

DELIBERA N. 132/06/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETÀ EUTELIA S.P.A. PER VIOLAZIONE
DELL'ART. 3 COMMA 1 E 2 DELLA DELIBERA 4/00/CIR**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 8 marzo 2006;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n.689;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTO il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie, approvato con delibera dell'Autorità n. 425/01/CONS del 7 novembre 2001, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 294 del 19 dicembre 2001, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 336/03/CONS ed il relativo allegato, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del 15 ottobre 2003, contenente modifiche ed integrazioni al regolamento in materia di procedure sanzionatorie approvato con delibera n. 425/01/CONS;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 506/05/CONS ed il relativo allegato, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 11 del 14 gennaio 2006, contenente Modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento, ed in particolare l'articolo 16 che attribuisce alla Direzione tutela dei consumatori la trattazione del procedimento sanzionatorio in oggetto;

VISTA la delibera 4/00/CIR del 9 maggio 2000 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 22 maggio 2000, n. 117;

VISTO il verbale di accertamento n. 11/05/TLC del Direttore del Dipartimento Garanzie e Contenzioso del 16 settembre 2005, notificato alla predetta società in data 17 ottobre 2005 con il quale è stata accertata a carico della Noicom S.p.A Gruppo Eutelia, con sede in Arezzo – cap 53100- , via P. Calamandrei n° 173, la violazione dell'articolo 3, comma 1 e 2 della delibera 4/00/CIR;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore del Dipartimento Garanzie e Contenzioso, n. 11/05/TLC/DGC del 16 settembre 2005, notificato in data 17 ottobre

2005, con la quale si contesta alla società Noicom S.p.A. Gruppo Eutelia la violazione accertata con il verbale n. 11/05/TLC/DGC e si individua nel funzionario Avv. Stefania Perlingieri il responsabile del procedimento;

VISTO che la società Eutelia S.p.A. ha inviato in ritardo scritti difensivi in data 6 febbraio 2006, oltre il termine di trenta giorni previsti dall'articolo 18 della legge 689/81;

VISTO che in corso di istruttoria, successivamente alla notifica dei citati atti di accertamento e di contestazione che hanno dato avvio al procedimento sanzionatorio in essere, si è appreso che la società Noicom S.p.A. si è fusa per incorporazione nella società Eutelia S.p.A. in data 1° marzo 2005 con atto notarile rep. 51826, racc. 190120, il cui atto di fusione è stato iscritto presso il registro delle imprese competente in data 8 marzo 2005;

CONSIDERATO che la società Noicom S.p.A. si è estinta per incorporazione con la società Eutelia S.p.A., il procedimento sanzionatorio in essere continua nei confronti della società incorporante Eutelia S.p.A. la quale subentra ai sensi di legge in tutti i rapporti passivi ed attivi della società estinta Noicom S.p.A.;

VISTE le risultanze istruttorie dalle quali emerge che:

Il fatto e le risultanze istruttorie

1. Il Dipartimento Vigilanza e Controllo ha segnalato, con relazione del 10 maggio 2005, prot. 687/DVeC/05, che la società Società Noicom S.p.a., ha posto in essere comportamenti in violazione a quanto disposto dall' art 3, comma 1 e 2 della delibera 4/00/CIR;
2. In data 16 settembre 2005 il Direttore del Dipartimento garanzie e contenzioso, a seguito dei controlli effettuati, ha accertato l'inottemperanza di Noicom S.p.A. alla normativa sopra riportata in quanto effettivamente la citata società ha attivato la prestazione di *Carrier Preselection* nei confronti di 15 utenti elencati nel verbale di accertamento in atti senza l'ordinativo di attivazione, atto attraverso il quale gli stessi avrebbero dovuto esprimere la inequivoca volontà di modificare il rapporto contrattuale in essere con l'operatore di accesso e di passare ad altro operatore (nel caso di specie la società Noicom S.p.a.); inoltre la stessa società non ha conservato, in qualità di responsabile del rapporto con il cliente, così come prescritto dall'articolo 3 c. 2 della citata delibera, l'originale dell'ordine trasmesso all'operatore d'accesso unitamente alla copia del contratto sottoscritto con il cliente per la fornitura della prestazione della *Carrier Preselection*;
3. Il Direttore del Dipartimento garanzie e contenzioso ha avviato, ai sensi dell'art. 4 della delibera n. 425/01/CONS, un procedimento sanzionatorio con atto di contestazione n. 11/05/TLC/DGC del 16 settembre 2005 nei confronti della

