettronica a sovrapprezzo. L'Autorità, a tal proposito, ha esaminato alcuni messaggi televisivi, diffusi dalla Società sulle principali emittenti nazionali private, attraverso i quali veniva pubblicizzata la possibilità di partecipare ad un concorso a premi, con in palio un iPhone, un iPad o 500 euro di ricarica, rispondendo ad alcuni quesiti. Gli utenti, quindi, invogliati da domande oggettivamente di facile soluzione e da premi appetibili, venivano invitati a rispondere tramite SMS, da inviare al numero 48182. Il fornitore del servizio, tuttavia, solo a margine dello schermo, in maniera poco chiara e visibile, precisava che l'invio di detto SMS avrebbe comportato l'attivazione del servizio in abbonamento in modalità *push*, denominato AYCIT, al

costo mensile di euro 24,20. La Società, infatti, nel descrivere le caratteristiche del servizio, non indicava, né dettagliava, la correlazione esistente tra la partecipazione al gioco e l'attivazione del servizio *premium* ingenerando negli utenti l'erronea convinzione di poter accedere direttamente al concorso mediante l'invio dell'SMS, senza comprendere la necessità di abbonarsi al servizio AYCIT.

Con nota del 14 febbraio 2013 (prot. n. 8513) la Società, oltre ad illustrare la propria posizione difensiva in merito alla violazione contestata, nel rispetto dei termini *ex* articolo 12-*bis* della delibera n. 136/06/CONS, ha presentato una proposta preliminare di impegni e formalizzato una richiesta di audizione, tenutasi in data 4 marzo 2013. Nel corso della stessa, l'Autorità ha chiesto all'operatore di precisare le caratteristiche delle misure proposte come impegni e di integrarle con altre idonee ad arginare il fenomeno oggetto di contestazione. In particolare, nell'ottica di una maggiore trasparenza informativa, l'Autorità ha rilevato la necessità di modificare le pagine *web* attraverso le quali David 2 formula le proposte contrattuali, per agevolare l'utente nella lettura e nella comprensione delle informazioni riguardanti l'abbonamento; di rendere ancor più visibile e riconoscibile l'espressione "Abbonamento" e/o "Servizio in abbonamento"; di chiarire che la partecipazione al concorso presuppone la conclusione di un contratto; di inserire la parola "Abbonati" in più pagine del processo di iscrizione *web*, al fine di non fuorviare il consumatore non interessato all'attivazione del servizio *premium*. La Direzione, inoltre, ha suggerito di valutare la possibile ed immediata implementazione del Codice di condotta (CASP 3.0) che, seppur in fase di revisione, già contempla alcune delle modifiche proposte dalla Direzione tutela dei consumatori.

La Società, tenendo in massima considerazione le osservazioni dell'Autorità, in data 15 marzo 2013 ha presentato la proposta definitiva; con successiva nota del 21 maggio 2013, nel considerare le osservazioni formulate dalle associazioni dei consumatori in fase di consultazione pubblica, la medesima Società ha ulteriormente integrato la proposta, conformemente all'articolo 12-*bis*, comma 6, della delibera n. 136/06/CONS.

II. Osservazioni delle associazioni Assoutenti e Codacons.

Nel corso della consultazione pubblica, relativa alla proposta di impegni *de qua*, le associazioni dei consumatori Assoutenti e Codacons hanno depositato le rispettive osservazioni, rappresentando quanto segue.

Assoutenti, *in primis*, ha dichiarato che le misure prospettate dalla Società rappresentano un importante passo avanti nella tutela degli utenti, soprattutto in relazione al processo di acquisizione del consenso nell'ambito della sottoscrizione di contratti per la fornitura di servizi a sovrapprezzo.

Ciononostante, l'Associazione ha ravvisato alcune criticità evidenziando: a) l'opportunità di integrare la scritta "Abbonati" o "Servizio in abbonamento" con la dizione "a pagamento" (o altra espressione analoga) per esplicitare, in maniera chiara, la natura onerosa del contratto. Tale precisazione, valevole anche per i messaggi audio, verrebbe ad essere compatibile con l'articolo 6 della direttiva comunitaria n. 83 del 2011 -in materia di contratti stipulati a distanza e fuori dei locali commerciali- che sarà a breve recepita nel nostro ordinamento; b) la necessità di prevedere misure che

consentano al consumatore di sapere, fin da subito, che l'invio dell'ordine di attivazione implica l'obbligo di pagare. A tal proposito, Assoutenti ha richiamato un passaggio della citata direttiva, secondo cui *“se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile le parole «ordine con obbligo di pagare» o una formulazione corrispondente inequivocabile”*; c) l'esigenza di individuare misure di tutela rafforzate e più incisive rispetto a quelle indicate nella proposta di impegni, per scongiurare l'attivazione involontaria o inconsapevole da parte dei minori, molto spesso destinatari dei messaggi di promozione dei servizi in questione. A tal fine l'Associazione ha proposto di informare sempre il titolare dell'utenza della richiesta di abbonamento assegnandogli un'apposita *password* per autorizzare l'addebito; d) l'opportunità di assicurare forme di rimborso per tutti coloro che ne facciano richiesta.

