

DELIBERA n. 36/09/CONS

Archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 22/08/DIT avviato nei confronti della società Wind telecomunicazioni S.p.A. per la violazione dell'articolo 70 del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, in relazione alla trasparenza tariffaria delle carte telefoniche internazionali denominate "four" e "five"

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 28 gennaio 2009;

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

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

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

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS, (di seguito, "il regolamento in materia di procedure sanzionatorie");

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 22/08//DIT ed il relativo verbale di accertamento del 22 settembre 2008, notificato in data 1 ottobre 2008, con il quale sono state contestate alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. con sede legale in Roma, Via G. C. Viola, 48 in relazione alla trasparenza tariffaria delle carte telefoniche internazionali denominate "Four" e "Five", le violazioni:

a) del combinato disposto dei commi 1, lettera d), 3 e 6, dell'art. 70, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (recante il Codice delle comunicazioni elettroniche) per non aver presentato, in modo chiaro, esatto e completo, i contenuti del servizio nonché i termini e le modalità di erogazione ed in particolare i prezzi, l'unità di conteggio e le modalità di tassazione applicate e per aver scalato sulle carte prepagate, di cui alla tabella riportata nel citato verbale di accertamento, importi differenti e maggiori rispetto a quelli resi noti dai profili tariffari pubblicizzati (in termini minutar);

b) dell'art. 70, comma 4, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per aver modificato, senza preavviso, le condizioni economiche applicate ai servizi telefonici internazionali offerti al pubblico..

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la società interessata in data;

VISTA la memoria difensiva della Wind Telecomunicazioni S.p.A., pervenuta in data 28 ottobre 2008 e registrata al protocollo dell'Autorità n. 68081/2008;

CONSIDERATO quanto segue:

### **I Deduzioni della società Wind Telecomunicazioni S.p.A.**

#### **a) Sulla fattispecie concretamente dedotta**

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. (infra solo WIND) nella prima parte della memoria descrive le modalità di fruizione dei servizi offerti dalle carte internazionali "Four" e "Five", il relativo funzionamento nonché il meccanismo di tariffazione minutario applicato.

I tariffari minutari relativi alle carte "Four" e "Five" sono differenziati per Paese di destinazione, ovvero indicano i minuti di conversazione di cui è possibile usufruire per ciascuna delle destinazioni in essi presenti.

Nei tariffari viene altresì indicato il costo dello scatto alla risposta: più precisamente, la carta "Four" indica i minuti effettivi con singola chiamata, raffrontandoli con quelli solo teorici che si otterrebbero non tenendo conto dello scatto; la carta "Five" riporta separatamente il costo per lo scatto alla risposta.

In via preliminare, la società WIND precisa che le carte prepagate internazionali di cui al verbale n. 22/08/DIT non sono pubblicizzate né diffuse dalla WIND, bensì dalla Managest Media S.p.A. (di seguito "Managest").

WIND non possiede né gestisce alcuna delle informazione sulle tariffe di dette carte, né sulle eventuali rimodulazioni delle stesse né sulla relativa comunicazione, appunto in quanto tali attività sono predisposte esclusivamente dalla società Managest. L'attività di predisposizione dei tariffari al cliente, la relativa campagna commerciale nonché ogni valutazione preventiva ad essa concernente è dunque direttamente predisposta da Managest.

#### **b) Sul difetto di legittimazione passiva in capo a WIND**

La parte interessata contesta un difetto di legittimazione passiva in capo all'operatore WIND.

In primo luogo le carte in contestazione non sono commercializzate da WIND; nel caso di specie, WIND si limita a svolgere un'attività di mero trasporto ai sensi dell'art. 14 del D. Lgs. 70/2003. In altri termini, WIND ha un ruolo di mero trasportatore sulla propria rete di comunicazione del traffico telefonico internazionale acquistato con le suddette carte; altrimenti detto, WIND si limita a fornire la rete necessaria all'utilizzo del traffico telefonico internazionale acquistato da Managest. In tal senso, si legge sulle carte che le stesse sono "powered by WIND/Infostrada".