società Noicom S.p.A. Gruppo Eutelia, essendo la fattispecie segnalata sanzionabile ai sensi dell'art. 98, comma 13, del decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259;

4. In data 6 febbraio 2005 è pervenuta la memoria difensiva di Eutelia S.p.A., oltre il termine di trenta giorni previsto dall'articolo 18 della legge 689/81, in cui si afferma quanto segue:

- che per alcune utenze indicate in memoria (cinque), in difformità a quanto accertato con gli atti d'avvio del procedimento, le attivazioni delle CPS sono avvenute nel rispetto della normativa di settore;
- che comunque la società Noicom S.p.A. non può essere considerata responsabile per le indebite attivazioni di CPS contestate in quanto tali utenze, all'epoca in cui si sono verificati i fatti, erano amministrate della società Planetnetwork S.p.A. la cui gestione è passata alla Noicom S.p.A. solo alla data del 31 gennaio 2003, con la cessione del ramo d'azienda costituito dai servizi di telecomunicazioni della Planetnetwork S.p.A.;
- che in applicazione il principio di intrasmissibilità agli eredi delle obbligazioni pecuniarie derivanti da illecito amministrativo, di cui dall'articolo 7 della legge 689/81, la società Eutelia S.p.A. non può essere considerata responsabile per fatti imputabili alla società estinta Noicom S.p.A.;
- il verbale di accertamento e la contestazione n. 11/TLC del 16 settembre 2005 sono nulli per carenza della legittimazione passiva della società Noicom S.p.A tenuto conto che al momento della notifica degli atti di avvio del procedimento, la suddetta società non era più giuridicamente esistente in quanto già fusa per incorporazione con la società Eutelia S.p.A. Tale nullità è rilevabile d'ufficio ed è insanabile (Cass. Civ. Sez. I 11/02/92 n. 1528 in tema di citazione in giudizio di una società estinta);
- chiede, in subordine, la determinazione della sanzione nel minimo edittale in quanto:
 - le attivazioni non richieste delle CPS sono state generate da un comportamento di buona fede della Noicom S.p.A per un mancato aggiornamento delle banche dati; tale inadempimento è stato causato da una lunga e complessa migrazione di dati da un sistema operativo ad un altro, per la cessione del ramo di azienda dei clienti Planetnetwork S.p.A. alla società Noicom S.p.A e, successivamente, per la fusione di quest'ultima in Eutelia S.p.A.;
 - che la società Eutelia S.p.A., per eliminare o attenuare le conseguenze della presunta violazione imputabile esclusivamente alla società Planetnetwork S.p.A. prima, e poi all'estinta incorporata Noicom S.p.A., ha rimborsato e stornato le somme richieste dai soggetti segnalanti che hanno subito un'attivazione non richiesta della CPS.