Assoutenti, in ultimo, ha sottolineato l'esigenza di sanzionare i comportamenti pregressi di David 2, a prescindere dall'eventuale accoglimento della proposta di impegni. La condotta della Società, infatti, è contraria alle prescrizioni contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche e nel Codice del consumo e ha richiesto anche un intervento cautelare da parte dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM) che ne ha inibito la prosecuzione. La violazione, peraltro, si è protratta per un arco temporale molto esteso ed è potenzialmente idonea a colpire un'ampia platea di soggetti, presumibilmente non limitata ai soli utenti che hanno presentato un reclamo. Per di più, secondo la posizione espressa da Assoutenti, le informazioni presenti sul sito <http://www.allyoucan.it> appaiono formulate, ancora oggi, in modo poco chiaro, tali da trarre facilmente in inganno il consumatore medio (ed in particolare quelli di più giovane età).

Anche Codacons ha formulato alcune osservazioni critiche. Secondo l'Associazione, infatti, le misure proposte non assicurano degli standard qualitativi minimi conformi alle prescrizioni normative, né rafforzano il livello di competizione sul mercato e di tutela del consumatore.

L'Associazione, in primo luogo, ha evidenziato che i soggetti lesi dal comportamento della Società non sono solo coloro che hanno attivato inconsapevolmente il servizio di abbonamento (nell'erronea convinzione di partecipare ad un concorso a premi), ma anche i semplici spettatori che sono stati indotti ad attivare il servizio (per poi disattivarlo) ovvero che sono stati invogliati a compiere l'attività richiesta nello *spot* (per poi desistere).

Nel merito delle misure esaminate, Codacons ha sostenuto: a) l'incongruenza dell'arco temporale (luglio-agosto 2012) di cui al punto II della proposta di impegni, avendo appurato che il messaggio è stato diffuso a partire dal mese di gennaio 2012 (cfr. verbale Gran Giurì Comitato di controllo c/ David 2 S.p.A. - Publitalia); b) l'inadeguatezza della condizione di procedibilità posta a carico dell'utente per ottenere il rimborso. La necessità di presentare una denuncia all'Autorità, infatti, riduce palesemente il numero degli aventi diritto; c) la sproporzione dell'onere della prova che viene fatta ricadere sugli utenti per ottenere il rimborso e la difficoltà oggettiva per il consumatore di offrire un concreto riscontro alla Società sulla ragionevolezza e la buona

fede del proprio reclamo. Quanto asserito, secondo Codacons, troverebbe pieno riscontro in una recente pronuncia della Corte di Cassazione la quale, nel ribadire un orientamento ormai univoco, ha affermato che gli atti del procedimento avviato da un'Autorità indipendente (nel caso in esame si trattava dell'AGCM) costituiscono prova privilegiata, nel senso che è il professionista a dover fornire prova contraria dei fatti accertati (Cass. Civ., Sez. VI, 4 marzo 2013, n. 5327); d) l'inadeguatezza della modalità di diffusione delle informazioni mediante internet di cui al punto IX della proposta, la necessità di utilizzare lo stesso mezzo adottato per la stipulazione dei contratti di abbonamento (TV) nonché la necessità di pubblicare la notizia su almeno due quotidiani a diffusione nazionale.

Alla luce di tali considerazioni, l'associazione Codacons ha proposto il rigetto della proposta di impegni.

III. Osservazioni della società David 2 S.p.A.

Preliminarmente, la Società ha chiarito che gli impegni sono presentati da David 2 S.p.A. anche per conto di D2 S.p.A.; entrambe le Società, infatti, sono congiuntamente indicate con la denominazione David 2 e, dal 1 gennaio 2013, è stato conferito alla società D2 (controllata da David 2 S.p.A.) il ramo di azienda dedicato alle attività di fornitura dei servizi telefonici a valore aggiunto.

Per quanto concerne i presupposti di ammissibilità della proposta, la Società, conformemente all'articolo 12-bis, comma 1, della delibera n. 136/06/CONS, ha dato atto della cessazione della condotta contestata, avendo interrotto la diffusione degli *spot*, oggetto del procedimento, dal 23 agosto 2012.

Inoltre, la Società ha evidenziato che gli impegni non possono ritenersi generici, carenti di serietà o presentati per finalità dilatorie. Al contrario, le misure prospettate sono concrete e innovative per il settore dei servizi di telefonia mobile a valore aggiunto (VAS): da un lato, intervengono direttamente sulle condotte oggetto del procedimento e sui relativi effetti; dall'altro, aggiungono ulteriori benefici e tutele per i consumatori.

