



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche

DETERMINA N. 3/15/DRS

**ARCHIVIAZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA PREMIATA DITTA
BORGHINI E STOCCHETTI DI TORINO S.R.L. E BUONGIORNO S.P.A.
INERENTE AD ACCORDI NEGOZIALI PER LA FORNITURA DI SERVIZIO
DI DIFFUSIONE TELEVISIVA**

IL DIRETTORE

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*” (nel seguito denominata l’*Autorità*);

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

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, (di seguito denominato il *Codice*) e, in particolare, l’articolo 23;

VISTA la delibera n. 352/08/CONS, del 25 giugno 2008, recante “*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*” (di seguito denominato il “*Regolamento*”) e, in particolare, l’articolo 12, comma 2;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione di un nuovo regolamento concernente l’organizzazione ed il funzionamento dell’Autorità*”, come da ultimo modificata dalla delibera n. 569/14/CONS del 28 novembre 2014;

VISTA l’istanza della società Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino S.r.l. (di seguito “*Premiata Ditta*”) del 6 marzo 2015 (prot. Agcom n. 0028149 del 13/03/2015), con la quale è stato richiesto l’avvio di un procedimento di cui alla delibera n. 352/08/CONS (nel seguito il “*Regolamento*”) per la risoluzione della controversia insorta nei confronti di Buongiorno S.p.A. (di seguito “*Buongiorno*”), relativa alla fornitura di un servizio di diffusione di segnali televisivi;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I fatti all'origine della controversia

1. La Premiata Ditta è un operatore di rete televisiva in ambito nazionale (dotato pertanto di un *multiplex* nazionale) in virtù di autorizzazione generale e dell'attribuzione di diritti d'uso di frequenze televisive; la Buongiorno è una società autorizzata alla fornitura di contenuti televisivi.
2. Nella citata istanza la Premiata Ditta asserisce di avere subito un pregiudizio economico derivante dal comportamento della società Buongiorno la quale, dopo averla vincolata attraverso la sottoscrizione di una "*lettera d'intenti*", in tutto corrispondente ad un contratto, ha successivamente stipulato un contratto di cessione di capacità trasmissiva per la diffusione di segnali televisivi con altro operatore di rete (RETE A).
3. Infatti l'istante asserisce che, in data 10 settembre 2010, la convenuta società Buongiorno ha preteso ed ottenuto la sottoscrizione di un documento denominato "*lettera d'intenti*" con il quale la Premiata Ditta si è vincolata: 1) a non iniziare, continuare o concludere trattative con terzi aventi ad oggetto la cessione della propria capacità trasmissiva; 2) a non sottoscrivere un contratto di fornitura di capacità trasmissiva con società concorrenti della Buongiorno ovvero con società che operino nel settore "*gioco interattivo skill games*"; 3) a non svolgere attività direttamente concorrenti con la Buongiorno. Nel medesimo documento era stato previsto il deposito - a titolo cauzionale - di 145.000 euro, a carico della convenuta società Buongiorno, da corrispondere alla Premiata Ditta qualora non fossero state rispettate le condizioni negoziali apposte, fatte salve eventuali contestazioni mosse alla Premiata Ditta stessa e relative alla corretta esecuzione delle prestazioni richieste.
4. La società istante ha altresì evidenziato che siffatta "*lettera d'intenti*", benché richiesta dalla stessa convenuta Buongiorno, non è mai stata restituita controfirmata alla Premiata Ditta, benché più volte dalla medesima sollecitata.
5. Risulta agli atti – ottenuti dalla Premiata Ditta presso gli uffici del Ministero dello sviluppo economico – che copia della "*lettera d'intenti*" è stata però depositata presso il citato Ministero, fra gli altri documenti richiesti, a corredo della domanda di autorizzazione che la convenuta società Buongiorno ha presentato per la fornitura di contenuti e contestuale assegnazione numerica *Lcn*. La società Buongiorno avrebbe, in tale sede, altresì autocertificato che "*il canale tematico televendite identificato dall'unico marchio Winga sarà diffuso sul multiplex dell'operatore di rete Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino S.r.l.*".
6. Dalla documentazione prodotta dall'istante risulta altresì che la società Buongiorno ha ottenuto l'autorizzazione ministeriale richiesta in data 30 giugno 2011 (con provvedimento prot.n. DGSCER/DIV.III/54970) per il palinsesto identificato dal marchio "*Winga Tv*" e che in data 1 luglio 2011 ha sottoscritto accordi con RETE A per la fornitura di capacità trasmissiva nel multiplex della stessa, ai fini della diffusione del canale televisivo "*Winga*". Successivamente ha poi ceduto il ramo d'azienda alla società DADA NET S.p.A. secondo i termini di cui alla delibera di autorizzazione n. 377/12/CONS del 2/08/2012.

7. In data 6 marzo 2015 (prot. Agcom n. 0028149 del 13/03/2015) la Premiata Ditta ha, pertanto, chiesto l'avvio di procedimento di cui alla delibera n. 352/08/CONS per la risoluzione della controversia insorta con la società Buongiorno per violazione degli accordi intrapresi tra le due società oltre che per l'ottenimento di un risarcimento nella misura di euro 145.000, più ulteriore somma da valutarsi tenuto conto degli effetti del mancato rispetto dell'accordo tra le parti.

Le argomentazioni della Premiata Ditta in punti di Diritto

8. In punto di diritto la Premiata Ditta ritiene che l'atto (*lettera d'intenti*), dalla stessa sottoscritto e inviato alla società Buongiorno per accettazione formale (mai ricevuta), ha natura contrattuale dal momento che prevede obblighi immediatamente vigenti tra le parti e, in particolare, il versamento da parte di Buongiorno di un deposito cauzionale a vantaggio della Premiata Ditta in caso di mancata e/o corretta esecuzione dello stesso. La Premiata Ditta ritiene che l'atto, denominato *lettera d'intenti*, debba essere considerato a tutti gli effetti quale contratto per le ulteriori ragioni che seguono.
9. L'atto in parola ha natura contrattuale laddove la Premiata Ditta si impegna a non iniziare, continuare o concludere trattative con terzi e a non svolgere direttamente attività in concorrenza con la stessa Buongiorno, mentre quest'ultima si impegna a istituire un deposito cauzionale, da trattenere nel caso non avesse ottenuto la richiesta autorizzazione di fornitore di contenuti, e a stipulare il contratto definitivo di affitto della banda, nel caso l'avesse ottenuta. La *lettera d'intenti* prevede altresì che le parti concordano che il contratto, da sottoscrivere successivamente, dovrà essere conforme ai *principi* previsti nella stessa. Tali principi, sostiene la Premiata Ditta, sono da considerarsi di fatto clausole contrattuali laddove si parla di "Oggetto del Contratto e contenuti" definendo l'atto, la prestazione, la durata, il corrispettivo, e la capacità fornita.
10. La Premiata Ditta ritiene che l'atto in oggetto, la *lettera d'intenti*, è da intendersi "stipulato" tra le parti atteso che la Buongiorno ne ha *autocertificato* la validità avendolo depositato presso il Ministero per lo sviluppo economico al fine di ottenere l'autorizzazione come fornitore di contenuti, in forza della quale ha concluso un contratto di cessione di capacità trasmissiva con RETE A.
11. La Buongiorno, aggiunge la società istante, è venuta meno ai suoi obblighi di "sincerità, lealtà, correttezza e buona fede" sia nei confronti dell'operatore di rete Premiata Ditta, sia delle Autorità del settore, non avendo provveduto alla restituzione dell'atto controfirmato alla Premiata Ditta, pur avendolo utilizzato per i propri fini amministrativi, celando alle Autorità la condotta tenuta nei confronti di tale ultimo operatore di rete.
12. Secondo la società istante, inoltre, la Buongiorno ha causato alla Premiata Ditta un grave danno a causa:
 - della mancata ricezione del deposito pattuito di 145.000 euro, che sarebbe rimasto a suo vantaggio visti i fatti narrati;

- dei mancati corrispettivi derivanti dall'esecuzione del contratto di affitto della banda;
- della mancata cessione della capacità trasmissiva alla società controllante o ad altri operatori nel nascente settore dei fornitori di servizi per giochi e scommesse.

Il procedimento presso l'Autorità

13. Come già riferito in premessa la Premiata Ditta ha chiesto all'Autorità di intervenire, ai sensi dell'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, per dirimere la controversia in questione. L'intervento dell'Autorità dovrebbe, a quanto riportato nell'istanza, valutare la condotta della società Buongiorno e, nel caso, soddisfare una pretesa risarcitoria della Premiata Ditta, da quantificarsi complessivamente in ragione del danno patito e direttamente collegato al comportamento della società Buongiorno secondo i fatti descritti in premessa. Siffatta pretesa sarebbe comprensiva anche dei 145.000 euro pattuiti nella "*lettera d'intenti*", a titolo di penale, a cui anderebbero aggiunti ulteriori somme da commisurare, in buona sostanza, ai mancati guadagni che la Premiata Ditta avrebbe conseguito qualora non fosse stata vincolata al rapporto di esclusiva con la Buongiorno.
14. L'ufficio controversie e sanzioni della scrivente Direzione ha, conseguentemente, esaminato la domanda e gli atti prodotti ai fini della valutazione di ammissibilità della stessa, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 3 del Regolamento.

Valutazioni istruttorie

15. Giova premettere che il Regolamento, sopra richiamato, conformemente al dettato normativo di cui al Codice, ed in particolare all'articolo 23¹, rimette alla competenza dell'Autorità (articolo 2, comma 1) le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione.
16. La controversia in questione verte attorno a una *lettera d'intenti*, a cui la Premiata Ditta attribuisce una validità contrattuale, e al presunto mancato rispetto di obblighi che la stessa società istante definisce di "sincerità, lealtà, correttezza e buona fede". In altri termini la Premiata Ditta rivendica l'obbligo della convenuta di comportarsi secondo buona fede e correttezza nella esecuzione dei vincoli negoziali assunti, oltre che di dare corretta esecuzione agli stessi.

¹ Qualora sorga una controversia avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal presente Codice, l'Autorità, a richiesta di una delle parti e fatte salve le disposizioni del comma 2, adotta quanto prima, e comunque, salvo casi eccezionali, entro un termine di quattro mesi, una decisione vincolante che risolve la controversia.

17. Ciò premesso rileva che, secondo le fonti giuridiche, i contraenti sono vincolati a mantenere un comportamento coerente con i principi di cui sopra in tutti i momenti fisiologici dell'atto negoziale:
- I. nella fase delle trattative (art. 1337 del codice civile);
 - II. nella fase di esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.);
 - III. nella fase eventuale dell'interpretazione del contratto (art.1366).
18. Ne consegue che, qualunque sia la fase negoziale pertinente al caso di specie tra quelle sopra menzionate, la decisione dell'Autorità avrebbe ad oggetto obblighi previsti dal codice civile e non dalle fonti primarie e secondarie cui il Regolamento rinvia e sopra richiamate al paragrafo 15.
19. In altri termini la questione prospettata dalla Premiata Ditta, non presentando alcun collegamento con ipotesi di violazione di obblighi derivanti dal Codice delle comunicazioni elettroniche, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che costituiscono attuazione di tali obblighi, è da ritenersi estranea alla sfera di competenza della stessa.
20. L'Autorità infatti, pena la nullità radicale del proprio intervento (per difetto di attribuzione), non avrebbe alcun titolo per intervenire in questioni spettanti alla sfera decisionale del giudice ordinario.
21. Ad ulteriore conferma di quanto sopra evidenziato si osserva che la Premiata Ditta, nella questione di che trattasi, non ha indicato nell'istanza quali sono le disposizioni regolamentari che si ritengono pertinenti all'oggetto della causa e asseritamente violate dalla convenuta, secondo quanto prescritto dal Regolamento all'articolo 3.
22. Ciò premesso la questione di merito avanzata dalla premiata Ditta Borghini non rientra nell'ambito delle competenze dell'Autorità, coinvolgendo tematiche proprie della competenza della giurisdizione civile.

RITENUTO, pertanto, che ogni valutazione sulla pretesa vantata debba essere sottoposta dalla Premiata Ditta nella sede competente.

RITENUTO, per quanto premesso, di dover dichiarare l'inammissibilità della domanda di cui al presente procedimento.

DETERMINA

L'archiviazione ai sensi e per gli effetti degli articoli 3 e 12, comma 2, del Regolamento per la risoluzione delle controversie tra operatori di cui alla delibera n. 352/08/CONS, della controversia tra la Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino S.r.l. con sede legale in via Li Campi n. 15, 80073 Capri (NA) e la Buongiorno S.p.A. con sede legale in Borgo Omero Masnovo n. 2, 43100 Parma, per inammissibilità della domanda.

Ai sensi dell'articolo 12, comma 4, del suddetto Regolamento, il presente atto, può essere impugnato dalle parti interessate davanti alla Commissione per le infrastrutture e le reti dell'Autorità entro 10 giorni dalla sua comunicazione.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità *www.agcom.it*.

Roma, 5 maggio 2015

IL DIRETTORE
(Giovanni Santella)