#### **c) Sull'illecito trattamento sanzionatorio del cumulo materiale della sanzione**

La società Wind non condivide l'applicazione del criterio del cumulo materiale di reati con conseguente esclusione del cumulo formale in quanto non può ritenersi che, nella denegata ipotesi in cui WIND dovesse essere ritenuta responsabile delle specifiche violazioni contestate nel verbale di accertamento rispetto all'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche (di seguito C.C.E.), la stessa debba essere considerata plurime volte responsabile in ragione delle plurime carte internazionali che le possono essere contestate.

Se passasse un tale principio ne conseguirebbe che chiunque potrebbe inviare all'Autorità centinaia di carte internazionali che rientrano in tale casistica, rendendo così sanzionabile la WIND per la sanzione di settore prevista moltiplicata per centinaia di carte.

Pertanto si dovrebbe giungere alla conclusione che o si dà alla norma sanzionatoria amministrativa un'interpretazione logico-sostanziale, per cui si ritiene che la condotta illecita rimane eventualmente una (ovvero quella di aver violato il disposto dei commi 1 lettera d), 3, 4 e 6, dell'art. 70 del C. C.E.), o si interpreta in maniera illogica la stessa, ritenendo chiunque responsabile della stessa condotta illecita per un numero indeterminato di volte pari a quante sono le carte internazionali contestate. In quest'ultimo caso, però, si renderebbe il soggetto responsabile per lo stesso fatto plurime volte, in palese violazione del generale principio del ne bis in idem.

In conclusione, WIND ritiene che nel caso di specie la condotta sanzionata rimane eventualmente una, ovvero quella di aver violato il combinato disposto dei commi 1, lettera d), 3, 4 e 6, dell'art. 70 C.C.E, in quanto unica è la condotta a tali disposizione collegata, pur se eventualmente ripetuta; correlativamente, si deve ritenere che unica è l'azione eventualmente posta in essere.

## **II Valutazioni dell'Autorità in relazione alle eccezioni sollevate dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A.**

Con la prima eccezione pregiudiziale la società WIND sostiene che l'Autorità sarebbe stata indotta in errore per l'indicazione della dicitura "powered by WIND/Infostrada" presente sulle schede prepagate internazionali "Four" e "Five" ed ha avviato, pertanto, il presente procedimento sanzionatorio nei confronti della stessa ritenendola responsabile della condotta illecita. Tuttavia, alla luce delle argomentazioni addotte e della documentazione prodotta a supporto dalla società interessata, WIND non può essere ritenuta responsabile della condotta contestata, in quanto la commercializzazione ed la diffusione al pubblico delle schede prepagate è effettuata dalla società Managest Media S.p.A. con sede legale in Milano (20134), Via Crescenzago, 55, mentre la partecipazione di WIND si limita al mero trasporto del traffico.

La suddetta eccezione pregiudiziale merita accoglimento in quanto fondata e, pertanto, attesa la non imputabilità della condotta accertata in capo alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., si ritiene di non procedere all'analisi delle restanti eccezioni sollevate dalla parte.

RITENUTO, sulla base di quanto dedotto dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e delle relative prove documentali prodotte, che non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione del combinato disposto dei commi 1, lettera d), 3, 4 e 6, dell'art. 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori e gli atti del procedimento sanzionatorio;

SENTITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

### **DELIBERA**

l'archiviazione del procedimento 22/08//DIT, avviato nei confronti della società Wind Telecomunicazioni S.p.A.

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'articolo 23 *bis*, comma 2, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

Napoli, 28 gennaio 2009

IL PRESIDENTE  
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE  
Gianluigi Magri

IL COMMISSARIO RELATORE  
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato  
IL SEGRETARIO GENERALE  
Roberto Viola