Gli impegni soddisfano, altresì, l'esigenza di *"migliorare le condizioni della concorrenza nel settore"*, secondo le prescrizioni *ex* articoli 12-bis e 12-ter, comma 1, della delibera n. 136/06/CONS. A tal proposito, attribuendo centralità alla tutela del consumatore, il miglioramento delle condizioni di concorrenza nel settore non può che intendersi come introduzione di misure che, da un lato, impediscano una concorrenza sleale attraverso condotte scorrette o ingannevoli (finalizzate, ad esempio, ad acquisire nuovi clienti attraverso promozioni carenti sotto il profilo informativo) e, dall'altro, introducano nel mercato misure specifiche ed innovative che possano rappresentare un nuovo standard di tutela del consumatore, elemento fondamentale nella competizione tra imprese. In sostanza, le misure proposte sono idonee a rafforzare il livello di competizione sul mercato orientato ad una tutela degli utenti, anche inteso come fattore primario di confronto tra aziende che operano in concorrenza.

Per completezza, la Società ha evidenziato che, nella quotidiana attività, David 2 già assicura il rispetto dei minuziosi obblighi stabiliti dal Codice di condotta - per l'offerta dei servizi *premium* SMS/MMS (CASP 2.0)- attualmente vigente, ribadendo l'impegno di attuare in anticipo il contenuto del CASP versione 3.0 (in fase di approvazione).

All'esito della consultazione pubblica, la società David 2 S.p.A. ha ulteriormente ribadito la propria posizione e ha presentato la versione definitiva degli impegni da sottoporre all'approvazione finale.

Rispetto alle osservazioni di Assoutenti, David 2 ha preliminarmente chiarito che gli *spot* oggetto del procedimento n. 2/13/DIT sono stati interrotti prima dell'intervento cautelare dell'Autorità Antitrust, per un'autonoma scelta commerciale della Società. La diffusione è cessata il 23 agosto 2013, mentre l'avvio del procedimento da parte dell'AGCM è stato notificato solo il 7 settembre 2012.

Nel merito delle altre valutazioni dell'Associazione, David 2 ha sottolineato che: *a)* la parola "abbonati", "abbonamento" o similare già contempla l'idea di onerosità e, quindi, la previsione di un corrispettivo; *b)* il servizio "*allyoucan*" -e ancor di più le promozioni TV oggetto del procedimento *de quo*- non è diretto ai minori ma a fasce di età più mature. Le ore di programmazione e i *testimonial* scelti per gli *spot*, infatti, sono stati identificati secondo tale prospettiva, né David 2 ha ricevuto contestazioni in merito a presunti danni subiti da minori a causa dei propri comportamenti commerciali. La Società, in ogni caso, nel ricordare che la tutela dei minori nel settore dei servizi *premium* è già assicurata da una serie di efficaci strumenti, ha proposto di inserire una nuova misura (impegno X), ovvero "*David 2 si impegna a pubblicare sul sito www.allyoucan.it una pagina dedicata alla tutela dei minorenni nella fornitura dei servizi a valore aggiunto indicando, tra l'altro, gli strumenti che possono essere utilizzati per questo scopo (a titolo di esempio, la possibilità di richiedere al proprio operatore telefonico il blocco dell'erogazione dei servizi). Nelle eventuali promozioni che David 2 dovesse indirizzare ad una clientela giovane, verrà aggiunta in maniera chiara e non ambigua la frase "chiedi l'autorizzazione ad un adulto prima di attivare il servizio" (o simile)*"; *c)* l'affermazione di Assoutenti secondo cui tutti coloro che si sono abbonati al servizio hanno diritto al rimborso è da ritenersi illogica e sproporzionata, nonché foriera di possibili comportamenti opportunistici. David 2, tuttavia, ha previsto sia una forma di rimborso *pro futuro*, qualora sussista una delle circostanze indicate all'impegno V, sia una forma di rimborso relativa agli *spot* oggetto del procedimento (impegno II). Il rimborso è immediato, poiché avviene entro pochi giorni dalla richiesta, ma l'accoglimento del reclamo non può prescindere dalla previsione di alcune condizioni, onde evitare strumentalizzazioni o istanze opportunistiche; *d)* ai sensi dell'articolo 12-bis del Regolamento di procedura, l'accettazione degli impegni da parte dell'Autorità esclude l'accertamento della liceità o meno della condotta e, quindi, non contempla in alcun modo l'irrogazione di una sanzione. Resta fermo che, nel caso di specie, non ne sussisterebbero comunque i presupposti poiché la società David 2 non ha assunto alcuna condotta illecita o scorretta. Rispetto alle osservazioni formulate da Codacons, la Società ha, innanzitutto, contestato l'affermazione che mette in discussione la durata della condotta. Le promozioni televisive trasmesse da gennaio 2012, richiamate dall'Associazione, non rientrano nell'accertamento dell'Autorità e, dunque, non formano oggetto del procedimento sanzionatorio. Una diversa interpretazione, volta a retrodatare di 7-8 mesi le verifiche dell'Autorità, comporterebbe un'azione amministrativa sproporzionata e non correlata

al (presunto) illecito evidenziato nell'atto di contestazione n. 2/13/DIT. Per quanto concerne, nello specifico, il richiamo al procedimento del Giurì dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP), la Società ha chiarito che il procedimento instaurato innanzi allo IAP ha ad oggetto questioni diverse rispetto a quelle rientranti nella competenza dell'Autorità in materia di tutela del consumatore. David 2, pertanto, non ritiene di poter condividere la posizione del Codacons secondo cui l'Autorità, nel pieno esercizio dei propri poteri e della propria discrezionalità, è tenuta ad adeguarsi a quanto emerso dinanzi ad un diverso organismo di autodisciplina, al quale, peraltro, non sono attribuite funzioni di natura pubblicistica.

La Società, tuttavia, al fine di confermare la propria politica pro-consumatore, ha proposto di estendere l'impegno II anche agli utenti che hanno attivato il servizio nel periodo compreso tra gennaio ed agosto 2012.

In relazione alle altre considerazioni formulate dalla suddetta Associazione, David 2 ha chiarito che il rimborso sarà concesso non solo ai soggetti che hanno inoltrato una segnalazione all'Autorità, ma anche a coloro che hanno presentato una richiesta a David 2 attraverso qualsiasi modalità e prima dell'eventuale accoglimento degli impegni. La Società, dunque, ha esteso la possibilità di ottenere il rimborso a tutti i soggetti che abbiano già manifestato a David 2 la propria volontà di ottenere la restituzione delle somme corrisposte per il servizio a sovrapprezzo. La previa segnalazione all'Autorità o la previa richiesta a David 2, in ogni caso, sono necessarie onde evitare strumentalizzazioni da parte di soggetti in mala fede, che potrebbero richiedere indebitamente il rimborso nonostante la piena consapevolezza dei contenuti fruibili attraverso il servizio. Tali misure, ad ogni buon conto, afferiscono ai servizi erogati mediante gli *spot* esaminati nel corso del procedimento *de quo*; ad esse, poi, sono state affiancate delle ulteriori soluzioni di rimborso, valevoli *pro futuro* e descritte al punto V della proposta. Per queste ultime, in particolare, la Società ha chiarito che ai fini del rimborso l'utente non è tenuto a fornire una piena prova quanto una meno rigorosa *"dimostrazione ragionevole e in buona fede"*.

Peraltro, secondo David 2, il richiamo alla sentenza della Cassazione n. 5327/2013 è assolutamente inconferente: tale pronuncia, infatti, ha ad oggetto una situazione totalmente differente da quella esaminata con l'atto n. 2/13/DIT (si tratta, nello specifico, di procedimento per risarcimento del danno antitrust, nel corso del quale l'AGCM aveva pienamente accertato una violazione concorrenziale). L'auspicata accettazione della proposta di impegni da parte dell'Autorità prescinde da qualsiasi accertamento sulla liceità o meno della condotta di David 2 e, comunque, il concetto di *"prova privilegiata"* richiamato dalla Corte di Cassazione afferisce all'accertamento di una violazione (cosa che, peraltro, non è contemplata nella verifica degli impegni) e ai fatti che ne stanno alla base, ma non già all'automatico diritto di qualsiasi soggetto ad ottenere un ristoro per l'eventuale danno derivante dal comportamento contestato. Nella sentenza citata dal Codacons, infatti, si legge espressamente che la dimostrazione del nesso causale tra condotta della società ed il presunto danno subito *"non può essere tratta da considerazioni di carattere generale [...], ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici all'impresa interessata"*.

La Società, dunque, nel proporre delle soluzioni di rimborso per i consumatori, non ha posto l'onere della prova in capo agli utenti per dimostrare il nesso causale tra la violazione commessa ed il danno subito; viceversa ha solo richiesto la sussistenza *“ragionevole e in buona fede”* di almeno una delle circostanze elencate al punto V della proposta; condizioni che, per l'appunto, possono giustificare l'accoglimento del reclamo.

Fermo restando quanto sopra illustrato, David 2 ha proposto la modifica dell'impegno V precisando che il rimborso può essere disposto anche *“in considerazione delle specifiche circostanze del caso e senza dover fornire una piena prova”*; inoltre, ha integrato la citata misura con l'impegno di inviare, entro i due termini di 3 e 6 mesi dall'accettazione della proposta, un'informativa all'Autorità che indichi, nello specifico, l'andamento dei reclami pervenuti e dei rimborsi effettuati.

Di seguito vengono puntualmente illustrate le singole misure proposte dalla Società negli impegni definitivi, integrati e modificati all'esito della consultazione pubblica.

Impegno I.

La Società si impegna a non trasmettere in futuro gli *spot* televisivi oggetto del procedimento.

Impegno II: Gestione segnalazioni oggetto del procedimento.

La Società si impegna a rimborsare le somme complessivamente addebitate per la fruizione dei servizi pubblicizzati attraverso gli *spot* televisivi oggetto del procedimento. Tale rimborso potrà essere erogato nei confronti degli utenti che si siano attivati al servizio nel periodo gennaio-agosto 2012.

Impegno III: Istituzione Comitato di Controllo.

La Società si impegna ad istituire ed organizzare un Comitato di Controllo che sia deputato a svolgere le seguenti funzioni:

- (i) verificare preventivamente, sulla base di una specifica procedura, che le promozioni di David 2 siano conformi alla normativa in materia di tutela del consumatore;
- (ii) accertare, anche sulla base delle comunicazioni e/o segnalazioni ricevute da singoli consumatori o dalle rappresentanze di questi, possibili criticità derivanti dalla diffusione di una o più promozioni;
- (iii) definire una procedura finalizzata alla raccolta ed al trattamento delle segnalazioni.

Il Comitato di Controllo, inoltre, intratterrà relazioni con associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale. A tale scopo, il Comitato godrà di ampia autonomia nell'esercizio delle sue funzioni, sarà composto da almeno 3 membri di comprovata esperienza e professionalità e da almeno un soggetto esterno in rappresentanza di una Associazione di consumatori a livello nazionale.

Impegno IV: Applicazione anticipata del CASP 3.0

La Società si impegna ad applicare il CASP 3.0 prima della sua approvazione formale. A tal fine, verrà presa in considerazione la versione del CASP 3.0 sottoposta in data 18 febbraio 2013 all'Autorità (unitamente alle osservazioni da essa fornite con lettera del 19 febbraio 2013), o l'eventuale ulteriore versione del CASP 3.0 che potrà essere

sottoposta all'Autorità in un momento successivo. In particolare saranno presi in considerazione i vincoli relativi alla promozione dei servizi a valore aggiunto attraverso mezzi tradizionali (es. TV), mezzi innovativi (*web*, *web mobile*, *wap*, *tablet* e *web TV*) ed i vincoli relativi alla promozione dei servizi associata a manifestazioni a premi (punti 4.2, 4.3 e 4.4).

Impegno V: Gestione dei rimborsi.

La Società si impegna a rimborsare integralmente le somme relative all'avvenuta fruizione di servizi a valore aggiunto, qualora l'utente dimostri ragionevolmente e in buona fede, nonché in considerazione delle specifiche circostanze del caso e senza dover fornire una piena prova, la sussistenza di anche solo una delle seguenti circostanze: vizi invalidanti del rapporto contrattuale; utilizzo del proprio apparecchio telefonico da parte di terzo non autorizzato; non conformità dei servizi offerti al contenuto delle promozioni (realizzate attraverso qualsiasi mezzo); impossibilità oggettiva di fruizione del servizio a valore aggiunto. Il suddetto rimborso avverrà, tramite bonifico bancario, entro 7 giorni lavorativi dall'avvenuto accertamento della comprovata sussistenza di uno dei presupposti sopra indicati e sempre che l'utente abbia comunicato a David 2 le informazioni essenziali per procedere al rimborso.

Entro 3 e 6 mesi dall'accettazione degli impegni, David 2 invierà una specifica informativa all'Autorità che indichi, in particolare, l'andamento delle richieste di rimborso pervenute e dei rimborsi effettuati.

Impegno VI: Interruzione degli addebiti.

La Società si impegna ad interrompere gli addebiti nei confronti del cliente, immediatamente dopo la richiesta di disattivazione, nonché a rimborsare all'utente le somme eventualmente addebitate dopo la richiesta di disattivazione a causa di problemi tecnici o di cause non dipendenti dalla volontà del fornitore.

Impegno VII: Gestione delle segnalazioni.

La Società si impegna a definire una procedura per la gestione e risoluzione di eventuali segnalazioni o contestazioni presentate da consumatori in relazione ai servizi *premium*, anche tramite la partecipazione del Comitato di Controllo.

Impegno VIII: Trasparenza informativa e verifica stato di attivazione.

La Società si impegna a creare, sul sito www.allyoucan.it, una pagina *ad hoc* che riporti le informazioni relative al contenuto ed alla tipologia dei servizi a valore aggiunto, al funzionamento ed alle modalità di erogazione e disattivazione dei servizi *premium* ed alle garanzie e tutele riconosciute da David 2 ai consumatori, anche alla luce del contenuto degli impegni. Sul sito www.allyoucan.it verrà inoltre inserito uno spazio di verifica automatica nel quale l'utente potrà verificare il suo stato di attivazione (o meno) del servizio.

Impegno IX: Campagna informativa.

La Società si impegna ad avviare una campagna informativa su internet, mediante l'acquisto di *keywords* dal motore di ricerca Google affinché, per tutto il periodo di

durata degli impegni, eventuali ricerche *on line* effettuate dagli utenti in relazione al servizio *premium* ottengano come risultato il sito di riferimento (www.allyoucan.it).

Impegno X: Tutela dei minori.

La Società si impegna a pubblicare sul sito www.allyoucan.it di una pagina dedicata alla tutela dei minorenni nella fornitura dei servizi *premium* indicando, tra l'altro, gli strumenti che possono essere utilizzati per questo scopo (a titolo di esempio, la possibilità di richiedere al proprio operatore telefonico il blocco dell'erogazione dei servizi a valore aggiunto). Nelle eventuali promozioni che David 2 dovesse indirizzare ad una clientela giovane, verrà aggiunta in maniera chiara e non ambigua la frase "*chiedi l'autorizzazione ad un adulto prima di attivare il servizio*" (o simile)".

Tempi di implementazione e durata.

Gli impegni presentati dalla Società saranno vincolanti per David 2 fino a due anni dalla pubblicazione della delibera di approvazione della proposta in esame, salvo che cause di forza maggiore ne rendano impossibile o sproporzionatamente onerosa l'attuazione.

IV. Valutazioni conclusive dell'Autorità.

Alla luce delle osservazioni pervenute nel corso della consultazione pubblica, è opportuno formulare alcune considerazioni preliminari in relazione all'istituto degli impegni.

Attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio l'Autorità garantisce la punibilità delle condotte poste in essere dalle imprese in violazione delle disposizioni normative e/o regolamentari in materia di comunicazioni elettroniche (nel caso di specie è stata accertata la violazione di norme poste a tutela del consumatore/utente, parte contrattualmente debole rispetto al professionista che fornisce il servizio). Sulla base di tale affermazione deve essere valutata la possibilità, riconosciuta alle imprese medesime, di presentare una proposta di impegni nell'ambito di un procedimento sanzionatorio. Tale opportunità, in particolare, non è finalizzata ad evitare l'applicazione della sanzione pecuniaria, ma ne sfrutta la valenza afflittiva per indurre l'impresa a migliorare, di propria iniziativa, la qualità dei servizi offerti e la tutela degli utenti, l'organizzazione e la gestione delle divisioni interne, i rapporti con gli altri concorrenti, nonché a potenziare le garanzie già previste dal legislatore e dal regolatore nell'esercizio delle rispettive competenze. In caso di accoglimento della proposta, quindi, il procedimento sanzionatorio è sospeso *ex lege*; tale sospensione, tuttavia, non discende da una valutazione della condotta della Società, quanto da una disamina degli impegni che siano risultati seri e pro-concorrenziali. Pertanto, solo a seguito dell'effettiva implementazione delle misure approvate e rese obbligatorie l'Autorità potrà giustificare l'archiviazione del procedimento n. 2/13/DIT; in caso contrario, invece, si procederà alla prosecuzione dello stesso e all'avvio di un nuovo procedimento per la violazione dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003.

Nel merito della disamina, la proposta di impegni presentata dalla società David 2 S.p.A. è stata valutata tenendo conto delle "lacune" di tutela e di trasparenza riscontrate in sede di avvio del procedimento sanzionatorio, con particolare attenzione alle modalità di promozione del servizio e di gestione degli utenti. Nella valutazione, altresì, è stato

ritenuto opportuno considerare le previsioni contemplate nel Codice di condotta per i servizi a sovrapprezzo (c.d. CASP) nell'ottica di anticiparne l'implementazione poichè, in relazione alla specifica categoria dei servizi *premium*, meglio soddisfa le esigenze del consumatore tutelate dall'Autorità.

L'Autorità, in via preliminare, ha preso in considerazione la condotta posta in essere dalla Società al fine di accertarne la cessazione. In proposito giova rammentare che, nell'avviare il procedimento sanzionatorio *de quo*, l'Autorità ha appurato che la società David 2 S.p.A., nel fornire servizi in decade 4, non ha assicurato, sia in fase pre-contrattuale che al momento dell'acquisizione del consenso, tutte le garanzie prescritte dalla regolamentazione di settore in tema di tutela dell'utenza. La Società, in particolare, oltre ad aver indicato il costo del servizio in maniera poco visibile e/o riconoscibile, non ha fornito, in violazione dei generali principi di correttezza e buona fede, tutte quelle informazioni necessarie per rendere l'utente, al momento dell'adesione, consapevole di accettare un'offerta commerciale.

In relazione a quanto verificato, David 2 ha dato atto della cessazione della condotta contestata, evidenziando che dal 23 agosto 2012 è stata interrotta la diffusione degli *spot* oggetto del procedimento; all'esito della consultazione pubblica, poi, ha ulteriormente chiarito che la cessazione della condotta è stata disposta ancor prima dell'intervento cautelare dell'AGCM. Con la proposta di impegni, in ogni caso, la società David 2 ha formalmente assunto l'obbligo a non trasmettere in futuro i medesimi messaggi televisivi (impegno I) nonché, prendendo in considerazione le osservazioni formulate dall'associazione Codacons, si è resa disponibile ad estendere, con efficacia retroattiva, la misura di cui al punto II della proposta, applicando la tutela del rimborso anche agli utenti interessati dalle precedenti campagne pubblicitarie (da gennaio ad agosto 2012).

Appurata, dunque, la cessazione della condotta contestata, quale presupposto necessario *ex* articolo 12-*bis*, comma 1, del Regolamento, le misure prospettate sono state valutate rispetto alla loro idoneità a rimuovere le conseguenze anticompetitive dell'illecito, evidenziate con l'atto di contestazione n. 2/13/DIT.

A tal proposito vanno considerate, con particolare attenzione, le seguenti misure.

Attraverso l'istituzione e l'organizzazione di un Comitato di controllo, la Società ha inteso assicurare che le future promozioni e/o messaggi pubblicitari siano conformi alla normativa in materia di tutela del consumatore; per tale ragione, il Comitato sarà tenuto a rilevare eventuali criticità, anche sulla base delle segnalazioni degli utenti e di quelle pervenute dagli operatori telefonici (*Access Provider*). Tale soggetto, istituito presso la Società ma munito di funzioni autonome rispetto a quelle esercitate dalle divisioni interne all'azienda, avrà una composizione mista, ovvero uno dei tre membri sarà scelto in rappresentanza delle Associazioni dei consumatori operanti a livello nazionale.

Questa previsione non può che trovare pieno e favorevole accoglimento: *in primis*, la Società, anche attraverso una limitazione della propria "discrezionalità" nell'operare scelte commerciali per la promozione di servizi a sovrapprezzo, ha la possibilità di assicurare, fin dall'inizio, la diffusione dei messaggi corretti e trasparenti o, quantomeno, idonei a ridurre drasticamente il fenomeno evidenziato in sede di avvio del

procedimento sanzionatorio (fornitura di servizi a valore aggiunto -loghi, suonerie, ecc.- con modalità “ingannevoli”).

In secondo luogo, la partecipazione di un rappresentante delle Associazioni alle attività del Comitato può implicare la creazione di un sistema virtuoso che faciliti la diretta comunicazione e cooperazione tra quei soggetti che, normalmente, sono portatori di interessi contrapposti: per l'appunto, professionista e consumatore. Questa collaborazione, quindi, potrebbe favorire l'eliminazione del fenomeno patologico, sia in fase contrattuale, quando l'utente reclama nei confronti della Società l'indebita attivazione di un servizio, sia successivamente, ossia quando il consumatore (o l'Associazione che lo rappresenta) segnala alle competenti Autorità la scarsa trasparenza informativa, l'ingannevolezza del messaggio e l'esborso economico per una prestazione non volontariamente o consapevolmente richiesta.

Positive considerazioni possono essere riservate anche alla scelta di anticipare l'implementazione del Codice di autoregolamentazione nella versione 3.0 che racchiude regole di condotta definite dagli operatori e dai *Content Service Provider* -d'intesa con l'Autorità- e relative alla sola fornitura dei servizi *premium*.

Con la proposta in esame, dunque, David 2 si è impegnata ad elaborare i messaggi promozionali in conformità alle prescrizioni del Codice che, per l'appunto, indica in maniera puntuale e per ciascuna delle modalità di attivazione (strumenti tradizionali, innovativi o tramite concorsi a premi) gli standard di trasparenza da assicurare nell'offerta del servizio. L'attenzione, in modo particolare, ricadrebbe: i) sulla necessità di mettere in evidenza la stretta correlazione tra l'abbonamento al servizio e la partecipazione al concorso; ii) sulla valorizzazione della scritta “Abbonati” nelle promozioni via internet; iii) sull'inserimento di una “*Thank you page*” che contenga le principali informazioni contrattuali. Il servizio dovrà essere chiaramente identificabile e riconoscibile ed, in ogni caso, il messaggio promozionale non dovrà indurre in errore il consumatore in relazione alla natura ed alle condizioni del servizio stesso.

La scelta di anticipare l'implementazione delle misure contenute nel CASP può ritenersi positiva per differenti motivazioni. *In primis*, il Codice di condotta, la cui stesura è prevista dal Piano Nazionale di Numerazione, si basa sulla necessità di tutelare gli utenti nella fruizione dei servizi *premium*, adeguando dette esigenze con le nuove tecnologie introdotte nel mercato (per evitare, ad esempio, che il processo di attivazione si concluda, inconsapevolmente per l'utente, cliccando meramente un *link* o per evitare che la promozione di tali servizi avvenga mediante l'utilizzo di messaggi pubblicitari non trasparenti o fuorvianti). Le disposizioni del CASP, quindi, certamente assicurano elevati standard di tutela, che rispondono alle esigenze evidenziate dall'Autorità in fase di avvio del procedimento sanzionatorio in relazione ai servizi *premium*. La società David 2, inoltre, ha garantito l'ulteriore implementazione del CASP nella versione conclusiva, per assicurare, anche in futuro, la piena rispondenza tra la propria condotta e le misure definitive.

In conclusione, le prescrizioni del CASP, da un lato, costituirebbero un valido parametro per definire il livello di trasparenza da assicurare nella fornitura dei servizi in decade 4; dall'altro, la procedura di impegni ne attribuirebbe una forza “vincolante”.

Nella disamina delle misure di impegni va tenuto conto, altresì, che la società David 2 ha proposto la creazione, sul sito web “*allyoucan.it*”, di una pagina informativa *ad hoc* e l’acquisto di una *keyword* su Google per facilitare eventuali ricerche *online* da parte degli utenti. Si tratta, con tutta evidenza, di ulteriori accorgimenti che, di fatto, possono contribuire a realizzare una chiara e completa informativa per i consumatori.

Le misure prospettate da David 2 per migliorare la trasparenza informativa sono state ulteriormente arricchite rispetto alla versione originaria; la Società, infatti, ha inserito nella proposta il punto X, esclusivamente dedicato alla tutela dei minori ed, in particolare, alle ipotesi in cui le campagne pubblicitarie saranno indirizzate a tale fascia di clientela.

Per quanto concerne le modalità di disattivazione dei servizi e di gestione dei reclami, la Società ha proposto l’implementazione di un sistema di rimborso da effettuarsi in tempi molto brevi, ovvero entro 7 giorni dalla richiesta tramite bonifico bancario. Tale riconoscimento, tuttavia, resta connesso alla sussistenza di alcune condizioni: vizi invalidanti del contratto; attivazione del servizio da parte di terzo non autorizzato; impossibilità di fruizione del servizio; problemi tecnici. Nel merito, comunque, la Società non ha precisato quali saranno le modalità di disattivazione dei servizi, pur avendo assunto l’impegno di disporre la cessazione immediata del servizio e la restituzione degli importi eventualmente addebitati.

La Società, inoltre, prendendo in massima considerazione le osservazioni formulate dalle associazioni dei consumatori, si è resa disponibile ad estendere retroattivamente la tutela del rimborso di cui all’impegno II, in modo da includere anche gli utenti interessati dalle pregresse campagne pubblicitarie (a partire da gennaio 2012), seppur non valutate in fase di avvio del procedimento *de quo*. David 2, infatti, ha riformulato i presupposti di cui al punto V degli impegni, tentando di non aggravare la posizione dei consumatori nel disconoscere il servizio. L’utente, infatti, ai fini del rimborso, non sarà tenuto a fornire alcuna prova “piena”, ben potendo la Società considerare le sole circostanze del caso che, plausibilmente, possono giustificare l’accoglimento del reclamo. In ogni caso, non appare proporzionato mettere in discussione l’ammissibilità degli impegni per il solo fatto che la Società ha proposto di implementare un sistema di rimborso che non operi automaticamente, a prescindere dalla fondatezza o meno della richiesta: se da un lato è evidente la facilità con cui l’utente può ritrovarsi inconsapevolmente abbonato ad un servizio *premium*, dall’altro non può affermarsi, a priori, che tutti gli utenti che sono abbonati e/o usufruiscono dei servizi a valore aggiunto non siano stati consapevoli al momento dell’attivazione.

In ultimo, giova richiamare l’ulteriore proposta di David 2 di inviare all’Autorità, nei tre e sei mesi successivi all’approvazione degli impegni, una specifica informativa che indichi, nel dettaglio, l’andamento delle richieste di rimborso pervenute e dei rimborsi effettuati. Questa attività, infatti, oltre a far emergere un interesse della Società ad instaurare un dialogo con l’Autorità, potrebbe facilitare l’Agcom nelle verifiche che dovrà compiere per accertarne, nell’interesse degli utenti e del mercato, l’effettiva implementazione degli impegni.

RITENUTO, in conclusione, che gli impegni definitivi presentati dalla società David 2 S.p.A. possono essere positivamente valutati poiché idonei ad impattare sulle dinamiche nel mercato di riferimento, rispetto ad un miglioramento generale della condotta aziendale per favorire la tutela dell'utenza e la concorrenza tra le imprese, nonché ad eliminare e/o ridimensionare notevolmente il fenomeno contestato;

RITENUTO, pertanto, di ordinare l'esecuzione e di disporre l'obbligatorietà dei suddetti impegni per la società David 2 S.p.A., ai sensi dell'articolo 12-ter, comma 1, della delibera n. 136/06/CONS, in ragione dell'accertata meritevolezza rispetto ai fini previsti dalla vigente normativa, con conseguente effetto sospensivo del procedimento sanzionatorio n. 2/13/DIT fino alla verifica dell'effettivo adempimento degli impegni stessi;

VISTI gli atti del procedimento;

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

DELIBERA

1. Gli impegni definitivi presentati in data 15 marzo 2013 dalla società David 2 S.p.A., ai sensi dell'articolo 14-bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, come modificati ed integrati nella versione del 21 maggio 2013 ai sensi dell'articolo 12-bis, comma 6, della delibera n. 136/06/CONS, sono approvati e resi obbligatori per la Società nei termini descritti nella proposta, allegata al presente provvedimento, di cui costituisce parte integrante e sostanziale.
2. L'Autorità esaminerà con cadenza periodica l'attuazione degli impegni.
3. Il procedimento sanzionatorio di cui all'atto di contestazione n. 2/13/DIT resta sospeso fino alla verifica dell'effettivo adempimento degli impegni.
4. La società David 2 S.p.A. dà esecuzione a quanto previsto dagli impegni, nel rispetto dei termini indicati nel testo allegato al presente provvedimento. I predetti termini decorrono dalla data di notifica del presente provvedimento alla Società.
5. Ai sensi dell'articolo 12-ter della delibera n. 136/06/CONS, l'accertamento della mancata attuazione degli impegni comporta, previa diffida, la revoca del provvedimento di approvazione degli impegni stessi, la sanzione ai sensi dell'articolo 98 del decreto legislativo n. 259/2003 per l'inottemperanza all'ordine di esecuzione di cui al punto 4, e la ripresa del procedimento sanzionatorio per le violazioni precedentemente contestate.

6. La presente delibera è notificata alla società David 2 S.p.A. e pubblicata nel sito *web* dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 25 luglio 2013

IL PRESIDENTE

Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE

Francesco Posteraro

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Francesco Sclafani