Valutazione giuridica

- a. Dall'attività istruttoria, e dalla documentazione acquisita, risulta accertata l'inottemperanza di Noicom S.p.A. a quanto disposto dall' art 3, comma 1 e 2 della delibera 4/00/CIR, per aver attivato la prestazione di *Carrier Preselection* nei confronti di utenti elencati nel verbale di accertamento in atti senza gli ordinativi di attivazione e per non aver conservato, in qualità di responsabile del rapporto con il cliente, l'originale dell'ordine trasmesso all'operatore d'accesso unitamente alla copia del contratto sottoscritto con il cliente per la fornitura della prestazione della *Carrier Preselection*.
- b. Le argomentazioni addotte da Eutelia S.p.A, società in cui è stata incorporata Noicom S.p.A. per atto di fusione del 1 marzo 2005 in epigrafe riportato, la quale subentra ai sensi di legge in tutti i rapporti attivi e passivi imputabili alla società estinta Noicom S.p.A., nelle memorie difensive non sono idonee a superare i rilievi posti alla base della contestazione con cui è stato dato avvio al procedimento per le seguenti motivazioni:
 - La società Noicom S.p.A ha comunque attivato illegittimamente il servizio della CPS in violazione a quanto disposto dalla normativa in oggetto, anche se per un numero di utenze inferiore a quelle accertate con verbale di accertamento in atti;
 - La società Eutelia S.p.A, in quanto società incorporante la Noicom S.p.A., estinta per atto di fusione del 1° marzo 2005, succede, ai sensi dell'art. 2504 bis del codice civile, a titolo universale in tutti i diritti attivi e passivi della società incorporata e quindi anche nella gestione dei contratti - clienti dell'estinta Noicom S.p.A a sua volta avuti per cessione del ramo d'azienda della Planetnetwork S.p.A..E' pacifico che la fusione di due o più società realizza una successione universale mortis causa e determina l'estinzione delle società che confluiscono in quella nuova (cd. fusione in senso proprio), ovvero in una di quelle assorbite in una di esse (cd. fusione per incorporazione come il caso in oggetto), con contestuale sostituzione della nuova società o della società incorporante nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo alla società estinta (Cass. Civile Sez. II n. 22236 del 25/11/2004)
 - il principio dell'intrasmissibilità agli eredi delle obbligazioni pecuniarie da illecito amministrativo di cui all' articolo 7 della legge 689/81 riguarda la responsabilità delle persone fisiche. Nel caso di responsabilità patrimoniale imputabile alle persone giuridiche si applica la normativa del codice civile dell'articolo 2740 e ss.
 - per quanto concerne l'eccezione nullità degli atti di avvio del procedimento (verbale di accertamento e contestazione) per carenza di legittimazione passiva della società Noicom S.p.A. in quanto società estinta al momento della notifica d'avvio del procedimento si evidenziano i seguenti elementi di

fatto e di diritto: la verifica da parte dell'Autorità dei fatti in contestazione è avvenuta tra il 26 e 27 gennaio 2005, come si evince dal verbale degli ispettori del Dipartimento vigilanza e controllo in atti, arco temporale in cui la società Noicom S.p.A era ancora giuridicamente esistente; per quanto concerne l'eccezione di nullità del verbale di accertamento e della contestazione n. 11/TLC per carenza di legittimazione passiva della Noicom S.p.A. si evidenzia che la comunicazione di avvio del procedimento è avvenuta, pur se impropriamente, anche nei confronti di Eutelia S.p.A, come si evince nell'instanzazione della contestazione e della relazione di notifica dove è riportato un chiaro riferimento ad Eutelia (Gruppo Eutelia); la irregolarità della comunicazione di avvio del procedimento a persona giuridica estinta è stata comunque sanata in corso di procedimento come attestato dalla firma di persona incaricata della società Eutelia S.p.A a ricevere la notifica dell'atto di avvio del procedimento con timbro della società Eutelia S.p.A. in atti; infine è opportuno evidenziare che giurisprudenza maggioritaria della Cassazione configura la vocatio in ius di una società incorporante estinta come nullità rilevabile d'ufficio e sanabile al momento della costituzione in giudizio del soggetto incorporante (Cass.19/02/2000 n. 1918; Cass.n. 7254/2000); altra giurisprudenza della Cassazione, anche se isolata, invece ravvisa, nel caso di chiamata in giudizio di un soggetto incorporato estinto, non un caso di nullità, ma la mancanza di una delle condizioni dell'azione e cioè della legittimazione passiva del soggetto evocato in giudizio. (Cass. 20 aprile 2002, n. 5704). Pertanto, applicando tali principi per analogia assimilando la procedura di un procedimento amministrativo sanzionatorio al rito processuale, la società Eutelia S.p.A ha sanato le presunte irregolarità della comunicazione dell'avvio del procedimento ad un soggetto estinto (Noicom S.p.A.) con i comportamenti di fatto concernenti l'accesso agli atti del procedimento sia con il deposito della memoria difensiva del 6 febbraio 2006.

