

## PS6948 - DAVID2-SERVIZIO IN ABBONAMENTO

Provvedimento n. 23675

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 19 giugno 2012;

SENTITO il Relatore Presidente Giovanni Pitruzzella;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 15 novembre 2007;

VISTO il proprio provvedimento dell'11 gennaio 2012, con il quale è stata deliberata la non adozione della misura cautelare, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'articolo 9, comma 1, del Regolamento;

VISTO il proprio provvedimento del 22 febbraio 2012, con il quale, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

### I. LE PARTI

1. La società David2 S.p.A. (di seguito anche "D2") fornisce servizi interattivi per la telefonia mobile. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010, presenta ricavi per 15.145.043 euro.

2. La società Vodafone Omnitel N.V. (di seguito anche "Vodafone") è attiva nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 marzo 2011, presenta ricavi per 8.196.452.701 euro.

3. La società Telecom Italia S.p.A. (di seguito anche "Telecom") è attiva nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010, presenta ricavi per 28.373. milioni euro.

4. La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. (di seguito anche "Wind") è attiva nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010, presenta ricavi per 251.797.000 euro.

5. La società H3G S.p.A. (di seguito anche "Tre") è attiva nel settore delle telecomunicazioni mobili. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2011, presenta ricavi per 2.088.817.000 euro.

6. La società PosteMobile S.p.A. (di seguito anche "PosteMobile") è attiva nel settore delle telecomunicazioni mobili. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010, presenta ricavi per 171.885.638 euro.

### II. LA PRATICA COMMERCIALE

7. Secondo informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo e le segnalazioni di alcuni consumatori<sup>1</sup> pervenute nel periodo maggio 2011 - aprile 2012, la società David2 avrebbe diffuso, tramite *banner* presenti in alcuni siti internet, una serie di messaggi pubblicitari in collaborazione con Vodafone, Telecom, Wind, H3G e PosteMobile, finalizzati apparentemente a promuovere un concorso a premi, al quale, in realtà, i consumatori potevano partecipare solo a seguito di abbonamento a un servizio *premium* denominato "*allyoucan*".

#### i) Banner 1)

8. Si fa riferimento, in particolare, a un messaggio, rilevato in data 9 novembre 2011 nel sito *web premieconcorsi.com*, che è stato diffuso tramite un *banner* che recita: "*Prova subito a vincere ... in palio 5 ricariche da 100€*". Nel *banner*, in alto a sinistra con caratteri quasi illeggibili, è riportata l'indicazione "*Servizio in abbonamento 5€/sett*"; a destra, invece, accanto a tre icone raffiguranti monete d'oro, vi è il link "*Gratta*", selezionando il quale appare la frase "*Complimenti complimenti complimenti ... 5 ricariche da 100€*" e "*Scegli il tuo operatore*". A fianco di tale indicazione, con notevole evidenza grafica, compaiono i loghi di "Tim", "Vodafone", "Wind" e "3". Una volta effettuata la scelta dell'operatore telefonico, appare il link "*Inserisci il numero del tuo telefonino*".

#### ii) Banner 2)

9. Un altro messaggio promozionale, rilevato in data 10 novembre 2011 nei siti *web vincereonline.it*, *tariffe-cellulari.it* e *faresoldierisparmiare.it* e, in data 14 novembre 2011, nel sito *premieconcorsi.com*, è stato diffuso tramite un *banner*

---

<sup>1</sup> [Circa trenta segnalazioni acquisite agli atti del procedimento.]

che recita: "500€ il Milionario ... Tenta subito la fortuna ... 5 ricariche da 100€". In alto, con caratteri estremamente ridotti e quasi illeggibili, è riportata una dicitura che recita: "Servizio in abbonamento 5€/settim". In basso, invece, è riprodotto un biglietto "Gratta e Vinci" selezionando il quale appare il messaggio "9 56 numeri fortunati ... Complimenti ... 200€ + 300€ = 5x100€ di ricarica ... Scegli il tuo operatore ... TIM ... Vodafone ... Wind ... 3". Accanto a tale indicazione appaiono, con notevole evidenza grafica, i loghi di "Tim", "Vodafone", "Wind" e "3".

### iii) Banner 3)

10. Un ulteriore messaggio promozionale, rilevato in data 10 novembre 2011 nel sito *premieconcorsi.com*, è stato diffuso tramite un *banner* che recita: "Prova a vincere 5 ricariche da 100€ ... Scegli 3 numeri che sono nel numero del tuo telefonino ... 0123456789". In alto a sinistra con caratteri estremamente ridotti e quasi illeggibili è riportata una dicitura che recita: "Servizio in abbonamento 5€/settim". Selezionando i suddetti numeri appare la dicitura: "Evviva! ... 5 ricariche da 100€ ... Scegli il tuo operatore ... TIM ... Vodafone ... Wind ... 3". Accanto a tale indicazione compaiono, con notevole evidenza grafica, i loghi di "Tim", "Vodafone", "Wind" e "3".

11. In tutti e tre i casi si evidenzia che, effettuata la scelta dell'operatore, appare, accanto al logo del gestore, la seguente scritta: "Inserisci il numero del tuo telefonino", con cui si accede alla pagina *web* <http://web.woopclub.it>, attraverso la quale è possibile abbonarsi al servizio *premium* "allyoucan" offerto da David2.

12. In relazione ai suddetti messaggi, in sede di avvio del procedimento è stato rilevato che essi potrebbero risultare scorretti nella misura in cui lasciano intendere al consumatore medio la possibilità di vincere dei premi in palio, nell'ambito di un gioco *on line* "Gratta e Vinci", comunicando semplicemente via *internet* il numero del proprio telefonino, omettono di informarlo in modo tempestivo e sufficientemente chiaro circa la necessità, a tal fine, di abbonarsi al servizio "allyoucan", offerto dalla società D2, a fronte del pagamento di un canone mensile, pari a 24,20 euro (iva inclusa), che viene automaticamente detratto dal credito presente nella scheda telefonica.

13. Inoltre, nel provvedimento di avvio si evidenziava che la procedura di attivazione del servizio "allyoucan" non prevedeva un passaggio intermedio finalizzato ad informare l'utente della reale natura e dei costi del servizio. Pertanto, il consumatore potrebbe attivare in modo del tutto inconsapevole il servizio, del cui costo, peraltro, avrebbe contezza solo controllando *ex post* il proprio credito disponibile.

14. Infine, la pubblicazione dei loghi degli operatori di telefonia mobile Tim, Vodafone, Wind e H3G accanto al messaggio in contestazione, indicando la collaborazione di questi ultimi con D2, potrebbe generare un particolare affidamento nei consumatori in merito alla sussistenza di una preventiva valutazione operata dai principali gestori telefonici circa la correttezza dei messaggi pubblicitari oggetto di contestazione.

### iv) Banner 4)

15. In data 22 marzo 2012 sono stati rilevati, presso i seguenti indirizzi: [http://www.cellularitalia.com/gestori/vodafone/reg\\_one2004.php](http://www.cellularitalia.com/gestori/vodafone/reg_one2004.php) e

[http://www.mobilepremium.it/numeriestratti100/?pid=0002&cid=000V&gid=001Q&cod=0008&mkt=000F&gclid=CPz8wrGS\\_a4CFYsw3wodFUBt1A](http://www.mobilepremium.it/numeriestratti100/?pid=0002&cid=000V&gid=001Q&cod=0008&mkt=000F&gclid=CPz8wrGS_a4CFYsw3wodFUBt1A), alcuni messaggi a cominciare da un *banner*, situato in alto nella *home page* del sito *web* *cellularitalia.com*, in cui è presente l'invito: "Prova a vincere 100 € di RICARICA Scegli 3 numeri che sono nel tuo telefonino". A destra compaiono dieci icone contenenti i numeri da 0 a 9. Subito sotto il *banner*, con caratteri molto piccoli, è riportata l'indicazione: "Con l'abbonamento ayc.it, puoi vincere e puoi scaricare più di 200 contenuti al mese per il tuo cellulare a 24,20 € al mese", che scompare nei *banner* successivi.

16. Una volta selezionati tre numeri fra le icone disponibili, appare un nuovo *banner* con la scritta "COMPLIMENTI! 100 € di ricarica", accanto alla quale è riportata la seguente dicitura: "scegli il tuo operatore", seguita da cinque riquadri contenenti le denominazioni dei seguenti operatori di telefonia mobile: Wind, Vodafone, Tim, Tre e PosteMobile.

17. Effettuata la scelta dell'operatore telefonico, si apre un *banner* sul quale, oltre al ripetersi della scritta "COMPLIMENTI! 100 € di ricarica", appare il link "Inserisci il numero del tuo telefonino", che fornisce l'accesso alla pagina *web* *mobilepremium.it* (c.d. *landing page*). Questa pagina riporta con particolare evidenza grafica il seguente messaggio: "L'ESTRAZIONE CHE TI PREMIA attiva allyoucan e con il concorso puoi vincere tu 100 € DI RICARICA", "Inserisci qui sotto il numero di telefonino" e con caratteri molto ridotti quasi illeggibili la dicitura "Servizio in abbonamento".

18. Dopo aver inserito il numero dell'utenza, appare una schermata che riporta cinque icone con le denominazioni rispettivamente di Wind, Vodafone, Tim, Tre e PosteMobile, che invita a indicare di nuovo il proprio operatore telefonico. Effettuata la scelta si accede alla *landing page* finale, punto di arrivo del percorso al quale rinviano i suddetti *banner*.

19. Il suddetto messaggio potrebbe risultare scorretto nella misura in cui lascia intendere al consumatore medio la possibilità di vincere dei premi in palio nell'ambito di un gioco *on line* comunicando semplicemente via *internet* il numero del proprio telefonino, mentre omette di informarlo in modo tempestivo e sufficientemente chiaro circa la necessità, a tal fine, di acquistare il servizio "allyoucan", offerto dalla società D2 in abbonamento, che consiste nella possibilità di scaricare una serie di contenuti digitali (come suonerie, sfondi, video, ecc.) sui telefoni cellulari.

20. Infine, la pubblicazione delle denominazioni degli operatori di telefonia mobile Tim, Vodafone, Wind, H3G e PosteMobile, indicando la collaborazione con D2, potrebbe generare un particolare affidamento nei consumatori in merito alla sussistenza di una preventiva valutazione operata dai gestori telefonici circa la correttezza dei messaggi pubblicitari oggetto di contestazione.

### III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

#### 1) L'iter del procedimento

##### i) Attività preistruttoria

21. In fase preistruttoria la Direzione, in data 12 settembre 2011, ha inoltrato alla società David2 una richiesta di informazioni sulle caratteristiche e sulle modalità di gestione del servizio "*allyoucan*" (di seguito anche "*AYC*"), ricevendo risposta in data 25 ottobre 2011.

##### ii) Attività istruttoria

22. In relazione ai messaggi presenti sui *banner*, rilevati nei siti *web vincereonline.it*, *tariffe-cellulari.it*, *faresoldierisparmiare.it* e *premieconcorsi.com*, in data 24 novembre 2011 è stato comunicato a David2, Vodafone, Telecom, Wind e H3G, l'avvio del procedimento istruttorio n. PS6948 per possibile violazione degli articoli 20, 21, 22 e 26, lettera *h*) del Codice del Consumo, in quanto contrari alla diligenza professionale e idonei a condizionare indebitamente e in misura considerevole la libertà di scelta del consumatore medio.

23. Contestualmente alla comunicazione di avvio, le Parti sono state invitate a presentare memorie scritte e documenti entro 7 giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria della pratica, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché a fornire informazioni e relativa documentazione ritenute utili alla valutazione della pratica commerciale in esame.

24. In data 1° dicembre 2011, Wind, Vodafone e Telecom hanno trasmesso la memoria difensiva alla prospettata sospensione provvisoria della pratica commerciale oggetto di valutazione.

25. In data 2 dicembre 2011, David2 ha trasmesso la memoria cautelare in riferimento alla sospensione provvisoria.

26. In data 6 dicembre 2011, è stata trasmessa a D2 una richiesta di informazioni in riferimento alla memoria cautelare presentata, cui il professionista ha fornito riscontro in data 13 dicembre 2011.

27. In data 7 dicembre 2011, è stata trasmessa a David2 una convocazione in audizione, ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento, tenutasi con i rappresentanti del professionista in data 14 dicembre 2011.

28. In data 22 dicembre 2011, Telecom Italia ha trasmesso la risposta alla richiesta di informazioni inoltrata con la comunicazione di avvio del procedimento.

29. In data 28 dicembre 2011, Wind Telecomunicazioni ha trasmesso la memoria difensiva e la risposta alla richiesta di informazioni.

30. In data 10 gennaio 2012, H3G ha trasmesso la memoria difensiva e la risposta alla richiesta di informazioni.

31. In data 11 gennaio 2012, l'Autorità ha deliberato di non adottare la misura cautelare ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'articolo 9, comma 1, del Regolamento.

32. In data 2 febbraio 2012 è stata trasmessa una richiesta di informazioni a Vodafone, che ha risposto in data 9 febbraio 2012.

33. In data 7 febbraio 2012, David2 ha trasmesso la memoria difensiva e la risposta alla richiesta di informazioni.

34. In data 16 febbraio 2012, Vodafone ha trasmesso la memoria difensiva.

35. In data 22 febbraio 2012, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, ha deliberato una proroga di sessanta giorni del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie.

36. In data 2 marzo 2012, è stata trasmessa a Vodafone una convocazione in audizione, ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento, tenutasi con i rappresentanti del professionista in data 8 marzo 2011.

37. In data 26 marzo 2012, è stata comunicata a David2, Vodafone, Telecom Italia, Wind Telecomunicazioni, H3G e PosteMobile l'integrazione soggettiva e oggettiva della comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 27, comma 3 del Codice del Consumo, in relazione al messaggio rilevato, in data 22 marzo 2012, nei siti *cellularitalia.com* e *mobilepremium.it*, per possibile violazione degli articoli 20, 21, 22 e 26, lettera *h*) del Codice del Consumo. Contestualmente è stata inoltrata alle Parti una richiesta di informazioni.

38. In data 20 aprile 2012, H3G e PosteMobile hanno trasmesso la risposta alla richiesta di informazioni.

39. In data 23 aprile 2012, Wind ha comunicato le informazioni richieste.

40. In data 27 aprile 2012, David2 e Telecom Italia hanno inoltrato la risposta alla richiesta di informazioni.

41. In data 30 aprile 2012 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento.

42. In data 10 maggio 2012 David2, Vodafone, Wind e Telecom hanno trasmesso le memorie difensive conclusive.

43. In data 11 maggio 2012 PosteMobile ha presentato la memoria difensiva.

44. In data 11 maggio 2012 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo.

45. In data 6 giugno 2012, Vodafone e Wind hanno presentato delle considerazioni finali.

46. In data 8 giugno 2012, David2 ha presentato delle considerazioni finali.

## 2) Le evidenze acquisite

47. David2, in qualità di *Content Service Provider* (di seguito anche "CSP"), offre servizi c.d. *premium* a pagamento che consentono, effettuando una sottoscrizione via *web*<sup>2</sup> o inviando un sms al numero 48182, di ricevere in abbonamento sul proprio cellulare una serie di prodotti digitali (suonerie, sfondi, video, giochi ecc.).

48. "*Allyoucan*" è un servizio *premium* offerto in abbonamento da David2, che consente di fruire dei suddetti prodotti presenti sul portale del professionista all'indirizzo [www.allyoucan.it](http://www.allyoucan.it). In particolare, l'utente abbonato può scaricare (via *wap* o *mail*), al costo mensile di euro 24,20 (iva inclusa) 100 suonerie, 200 sfondi, 20 video, 10 giochi tra quelli disponibili. Si possono, altresì, ricevere 3 servizi di *news alerting* ANSA (sport, cronaca, news, spettacolo, ecc.), l'oroscopo quotidiano e inviare 50 messaggi gratuiti dal portale verso numerazioni di telefonia mobile.

49. I contenuti del servizio "*allyoucan*", offerti da David2 in qualità di CSP<sup>3</sup>, sono veicolati da Vodafone in qualità di *Service Provider* (di seguito anche "SP") verso le reti degli altri operatori mobili di telecomunicazioni che, in qualità di *Access Provider*<sup>4</sup> (di seguito anche "AP"), inviano gli sms *premium* all'utenza telefonica attestata sulla propria rete.

50. Dal contratto stipulato tra David2 e Vodafone risulta che il materiale relativo alle attività di comunicazione e promozione (pubblicità) dei servizi *premium* del CSP deve essere previamente autorizzato per iscritto da Vodafone, sia se esse contemplano l'utilizzo di marchi, segni distintivi o slogan di Vodafone o degli altri AP, sia se le informazioni commerciali relative al servizio *premium* sono fornite da D2 in collaborazione con Vodafone. Inoltre, le suddette comunicazioni e promozioni sono inviate via *e-mail* a Vodafone, che si riserva di rispondere entro 5 giorni lavorativi, salvo se diversamente pattuito<sup>5</sup>.

51. Dal medesimo contratto si evince che, a titolo di corrispettivo, Vodafone corrisponde a David2 una quota di *revenue share*<sup>6</sup>.

52. Vodafone, in qualità di *Services Provider*, ha stipulato con Telecom, Wind e H3G, in qualità di *Acces Provider*, un Accordo Quadro al fine di recepire le previsioni regolamentari e disciplinare le relative modalità di interconnessione. Viceversa, non risulta alcun accordo contrattuale stipulato, da un lato, da David2 e, dall'altro, dalle società Telecom, Wind, H3G e PosteMobile, avente ad oggetto la promozione e la vendita dei prodotti digitali in questione.

53. La diffusione dei *Banner* 1), 2) e 3) è stata avviata in data 31 luglio 2011 ed è stata interrotta il 25 novembre 2011. Gli utenti che si sono iscritti al servizio "*allyoucan*" tra il 1° gennaio e il 25 novembre 2011 sono stati [200.000-300.000]<sup>7</sup> e hanno generato ricavi pari a [2.500.000-3.000.000] euro. Nel periodo in cui sono stati diffusi i *Banner* gli utenti iscritti sono stati [80.000-90.000] e hanno generato ricavi pari a [500.000-600.000] euro, mentre la percentuale di disattivazioni, entro le 24 ore successive all'attivazione del servizio, è stata pari a circa il [20-30%].

54. Il *Banner* 4) è stato pubblicato sul circuito Google Adwords a partire dal giorno 18 gennaio 2012. Gli utenti che si sono iscritti sul *web* al servizio "*allyoucan*", tra il 18 gennaio e il 31 marzo 2012, sono stati [30.000-40.000] e hanno generato ricavi pari a euro [100.000-200.000], quelli che si sono iscritti tramite *banner* sono stati [900-1.000] e hanno generato ricavi pari a euro [4.500-5.500], di cui quelli che hanno chiesto la disattivazione entro le 24 ore successive sono pari al [20-30%].

## 3) Le argomentazioni difensive delle Parti

### i) Banner 1), 2) e 3)

#### a) David2

55. David2 ha dichiarato di offrire servizi *premium* a pagamento che consentono, a seguito di sottoscrizione via *web* o invio di un sms al numero 48182, di ricevere in abbonamento sul proprio cellulare una serie di contenuti. Il

<sup>2</sup> [Cfr.: Sito internet di David2 all'indirizzo [www.allyoucan.it](http://www.allyoucan.it).]

<sup>3</sup> [David2 svolge anche le attività di ricerca, selezione e/o realizzazione dei contenuti multimediali, nonché di elaborazione, formattazione tecnica, promozione pubblicitaria e customer care.]

<sup>4</sup> [Nel caso di specie ricoprono il ruolo di *Acces Provider* le società Telecom, Wind, H3G e PosteMobile.]

<sup>5</sup> [Cfr. l'art. 6, del "CONTRATTO SERVIZI PREMIUM" tra Vodafone Omnitel N.V. e David2 S.p.A., in particolare, al comma 1 si legge che David2 "durante tutta la durata del Contratto, si obbliga a [...] b) farsi carico, a proprie spese dell'attività relativa alla comunicazione e promozione dei Servizi Premium; c) fornire ai Clienti/Utenti ogni informazione relativa ai Servizi Premium, alle modalità di fruizione degli stessi ed alle relative condizioni economiche" e al comma 2 che "Il materiale di cui al precedente punto 6.1) lett. c) dovranno essere previamente autorizzati per iscritto da Vodafone solo nella misura e/o nella/e parte/i in cui riguardino: (i) l'eventuale utilizzo del marchio e/o segni distintivi e/o slogan di VO o di altri Operatori AP; (ii) le informazioni commerciali relative ai Servizi Premium forniti dall'Azienda in collaborazione con VO. Tali comunicazioni andranno sottomesse via email a Vodafone che si riserva di rispondere entro 5 (cinque) giorni lavorativi, salvo se diversamente pattuito. Resta pertanto inteso che, salvo per gli aspetti descritti ai precedenti punti (i) e (ii) che siano stati effettivamente autorizzati da VO[...]".]

<sup>6</sup> [Cfr. Art. 8, comma 1, del cit. contratto, che recita: "A titolo di corrispettivo [...] Vodafone corrisponderà all'Azienda, per ogni Contenuto per cui è andata a buon fine l'operazione di addebito al Cliente e/o Utente in relazione ai Servizi Premium, l'importo che verrà calcolato in base a quanto indicato [...] alla voce "Corrispettivi riconosciuti da Vodafone all'Azienda." e, in particolare, Allegato 1 - Tabella 1 "Quota di Revenue Share riconosciuta all'Azienda per l'erogazione di Servizi Premium SMS/MMS, al netto di IVA, [omissis]".]

<sup>7</sup> [Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

professionista ha evidenziato di ricorrere a *spot* televisivi e a strumenti di comunicazione commerciale via *web* per informare i consumatori sulle caratteristiche fondamentali dei servizi offerti<sup>8</sup>.

56. Il professionista ha aggiunto che l'adesione ai servizi *premium* è promossa attraverso comunicazioni pubblicitarie realizzate in conformità alle condizioni contrattualmente dettate dagli operatori telefonici, che hanno il potere di autorizzare o impedire la diffusione, dal CASP<sup>9</sup> e dagli editori<sup>10</sup> attraverso i quali viene diffuso il messaggio pubblicitario. Ogni comunicazione pubblicitaria, pertanto, secondo David2 è predefinita dai suddetti soggetti nei formati, nel contenuto, nella raffigurazione grafica, nel posizionamento delle informazioni con identificazione di specifiche aree dedicate, nonché nel carattere e nella dimensione da utilizzare per pubblicare termini e condizioni del servizio, escludendo, pertanto, ogni discrezionalità da parte di David2.

57. Il professionista ha, altresì, dichiarato che, per promuovere i suddetti servizi, ricorre anche a *banner* promozionali il cui scopo è quello di generare visite (cosiddetto "*click trough*"), ovvero di veicolare l'utente su specifiche *landing page*.

58. Il professionista ritiene che le ridotte dimensioni dei *banner*<sup>11</sup> non consentano di indicare le caratteristiche del servizio offerto, al pari, ad esempio, di quanto può essere fatto in un volantino, in uno *spot* televisivo o nella *landing page* posta a valle del percorso informatico.

59. Secondo il professionista il *banner* è uno strumento utilizzato sul *web* per attirare l'attenzione del pubblico sui beni o servizi offerti, al fine di fornire una prima sintetica indicazione su quanto dovrà poi essere riportato con la dovuta completezza nelle successive pagine *web*.

60. David2 ha evidenziato che il consumatore, terminato il gioco a premi oggetto del *banner*, è informato sulle reali caratteristiche del servizio offerto tramite l'apposita *landing page* che ne descrive le caratteristiche. Il professionista, pertanto, ritiene che se le informazioni suppletive configurano un passaggio obbligato per l'acquisto, esse possono essere fornite anche tramite una fonte diversa rispetto al messaggio iniziale.

61. David2 ha altresì sostenuto che i *banner* oggetto del procedimento non riportano informazioni false o ingannevoli, in quanto non lasciano intendere al consumatore di avere vinto un premio, ma lo informano sulla necessità di attivare un servizio in abbonamento a condizioni onerose. I messaggi presenti sui *banner*, quali "*prova subito a vincere*" e "*tenta subito la fortuna*", non ingenerano la convinzione di aver vinto, ma rimandano il consumatore a un "*tentativo*" da effettuare per aggiudicarsi il premio. D'altra parte, secondo David2 il consumatore non è indotto a ritenere di poter concorrere all'estrazione dei premi semplicemente partecipando al gioco oggetto del *banner*, non solo perché in nessuna delle schermate del gioco contenuto nel *banner* si annuncia al consumatore di aver vinto, ma anche perché, dopo aver selezionato il proprio operatore telefonico, si apre la *landing page* che riporta in maniera dettagliata tutte le informazioni che consentono al consumatore di decidere consapevolmente la propria partecipazione al concorso e, congiuntamente, l'abbonamento al servizio "*allyoucan*".

62. Il professionista ha altresì sottolineato che, dopo aver partecipato al gioco oggetto del *banner*, il consumatore non può assumere alcuna scelta commerciale, in quanto il processo di partecipazione al concorso (e contestuale abbonamento al servizio *allyoucan*) si avvia esclusivamente a partire dalla *landing page* nella quale vengono fornite in maniera chiara ed esaustiva tutte le informazioni necessarie ad effettuare una scelta consapevole.

63. Secondo David2, ad escludere dubbi sul fatto che si possa ingenerare in capo al consumatore l'affidamento di poter partecipare al concorso gratuitamente, va considerato che in tutti i *banner* appare la scritta "*servizio in abbonamento*" affiancata dal costo del servizio medesimo "5€/sett.". Tale scritta è di dimensioni congruenti con le esigue dimensioni del *banner* ed è leggibile.

64. Per il professionista, gli elementi sopra descritti indicano che i *banner*, considerate le loro dimensioni esigue, da un lato non contengono informazioni false o ingannevoli e, dall'altro, informano il consumatore del fatto che la partecipazione al concorso richiede l'attivazione di un servizio in abbonamento a condizioni onerose.

65. David2, infine, ha dichiarato di non essere in grado di conoscere i siti e le tempistiche di diffusione su *web* dei propri *banner*, in quanto tutti i rapporti commerciali e contrattuali con i *web publisher* [omissis].

b) Vodafone

66. Il professionista ha innanzitutto rappresentato di non aver approvato il contenuto dei *banner*, di non aver partecipato all'ideazione, alla realizzazione e alla diffusione dei messaggi, né di aver autorizzato David2 all'uso del logo. Vodafone, pertanto, ha preteso da David2 l'immediata rimozione del proprio logo e la cessazione di ogni ulteriore diffusione dei *banner*.

<sup>8</sup> [Ovvero sulla natura, oggetto, prezzo, fascia di età, cui i servizi sono destinati, procedura di disattivazione.]

<sup>9</sup> [Codice di condotta per l'offerta dei servizi premium.]

<sup>10</sup> [Ad esempio: RAI, Mediaset RTI, Google, ecc..]

<sup>11</sup> [Nel caso di specie, i banner di David 2 acquisiti nel fascicolo istruttorio presentano, su un normale schermo per PC portatile di 15 pollici, le seguenti dimensioni:

2 x 16,7 cm, pari a 90 x 728 pixel (banner di cui al par. 7 della Comunicazione);

6,9 x 5,7 cm, pari a 300 x 250 pixel (banner di cui al par. 9 della Comunicazione);

13,7 x 3,7 cm, pari a 600 x 160 pixel (banner di cui al par. 9 della Comunicazione);

13,7 x 3,7 cm, pari a 600 x 160 pixel (banner di cui al par. n della Comunicazione).]

**67.** In attuazione della disciplina prevista nel contratto stipulato con David2, Vodafone ha dichiarato di aver provveduto a sanzionare il professionista per la violazione dell'articolo 6, comma 2, dell'accordo e per l'uso non autorizzato del proprio logo, applicando una penale e avvertendo del fatto che altre violazioni dello stesso tipo avrebbero provocato la risoluzione del contratto e l'interruzione di ogni rapporto. Vodafone ha evidenziato altresì di monitorare costantemente l'operato di David2 attraverso una struttura interna dedicata.

*c) Telecom*

**68.** Il professionista ha dichiarato la totale estraneità alle condotte contestate, sottolineando di non aver apportato alcun contributo alla realizzazione della pratica oggetto di valutazione, non avendo partecipato né all'ideazione e alla realizzazione dei *banner*, né tantomeno di aver autorizzato l'utilizzo in essi del logo "TIM".

**69.** Telecom ha evidenziato che i predetti *banner* sono stati diffusi a sua insaputa da David2, società con la quale ha dichiarato di non avere alcun rapporto. Il professionista, infine, ha precisato di aver inviato un'apposita diffida a David2 per contestare l'utilizzo non autorizzato del logo e per ingiungere l'astensione dall'intraprendere qualsivoglia altra campagna promozionale che preveda l'utilizzo non autorizzato di marchi, segni distintivi o denominazioni commerciali della società.

*d) Wind*

**70.** Il professionista ha rappresentato la totale estraneità alla pratica commerciale oggetto del procedimento non avendo alcun rapporto con la società David2, né sotto un profilo giuridico, non essendovi alcun contratto tra dette parti, né di fatto, non essendovi alcun rapporto commerciale. Wind ha sottolineato di non aver visionato né approvato i *banner* e di non aver svolto alcun ruolo nella predisposizione, nella presentazione e nelle modalità di diffusione degli stessi.

**71.** Infine, il professionista ha rappresentato di non aver rilasciato alcuna autorizzazione a David2 per l'utilizzo del logo presente su alcuni dei *banner* oggetto di contestazione, dichiarando di riservarsi di intraprendere le iniziative ritenute più opportune.

*e) H3G*

**72.** H3G ha dichiarato di non aver svolto alcun ruolo nella predisposizione dei contenuti offerti dalla società David2, con la quale non è legata da alcun rapporto contrattuale. In particolare, il professionista ha evidenziato di non essere a conoscenza dell'utilizzo dei *banner* pubblicitari che David 2 utilizza per catturare l'attenzione dei clienti sul concorso e sul servizio offerto in abbonamento.

**ii) Banner 4)**

*a) David2*

**73.** David2 ha rappresentato che il messaggio che appare sul primo *banner*, quale "*CON L'ABBONAMENTO AYC.IT PUOI VINCERE E PUOI SCARICARE PIÙ DI 200 CONTENUTI AL MESE PER IL TUO CELLULARE A 24,20 € AL MESE*", informa gli utenti di tutti gli elementi essenziali del servizio proposto, ovvero: 1) la tipologia e il numero dei contenuti che potranno essere fruiti; 2) la natura del rapporto contrattuale; 3) il costo mensile dell'abbonamento pari a 24,20 euro al mese. Secondo il professionista, con la presenza di tale nuova scritta sul *banner*, il consumatore dovrebbe essere edotto delle informazioni essenziali del servizio proposto fin dal primo contatto commerciale, prima che questi giunga sulla *landing page* e venga avviato il processo di attivazione del servizio medesimo.

**74.** David2 ha dichiarato di ritenere complesso ipotizzare ulteriori interventi sui propri *banner* per fornire ai consumatori maggiori informazioni sul servizio rispetto a quelle già presenti, anche in considerazione delle dimensioni molto ridotte dei *banner* in generale e delle caratteristiche della comunicazione su *web*. In ogni caso il consumatore, completato il gioco oggetto del *banner* e giunto nella *landing page*, è messo a conoscenza delle informazioni relative al servizio "*allyoucan*" in maniera più ampia in virtù del fatto che le dimensioni di un'intera pagina *web* lo consentono.

**75.** Il professionista, inoltre, ha precisato che nel *banner* il *claim* principale, che recita: "*prova a vincere 100 € di ricarica*", è formulato in maniera tale da non ingenerare alcuna convinzione di aver già vinto la ricarica in palio, sottolineando, invece, che la vincita del premio in palio è subordinata ad un tentativo da effettuare.

**76.** Per quanto riguarda i rapporti tra David2 e Vodafone, in qualità di operatore SP, il professionista ha dichiarato di non aver comunicato preventivamente a quest'ultimo il *banner*; Vodafone, pertanto, non solo non ha potuto effettuare alcun controllo su di esso, ma non ha nemmeno ricoperto alcun ruolo nelle fasi di ideazione, realizzazione e diffusione del *banner*. L'assenza di qualsiasi obbligo contrattuale o extracontrattuale di comunicazione preventiva del *banner* a Vodafone, ai fini dell'approvazione dello stesso, deriva dal fatto che esso non contiene alcun marchio di Vodafone (o di altri operatori di telefonia).

**77.** In relazione agli altri operatori, in qualità di AP, David2 ha rappresentato l'assenza di un loro coinvolgimento nella pratica commerciale, non avendo con tali operatori nessuna relazione contrattuale o commerciale, in relazione alla ideazione, realizzazione diffusione o approvazione del *banner*.

**78.** Il professionista, infine ha dichiarato che [omissis], non risulta possibile fornire la lista dei siti sui quali il *banner* è stato pubblicato.

*b) Vodafone*

**79.** Il professionista ha rappresentato che anche tale *banner* non è stato preventivamente sottoposto all'attenzione di Vodafone; pertanto, sembra che esso sia stato diffuso da David2 di propria iniziativa, senza alcun coinvolgimento preventivo o successivo di Vodafone che non ha fornito alcuna autorizzazione. Il fatto che il *banner* non rechi alcun marchio o segno distintivo di Vodafone, conferma che esso sia un messaggio pubblicitario di David2, al quale Vodafone è del tutto estranea.

**80.** Il professionista ha dichiarato di servirsi di una società esterna specializzata che verifica, su ogni possibile mezzo e canale diffusivo (ad es. siti internet, stampa locale o nazionale, tv ecc.), i materiali promozionali e pubblicitari relativi a servizi *premium*. Attraverso tale attività, Vodafone non si limita a esercitare il proprio scrutinio di correttezza e legalità dei messaggi pubblicitari che i vari CSP sono tenuti per contratto ad inviarle prima della diffusione al pubblico, ma va attivamente ed autonomamente alla ricerca dei messaggi ed investe anche messaggi pubblicitari di altri CSP (con i quali Vodafone non ha alcun contratto), su qualunque mezzo diffusi.

**81.** Inoltre, quando un cliente Vodafone usa il proprio credito telefonico per pagare un servizio a sovrapprezzo fornito da un CSP, erode di fatto la propria capacità di spesa destinata a servizi telefonici, che sarebbero di competenza della sola Vodafone.

*c) Telecom*

**82.** Il professionista ha rappresentato di non aver apportato alcun contributo alla realizzazione della pratica commerciale oggetto del procedimento, non avendo partecipato all'ideazione, realizzazione e diffusione dei *banner*, iniziative che sono interamente ascrivibili ad un soggetto terzo, con il quale Telecom non intrattiene alcun rapporto contrattuale/commerciale. Inoltre, la società ha dichiarato di non aver mai autorizzato l'apposizione del proprio logo in tali comunicazioni e di non poter in nessun modo intercettare la diffusione dei *banner* su siti internet, effettuata dal medesimo soggetto terzo.

*d) Wind*

**83.** Wind ha rappresentato di non aver alcun rapporto contrattuale e commerciale con David2, società che opera su una numerazione, la cui titolarità è in capo a Vodafone, né di avere alcuno strumento per verificare l'attività aziendale del CSP. Il professionista ha altresì dichiarato di essere estraneo all'ideazione, realizzazione e diffusione dei messaggi pubblicitari oggetto di contestazione.

*e) PosteMobile*

**84.** Il professionista ha dichiarato di non aver né concepito né realizzato i *banner* oggetto del procedimento e che essi sono stati pubblicati senza il consenso di PosteMobile che, peraltro, non intrattiene alcuna relazione contrattuale diretta con David2.

**4) Considerazioni finali di Vodafone, Wind e David2**

**85.** Con memorie pervenute da Vodafone e Wind, in data 6 giugno 2012, e da David2, in data 8 giugno 2012, i professionisti hanno contestato l'applicabilità del Codice del Consumo e le competenze dell'Autorità sulla fattispecie oggetto di esame riguardante messaggi pubblicitari relativi a prodotti digitali commerciali offerti in abbonamento diffusi su siti internet tramite *banner*.

**86.** In particolare, nelle suddette comunicazioni i professionisti hanno menzionato alcune delibere dell'Agcom, in particolare la delibera n. 664/06/CONS, sulla fornitura a distanza di servizi di comunicazione elettronica (che, all'articolo 3, regola la fornitura a distanza di servizi di comunicazione non richiesti o non richiesti in modo pienamente consapevole dall'utente), evocando pertanto l'esistenza di una regolazione settoriale specifica al fine di argomentare l'inapplicabilità del Codice del Consumo al presente caso.

**IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI**

**87.** Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso internet, in data 11 maggio 2012 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo.

**88.** L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con comunicazione pervenuta in data 8 giugno 2012, non ha reso il previsto parere. Essa ha dichiarato quanto segue: *"La materia oggetto di valutazione, come noto, è venuta all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr., tra le altre, C.d.S. n. 12/2012 e n. 13/2012) attraverso l'actio finium regundorum tra AGCOM e Antitrust. [...] emerge che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) non può che essere stata quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina dei contratti a distanza nel settore delle comunicazioni elettroniche (propria dell'AGCom) anche la tutela del consumatore/utente, [...] delibera n. 664/06/CONS. [...] Ciò detto, ne discende che nel settore delle comunicazioni elettroniche, con particolare riguardo alla commercializzazione a distanza dei relativi servizi, non può che rinvenirsi una esclusiva e diretta competenza degli uffici dell'Autorità competente per materia. Per quanto sopra precisato, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nella riunione del 5 giugno 2012 ha ravvisato l'impossibilità di rendere il parere richiesto relativamente alla istruttoria per pratiche commerciali scorrette PS/6948".*

## V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

**89.** Preliminarmente, in relazione a quanto eccepito da Vodafone, Wind e David2 in merito all'applicabilità del Codice del Consumo e alla competenza dell'Autorità ad intervenire nel caso di specie, si rappresenta che il presente procedimento ha preso le mosse da segnalazioni di consumatori e ha ad oggetto messaggi pubblicitari diffusi tramite *banner* presenti su vari siti internet.

**90.** Si tratta di messaggi volti ad "agganciare" il consumatore e a stabilire con lo stesso un "primo contatto" al fine di indurlo a compiere una scelta commerciale. Tale fattispecie configura una forma di pubblicità, ricompresa nella definizione di pratica commerciale di cui all'articolo 18, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo, di derivazione comunitaria.

**91.** Detti messaggi pubblicitari riguardano la promozione di contenuti digitali (quali, suonerie, video, sfondi, giochi, ecc.), in relazione ai quali risulta inconferente il richiamo alla regolamentazione settoriale, anche nazionale e di rango secondario, alla quale i professionisti hanno fatto riferimento nelle citate memorie del 6 e 8 giugno 2012. Detta regolamentazione, infatti, riguarda fattispecie diverse da quelle oggetto del presente procedimento, ed in particolare la contrattazione a distanza di servizi di comunicazione elettronica.

**92.** In ogni caso, non si riscontra, con riguardo agli aspetti specifici inerenti alla fattispecie in esame, la sussistenza di una regolamentazione settoriale, di derivazione comunitaria, che presenti caratteri di completezza ed esaustività assistita da poteri inibitori e sanzionatori.

**93.** Inoltre, con riguardo ai beni oggetto dei messaggi pubblicitari esaminati nel presente provvedimento, si sottolinea che trattasi di prodotti digitali che ben potrebbero essere commercializzati in maniera autonoma rispetto ai servizi di comunicazione mobile.

**94.** Ciò detto, si evidenzia che la pratica commerciale in esame riguarda messaggi pubblicitari, veicolati tramite internet, che, nel promuovere concorsi a premio, non informano correttamente sull'oggetto, sulla natura e sull'onerosità della reale offerta, che consiste in prodotti digitali distribuiti, a seguito di adesione a un abbonamento mensile a pagamento, da David2, tramite un contratto da questi sottoscritto con la società Vodafone Omnitel.

**95.** In particolare, i messaggi pubblicitari di aggancio riportati sui *banner*, quali: *Banner 1*): "Prova subito a vincere ... in palio 5 ricariche da 100€"; *Banner 2*): "500€ il Miliardario ... Tenta subito la fortuna ... 5 ricariche da 100€"; *Banner 3*): "Prova a vincere 5 ricariche da 100€ ... Scegli 3 numeri che sono nel numero del tuo telefonino ... 0123456789"; *Banner 4*): "Prova a vincere 100 € di RICARICA Scegli 3 numeri che sono nel tuo telefonino", e i messaggi successivi che recitano rispettivamente: *Banner 1*): "Complimenti complimenti complimenti ... 5 ricariche da 100€... Scegli il tuo operatore"; *Banner 2*): "9 56 numeri fortunati ... Complimenti ... 200€ + 300€ = 5x100€ di ricarica ... Scegli il tuo operatore ..."; *Banner 3*): "Evviva! ... 5 ricariche da 100€ ... Scegli il tuo operatore ..."; *Banner 4*): "COMPLIMENTI! 100 € di ricarica ... scegli il tuo operatore", in assenza di ulteriori e chiare informazioni, inducono il consumatore medio a ritenere di poter vincere e/o di aver già vinto delle ricariche telefoniche, invitandolo a perfezionare l'operazione scegliendo l'operatore di telecomunicazioni di appartenenza e inserendo nell'apposito spazio, previsto nella *landing page*, il numero del proprio cellulare.

**96.** Si ritiene, inoltre, che l'indicazione: "Servizio in abbonamento 5€/sett", riportata lungo un lato dei *Banner 1*), *2*) e *3*) con caratteri estremamente ridotti e sostanzialmente illeggibili, fornisca, comunque, non solo informazioni insufficienti, in quanto manca l'oggetto del servizio, ma anche fuorvianti e ingannevoli, in quanto in realtà si tratta di un abbonamento di durata mensile al costo di 24,20 euro e non settimanale al costo di 5,00 euro. Si evidenzia, altresì, che l'indicazione del *Banner 4*): "Con l'abbonamento ayc.it, puoi vincere e puoi scaricare più di 200 contenuti al mese per il tuo cellulare a 24,20 € al mese", parimenti non può essere considerata adeguata e sufficiente in quanto sia perché scarsamente visibile, sia perché scritta con caratteri estremamente ridotti; inoltre essa scompare del tutto nei *banner* successivi.

**97.** Da quanto sopra riportato, pertanto, emerge che David2 non fornisce ai consumatori indicazioni chiare, seppur sintetiche, sulla natura e le caratteristiche del servizio offerto. In particolare, in relazione ai *Banner 1*), *2*) e *3*) si rileva che David2 ha omesso di riportare l'oggetto del servizio denominato "*allyoucan*" (ovvero che si tratta di prodotti digitali) e ha indicato, con caratteri quasi illeggibili e in maniera comunque erronea, ambigua e ingannevole, la natura, la durata e l'onerosità del medesimo (ovvero che si tratta di un abbonamento mensile al costo di 24,20 euro e non a settimanale al costo di 5 euro).

**98.** In relazione al *Banner 4*), si rileva non solo che la scritta che indica l'oggetto, la natura e il costo di "*allyoucan*", è scarsamente visibile per le dimensioni molto piccole dei caratteri utilizzati, ma anche che essa scompare del tutto nei passaggi successivi. Inoltre, si evidenzia che la *landing page*, in cui il consumatore atterra, dopo aver digitato sul *link* "Inserisci il numero del tuo telefonino", sebbene David2 faccia riferimento, nella parte finale della pagina *web* al servizio in abbonamento "*allyoucan*", continua a evidenziare, in termini di contenuti e grafica, ovvero con caratteri di maggiore rilevanza, la possibilità di partecipare al concorso a premi, che in realtà rappresenta solo un elemento accessorio, rispetto all'acquisto in abbonamento dei contenuti digitali offerti dal professionista. A conferma di tale ambiguità grafica e contenutistica circa la reale natura della promozione commerciale di D2, si consideri che l'inserimento del numero di cellulare, richiesto al consumatore per aderire alla promozione, è stato collocato esclusivamente nell'ampia sezione dedicata al concorso a premi, la quale riproduce proprio l'impostazione del *Banner* medesimo.



**99.** Infine, in considerazione del fatto che David2 ha dichiarato non solo di non avere strumenti per controllare la durata e le modalità di diffusione dei *Banner*, ma di non conoscere nemmeno l'elenco dei siti sui quali essi sono stati ubicati, in quanto il processo di "pubblicazione" avviene a cura di società terze (c.d. *web publisher*), si ritiene che il professionista avrebbe dovuto usare massima diligenza e senso di responsabilità nell'ideazione e nella realizzazione di messaggi, che sono stati veicolati da un mezzo diffusivo, quale i *banner*, la cui divulgazione non è facilmente monitorabile da parte del *content service provider*.

**100.** In relazione alle responsabilità dei gestori di telefonia mobile alla realizzazione della pratica commerciale, si evidenzia che, a seguito delle mutate quadro regolamentare, solo Vodafone risulta avere rapporti contrattuali con David2.

**101.** Dall'esame del contratto stipulato tra le Parti, si rileva il coinvolgimento diretto di Vodafone, nella pratica commerciale oggetto del presente provvedimento, nella misura in cui il gestore di telefonia è chiamato contrattualmente ad esercitare un'attività di controllo sui messaggi promozionali prodotti da David2. Dal contratto agli atti risulta chiaramente che la compagnia telefonica deve visionare e autorizzare preventivamente la diffusione di qualsiasi messaggio pubblicitario che la vede coinvolta. Tali messaggi devono essere inoltrati via *e-mail* a Vodafone che si riserva di rispondere entro un termine stabilito con la Parte. Vodafone deve, altresì, controllare e acconsentire all'utilizzazione dei marchi, segni distintivi, *slogan* propri o di altri Operatori *Access Provider*. Inoltre, in base al suddetto contratto, Vodafone percepisce in via immediata e diretta, ingenti benefici economici in termini di *revenue share*<sup>12</sup> dalla remunerazione dei servizi di David2 promossi tramite i *Banner*, nonché effetti pubblicitari dalla diffusione dei messaggi oggetto della pratica commerciale accertata.

**102.** Si rileva, pertanto, in capo a Vodafone una responsabilità editoriale, assunta mediante il contratto stipulato con il *content service provider*, consistente nell'obbligo (preventivo e successivo) di verificare la diffusione del contenuto dei messaggi pubblicitari in questione (*banner* e *landing page* che riproduce il *banner* stesso) e di autorizzare, nell'ambito di operazioni pubblicitarie relative ai suesposti prodotti digitali reclamizzati, l'uso di marchi, segni distintivi, *slogan* propri e di altri "Operatori *Access Provider*". Il logo e la denominazione aziendale di Vodafone (e degli altri operatori AP) è specificamente prevista con notevole evidenza grafica in tutti i messaggi pubblicitari oggetto di contestazione.

**103.** In generale, il servizio per l'acquisto di suonerie, sfondi, video, giochi, news per la telefonia mobile prevede l'erogazione di contenuti e/o servizi ai clienti dei gestori mobili, attraverso l'utilizzo di numerazioni in decade "4". Nell'ambito della propria offerta commerciale, ogni gestore di telefonia mobile tende ad offrire ai propri clienti i suddetti contenuti per cellulari al fine di arricchire la gamma di servizi offerti agli utenti. Tali servizi possono essere offerti direttamente dagli operatori telefonici oppure da un *content service provider* che realizza tale prestazione in collaborazione con il *service provider*.

**104.** Nel caso di specie, si evidenzia che dal contratto sottoscritto tra David2 e Vodafone deriva una cointeressenza diretta e immediata del gestore telefonico a incrementare e sviluppare i profitti derivanti dai traffici telefonici conseguenti alla fruizione di servizi a decade "4". L'operatore telefonico, infatti, trae un immediato vantaggio economico dalla diffusione dei messaggi segnalati, in quanto i proventi derivanti dal traffico telefonico verso la numerazione a decade "4" sono ripartiti fra il fornitore dei contenuti e lo stesso operatore. In particolare, gli importi prelevati agli utenti, in seguito all'attivazione del servizio, sono incassati dall'SP (sia direttamente sia indirettamente tramite gli operatori AP) che, a sua volta, provvede a corrispondere una percentuale (*revenue sharing*) al CSP in base agli accordi sottoscritti.

**105.** Viceversa, non sussistono agli atti elementi sufficienti per imputare la predetta violazione anche nei confronti delle società Telecom, Wind, H3G e PosteMobile. In particolare, non risulta che le suddette società abbiano poteri di controllo e autorizzativi sull'operato di David2, in relazione all'ideazione e alla realizzazione dei messaggi, nonché alla loro diffusione su internet. Dagli atti non risulta, altresì, esservi alcun rapporto tra i suddetti operatori e la società D2, non essendovi alcun contratto tra dette parti, né alcun rapporto commerciale.

**106.** Alla luce delle predette considerazioni, la descritta pratica risulta in violazione dell'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento del consumatore medio cui essa è destinata. In particolare, quanto alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra nel caso di specie da parte di David2 e di Vodafone coinvolti nella pratica il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alla qualità dei professionisti e alle caratteristiche dell'attività svolta, con riferimento alla vigilanza sull'attività promozionale svolta attraverso i messaggi pubblicitari diffusi tramite internet. Per quanto attiene all'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile le scelte economiche dei consumatori, si osserva che la riscontrata ingannevolezza dei messaggi riguarda le caratteristiche essenziali dell'offerta, imprescindibili ai fini dell'adozione di una decisione commerciale consapevole.

**107.** Si ritiene, altresì, che l'ambiguità e il carattere fuorviante della pratica commerciale risulta amplificata se si prendono in considerazione i consumatori appartenenti ad una fascia di età più giovane. Infatti, proprio in relazione a tale categoria di consumatori, l'articolo 20, comma 3, del Codice del Consumo evidenzia un'esigenza di tutela più specifica e rafforzata, con particolare riferimento all'idoneità della pratica ad alterare il relativo comportamento economico anche se la stessa è suscettibile di raggiungere gruppi più ampi di consumatori.

---

<sup>12</sup> [ Cfr. Contratto Servizi Premium tra Vodafone e David2, cit. ]

**108.** La pratica commerciale in esame risulta altresì ingannevole, ai sensi degli articoli 21 e 22 del Codice del Consumo, in relazione ai messaggi diffusi tramite internet che, nel promuovere un concorso a premi nell'ambito di un gioco *on line*, cui si può partecipare comunicando semplicemente via *web* il numero del proprio telefonino, omettono di informare circa la necessità, a tal fine, di abbonarsi al servizio a pagamento denominato "*allyoucan*" con cui David2 distribuisce prodotti digitali tramite un contratto sottoscritto con la società Vodafone Omnitel.

**109.** Infine, posto che dalla risultanze istruttorie non è emersa la sussistenza di alcun rapporto contrattuale tra David2 S.p.A. da un lato, e Telecom Italia S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A., H3G S.p.A. e PosteMobile S.p.A., dall'altro, che abbia ad oggetto la promozione e la vendita dei prodotti digitali in questione, i suddetti operatori di telefonia non sono destinatari del presente provvedimento.

## **VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE**

**110.** Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

**111.** In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

### **a) David2**

**112.** Il professionista risulta essere l'ideatore dei messaggi oggetto di valutazione che sono stati diffusi su vari siti internet. La pratica commerciale in esame è grave in quanto riguarda le caratteristiche essenziali dell'offerta.

**113.** Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere per i *Banner 1), 2) e 3)* dal 31 luglio al 25 novembre 2011<sup>13</sup>, per il *Banner 4)* e la relativa *landing page* a partire dal giorno 18 gennaio 2012<sup>14</sup>.

**114.** Sulla base della gravità e della durata della violazione, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a David2 S.p.A. nella misura di 80.000 € (ottantamila euro).

**115.** In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante in quanto il professionista David2 S.p.A. risulta già destinatario di un provvedimento di ingannevolezza in violazione del Titolo III, Capo II, del Decreto Legislativo n. 206/05, riguardante una fattispecie analoga a quella oggetto del presente provvedimento<sup>15</sup>, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 100.000 € (centomila euro).

### **b) Vodafone Omnitel**

**116.** Nei confronti della società Vodafone, che risulta uno dei principali gestori di telefonia mobile operante in Italia nel settore delle telecomunicazioni, anche in considerazione degli elementi di gravità e durata della violazione sopra evidenziati, la sanzione può essere quantificata in misura pari a 60.000 € (sessantamila euro).

**117.** Considerato, altresì, che sussistono, nel caso di specie, circostanze aggravanti, in quanto la società Vodafone Omnitel N.V. risulta già destinataria di vari provvedimenti di ingannevolezza in violazione del Titolo III, Capo II, del Decreto Legislativo n. 206/05, di cui alcuni riguardanti proprio fattispecie analoghe a quella oggetto del presente provvedimento<sup>16</sup>, si ritiene di irrogare alla società Vodafone Omnitel N.V. una sanzione pari a 80.000 € (ottantamila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che le pratiche commerciali in esame, poste in essere da David2 S.p.A. e Vodafone Omnitel N.V., risultano scorrette ai sensi degli artt. 20, commi 2 e 3, 21 e 22 del Codice del Consumo in quanto contrarie alla diligenza professionale e idonee, mediante l'utilizzo di messaggi promozionali diffusi tramite internet che omettono di informare e/o comunicano in maniera ambigua l'oggetto, la reale natura e l'onerosità del servizio offerto, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio;

RITENUTO, sulla base e nei limiti delle considerazioni suesposte, che le pratiche commerciali in esame non presentino, allo stato, elementi sufficienti ad integrare una violazione degli artt. 20, commi 2 e 3, 21 e 22 del Codice del Consumo da parte delle società Telecom Italia S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A., H3G S.p.A. e PosteMobile S.p.A.;

<sup>13</sup> [Con memoria di David2 S.p.A dell'8 febbraio 2012. il professionista ha dichiarato che: "La diffusione dei banner indicati ai par. 7, 9 e n della Comunicazione di avvio del procedimento è stata avviata il 31 luglio 2011 ed è stata immediatamente interrotta il 25 novembre 2011".]

<sup>14</sup> [Con memoria di David2 S.p.A del 27 aprile 2012. il professionista ha dichiarato che "La diffusione del banner descritto ai par. 4 e ss. della Comunicazione [...] del 26 marzo 2012 è stata avviata in data 18 gennaio 2012".]

<sup>15</sup> [Cfr. Provv. n. 19202 del 26 novembre 2008 relativo al caso PS/1128 – David2 Promozione servizi a decade 4 in Boll. 45/2008.]

<sup>16</sup> [Cfr. provv. n. 19572 del 25 febbraio 2009, PS1325 - Zeng loghi e suonerie, in Boll. 9/09; provv. n. 17856 del 10 gennaio 2008, PI6254 – Moby Dada Net/Brani musicali gratis sul cellulare, cit.; provv. n. 17209 del 3 agosto 2007, PI5723 - Costi Sms per il servizio 48469, cit.; provv. n. 18779 del 21 agosto 2008, PS457 – 10 SMS GRATIS, cit.; provv. n. 18951 del 2 ottobre 2008, PS322 – NEOMOBILE – SERVIZI IN ABBONAMENTO AL 48278, cit.; provv. n. 19202 del 26 novembre 2008, PS1128 – DAVID 2 SERVIZI A DECADE "4", cit..]

## DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalle società David2 S.p.A. e Vodafone Omnitel N.V., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, commi 2 e 3, 21 e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società David2 S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 100.000 € (centomila euro);

c) di irrogare alla società Vodafone Omnitel N.V. una sanzione amministrativa pecuniaria di 80.000 € (ottantamila euro);

d) che i professionisti David2 S.p.A. e Vodafone Omnitel N.V. comunichino all'Autorità, entro il termine di venti giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

Le sanzioni amministrative di cui alle precedenti lettere b) e c) devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in considerazione della natura dell'illecito e per assicurare al pubblico la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE  
*Roberto Chieppa*

IL PRESIDENTE  
*Giovanni Pitruzzella*