Determinazione della sanzione

1. L'articolo 98, comma 13, del Decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259, prevede una sanzione da determinarsi tra un minimo di € 17.000,00 ed un massimo di € 250.000,00. La valutazione del quantum della misura sanzionatoria dipende dai criteri dettati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, ovvero:

- a) la gravità della violazione;
- b) l'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
- c) la personalità dell'agente;
- d) le condizioni economiche dell'agente.

2. In merito al criterio della gravità della violazione, la condotta anti-giuridica di Noicom S.p.A., poi Eutelia S.p.A., deve essere valutata con riferimento all'interesse giuridico tutelato dalla norma che nel caso di specie consiste nel garantire la fruizione del servizio della CPS nei casi di espressa inequivoca volontà da parte dell'abbonato di modificare il rapporto contrattuale in essere con l'operatore di accesso e di passare con altro operatore imponendo all'operatore selezionato obblighi di conservazione dell'originale dell'ordine di lavorazione della CPS unitamente alla copia del contratto sottoscritto con il cliente per la fornitura della prestazione di Carrier Preselection.

3. In relazione all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, anche con riferimento alle affermazioni addotte in memoria, si deve dare atto che l'operatore si è attivato a rimborsare le somme richieste dai soggetti segnalanti che hanno subito un'attivazione non richiesta della CPS.

4. Riguardo alla personalità dell'agente, rileva il comportamento di buona fede che ha caratterizzato il comportamento posti in essere dalla società Eutelia S.p.A. in quanto la stessa non è riuscita a controllare la regolarità delle situazioni amministrative, ed in particolare la sussistenza della persistenza del consenso, nei confronti di quei clienti che avevano richiesto la fruizione della prestazione di CPS alla società Planetnetwork S.p.A, a causa delle continue migrazioni delle banche dati di tali clienti prima per cessione del ramo d'azienda telecomunicazioni della Planetnetwork S.p.A e poi per la fusione per incorporazione della Noicom SpA in Eutelia S.p.A.

CONSIDERATO che risulta inutilmente trascorso il prescritto termine di sessanta giorni per il pagamento in misura ridotta con effetto liberatorio, previsto a pena di decadenza;

RITENUTA la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 13, del Decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259, da determinarsi tra un minimo di € 17.000,00 ed un massimo di € 250.000,00.

VISTO i comportamenti posti in essere da Eutelia S.p.A. in applicazione dei criteri individuati dall'articolo 11 legge 689/81, si determina il quantum della sanzione pari al quadruplo del minimo edittale, ad € 68.000,00 (sessantottomila/00);

CONSIDERATO la necessità di diffidare la società interessata a non reiterare la violazione riscontrata;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Gianluigi Magri ai sensi dell'articolo 29 del regolamento;

ORDINA

alla società Eutelia S.p.A., con sede in Via P. Calamandrei n. 173- Arezzo -, di pagare la sanzione amministrativa di € 68.000/00 (sessantottomila/00)

DIFFIDA

la società Eutelia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione alla normativa di cui all'articolo 3, comma 1 e 2 della delibera 4/00/CIR

INGIUNGE

Alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 132/06/CONS*", entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27 della citata legge 24 novembre 1981 n. 689.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "DIT/TLC/SP".

Ai sensi dell'articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

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 competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Roma, 8 marzo 2006

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola

