COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Il Dirigente

Determinazione n. 5/2012

Oggetto: definizione della controversia XXX / Dahlia TV XXX

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

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

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*, e in particolare l'art. 84;

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229";

VISTA la legge della Regione Lombardia 28 ottobre 2003, n. 20 "Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni";

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, recante il "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" (d'ora in avanti Regolamento);

VISTA deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

VISTA la deliberazione AGCOM n. 41/09/CIR;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS;

VISTA la deliberazione AGCOM n.73/11/CONS;

VISTA la circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817;

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione del Corecom Lombardia n. 7 del 10 giugno 2010, con la quale, a norma dell'art. 19, comma 7, della citata deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione del Corecom Lombardia n. 1 del 13 gennaio 2011, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale n. 132 del 9 giugno 2011, di conferimento al dott. Mauro Bernardis dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA l'istanza presentata in data 29 giugno 2011, con cui il sig. xxx ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. della Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Dahlia TV XXX ai sensi degli artt. 14 e ss. del *Regolamento*;

VISTE le note del 30 giugno 2011 e del 6 febbraio 2012, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa in data 15 marzo 2012;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 15 marzo 2012;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta del funzionario incaricato dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento

Con l'istanza presentata in data 29 giugno 2011, il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. della Lombardia per la definizione della controversia con l'operatore Dahlia TV XXX (d'ora in avanti Dahlia), avente ad oggetto l'asserito inadempimento da parte dell'operatore in ordine ad un contratto di abbonamento residenziale per servizi televisivi a pagamento.

Il sig. XXX, nell'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, presentata il 16 marzo 2011 prot. n.4607, rappresentava di aver acquistato, a settembre 2010, il pacchetto "Gold" di Dahlia, smart card n°41163819422, per complessivi euro 129,00, in quanto era l'unica emittente a trasmettere le partire di calcio del campionato italiano di serie B, cui l'utente era interessato, e di aver subito l'interruzione delle trasmissioni televisive da parte dell'operatore.

All'esito infruttuoso della conciliazione, per mancata partecipazione dell'operatore, il sig. XXX presentava l'istanza di definizione di cui ora si tratta, chiedendo al Co.Re.Com. che Dahlia venisse

condannata a rimborsare la somma di euro 129,00, pari al costo del servizio acquistato, oltre interessi e rivalutazione monetaria, e a risarcire i danni per mancata fruizione del servizio, quantificati dallo stesso in euro 65,00, oltre alle spese della procedura.
All'udienza del 15 marzo 2012 si presentava soltanto l'utente, il quale, stante l'assenza dell'operatore, si riportava a quanto già esposto nell'istanza di definizione amministrativa e alle richieste in essa formulate.

Motivi della decisione

Preliminarmente, in relazione alla richiesta di risarcimento danni avanzata dall'utente, occorre ricordare che l'art. 19 del Regolamento (Allegato A alla Delibera AGCOM n.173/07/CONS) attribuisce al Co.Re.Com. esclusivamente il potere di condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o a corrispondere indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Pertanto, in base alla normativa vigente, le richieste di risarcimento dei danni esulano dalla competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e, di riflesso, dei Co.Re.Com. Tuttavia, in applicazione del principio generale di efficienza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, la richiesta avanzata dall'utente può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen juris* indicato dalla parte, la quale, eventualmente, potrà poi rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per ottenere anche la liquidazione dell'eventuale maggior danno che ritenga di aver subito.
Nel merito della vicenda è da evidenziare che, sul piano istruttorio, l'utente ha prodotto la copia della smart card Dahlia, dichiarando di aver effettuato il pagamento della somma complessiva di euro 129,00 nel mese di settembre 2010 a titolo di abbonamento annuale ai servizi televisivi a pagamento forniti dall'operatore, e lamentando l'interruzione delle trasmissioni televisive anticipatamente rispetto alla scadenza di settembre 2011.
Nell'ambito dei principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni, è da richiamare il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento o da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, ex art. 1218 codice civile. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla carta dei servizi.
Nella fattispecie, a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione dedotto dall'utente, incombeva dunque a Dahlia l'onere di fornire la prova dell'adempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte o dimostrare l'esistenza di cause esimenti della propria responsabilità, che hanno determinato l'interruzione del servizio anticipatamente rispetto al termine contrattuale.
In proposito, l'utente riferisce di aver acquistato l'abbonamento annuale "Gold" di Dahlia nel mese di settembre 2010, pagando il corrispettivo di euro 129,00, circostanza di fatto non contestata dall'operatore.
L'operatore, invece, non ha prodotto le memorie difensive richieste con la comunicazione di avvio del procedimento di definizione del 30 giugno 2011 prot. n.11569, né ha preso parte all'udienza convocata, e quindi non ha fornito alcun riscontro probatorio idoneo ad escludere la propria responsabilità in merito ai fatti contestati, né ha addotto alcuna giustificazione.
Peraltro, è da rilevare che, ai sensi della delibera AGCOM n.278/04/CSP, art. 4, il fornitore di servizi televisivi a pagamento deve garantire il servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni.

Nel caso in esame, risulta che Dahlia ha interrotto ufficialmente le trasmissioni televisive a partire dal 25 febbraio 2011, tant'è che, in quella data, la stessa Dahlia diramava sulle maggiori testate nazionali il seguente comunicato stampa: "*Dahlia TV è spiacente di comunicare che, malgrado i plurimi tentativi posti in essere al fine di garantire la continuità delle trasmissioni e quindi di mantenere, se pur parzialmente, attiva la struttura, in relazione al mancato concretizzarsi di accordi fattivi in tal senso, è costretta a cessare, a far data da oggi, le trasmissioni. Ciò nell'assoluto rispetto della normativa vigente. Dahlia TV coglie l'occasione per ringraziare, in primis, i propri dipendenti e poi tutti coloro che hanno contribuito al suo mantenimento fino alla data odierna. Particolare ringraziamento va soprattutto ai clienti ed agli appassionati che l'hanno sostenuta fino ad oggi*".
Inoltre, risulta che dal 28 febbraio 2011 sul sito internet della società (www.dahliatv.it) appariva il seguente annuncio: "*Dahlia tv e il suo staff sono spiacenti di comunicare che, nonostante tutto l'impegno profuso in questi mesi per offrire il migliore servizio e ricambiare la fiducia accordata dai propri clienti, si trovano costretti ad interrompere le trasmissioni. Ringraziamo e ci scusiamo con tutti i clienti e gli appassionati che ci hanno scelto e seguito fino ad oggi*".
E' evidente che, in mancanza di una valida prova idonea ad escludere la responsabilità di Dahlia per l'anticipata interruzione dei servizi televisivi, deve ritenersi che il disservizio lamentato si sia verificato per causa imputabile all'operatore, con conseguente diritto dell'utente ad ottenere il rimborso del costo dell'abbonamento per il periodo di mancata fruizione del servizio, conseguente all'interruzione.
Tale periodo, considerato che la data di inizio dell'interruzione delle trasmissioni, come visto sopra, è da individuarsi nel 25 febbraio 2011, va dunque dal 25.2.2011 al 30.9.2011, per un totale di 218 giorni.
Passando ora alla determinazione del *quantum* del rimborso, rilevato che la spesa sostenuta dall'utente per l'abbonamento annuale ai servizi televisivi di Dahlia ammontava ad euro 129,00, dividendo il predetto importo per i 365 giorni di un anno, risulta un costo giornaliero di euro 0,35 che, moltiplicato per i 218 giorni di assenza del servizio (25.2.2011-30.9.2011), determina un importo complessivo di euro 76,30 quale somma indebitamente pagata e quindi da rimborsare all'utente.
In merito alla richiesta di risarcimento danni (*recte*: indennizzo) per la mancata fruizione dei servizi televisivi, è da osservarsi quanto segue.
Dal provvedimento n.22617 del 19.7.2011 emesso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, risulta che, in data 10 gennaio 2011, il cda di Dahlia decideva la messa in liquidazione della società a fronte della grave situazione economica in cui si trovava, lasciando attivi sia la programmazione che i palinsesti, fino a quando sono naufragate le due distinte iniziative finalizzate a garantire l'erogazione dei servizi, che prevedevano l'affitto di un ramo d'azienda ad una società di nuova costituzione.
Ciò stante, Dahlia comunicava ufficialmente l'interruzione dei programmi televisivi, prima, in data 25.2.2011 a mezzo stampa, poi, in data 28.2.2011 tramite avviso sul sito internet.
L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comminava una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di Dahlia per pratica commerciale scorretta, poichè il messaggio diffuso a mezzo internet violava il disposto di cui agli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, in quanto idoneo a indurre in errore le persone alle quali era rivolto o da esso raggiunte circa lo stato di interruzione dell'attività principale del professionista nonché sulle iniziative tese a tutelare i diritti riconosciuti agli utenti in merito ai servizi già acquistati.
Inoltre, nell'ambito del predetto procedimento, l'AGCOM formulava il seguente parere: "*il messaggio in oggetto pur caratterizzandosi non per la sua natura prettamente commerciale, bensì per il suo carattere di "pubblicità notizia", risulta esser potenzialmente dannoso nei confronti della clientela, la quale viene sì messa a conoscenza dell'interruzione del servizio da parte dell'emittente in questione, ma non viene informata in merito alle misure cautelative che lo stesso intende intraprendere, alla possibilità di ottenere un ristoro economico e alle relative modalità per ottenere lo stesso. Sul punto occorre sottolineare che, poiché qualsiasi procedura concorsuale prevede a favore dei creditori delle specifiche forme di pubblicità, funzionali a renderli edotti circa le forme di tutela previste a favore degli stessi, costituisce onere del professionista informare la propria clientela relativamente alle*

iniziative che lo stesso intende intraprendere a favore dell'integrità del patrimonio sociale e della massa creditoria. Il cliente, infatti, che si è trovato, a fronte del pagamento di un servizio, a vedersi negata la fruizione dello stesso, ove non debitamente informato, può ritenere di non aver diritto ad alcuna forma di risarcimento. Ciò costituisce una grave forma di violazione dei diritti dei consumatori, i quali, non essendo debitamente informati, in quanto vengono fornite loro notizie tanto generiche quanto perentorie circa lo stato del servizio fornito da Dahlia TV, si trovano in uno stato di palese asimmetria informativa. Di conseguenza, la condotta perpetrata dall'operatore in questione risulta essere altamente lesiva degli interessi dei propri abbonati, in quanto omette di dare loro notizia delle eventuali iniziative a loro disposizione o eventualmente promosse dall'operatore volte a tutelare i propri diritti".

L'avvenuta interruzione del servizio senza l'adozione di tutte le misure e gli accorgimenti idonei a salvaguardare le prerogative degli utenti, come dimostrato dal tenore dei provvedimenti delle due Autorità che sono intervenute (v. sopra), porta a qualificare il comportamento dell'operatore come lesivo dei diritti dei consumatori/utenti e fonda dunque il diritto del sig. XXX all'ottenimento di un indennizzo.

Per quanto riguarda la quantificazione di tale indennizzo, premessa l'applicabilità *ratione temporis* al caso in esame della delibera AGCOM n.73/11/CONS in materia di indennizzi, si deve considerare che dal 25.2.2011 Dahlia cessava definitivamente la trasmissione dei programmi televisivi e in pari data presentava ricorso al Tribunale Civile di XXX per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, poi accordata con decreto del 23 marzo 2011, per cui Dahlia perdeva di fatto la qualità di operatore radiotelevisivo; da tale data si verificava dunque una 'interruzione del servizio' generalizzata nei confronti della totalità degli utenti, dovuta alla cessazione dell'attività imprenditoriale.

Poiché tale ipotesi di cessazione non è espressamente contemplata dall'art. 4 della citata delibera 73/11/CONS, si deve fare ricorso all'ipotesi residuale contemplata dall'art. 12, comma 3, secondo cui "per le fattispecie d'inadempimento o disservizio non contemplate dal presente regolamento trovano applicazione, ai fini della definizione delle controversie ai sensi degli articoli 14 e ss. del Regolamento, le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi similari dal presente provvedimento, avuto riguardo alla gravità dell'inadempimento e secondo i criteri di cui al comma 1".

Il caso di specie può essere assimilato, tra le varie ipotesi previste dal regolamento, a quello di cui all'art. 4, comma 1 "Indennizzo per sospensione o cessazione del servizio" secondo cui "nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di sospensione".

Nell'applicare tale disposizione, essendosi il disservizio originato dalla cessazione definitiva dell'attività di impresa da parte dell'operatore, che ha inciso nei confronti di tutti gli utenti, ed avendo la fattispecie in questione ad oggetto servizi televisivi a pagamento, che, in quanto tali, non costituiscono servizio universale ai sensi della direttiva 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale), poi trasfusa nel d.lgs. n.259/2003 "Codice delle Comunicazioni Elettroniche", e considerato, infine, che, secondo la delibera AGCOM 79/03/CSP (art. 11, comma 2), gli indennizzi devono essere proporzionati al pregiudizio arrecato, si deve ritenere equo e ragionevole, date le circostanze del caso, operare una riduzione della misura dell'indennizzo, determinando lo stesso unitariamente in euro 1,50 al giorno, che, moltiplicati per i 218 giorni di durata del disservizio, porta ad una somma complessiva di euro 327,00.

Le somme di cui sopra dovranno essere maggiorate dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione, 29 giugno 2011, fino alla data di effettivo pagamento da parte di Dahlia.

Per quanto riguarda le spese di procedura, in considerazione della partecipazione dell'utente all'udienza di definizione e dell'attività dispiegata dallo stesso utente in termini istruttori e documentali, si ritiene ragionevole liquidare in via equitativa in favore dell'istante l'importo omnicomprensivo di €. 50,00.

CONSIDERATO che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTO altresì che l'istante abbia diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 50,00;

DETERMINA

1. La società Dahlia TV XXX. è tenuta a corrispondere, a favore del sig. XXX:

   a) la somma di euro 76,30 a titolo di rimborso delle spese sostenute per il contratto di abbonamento per servizi televisivi (smart card n. 41163819422), oltre interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza;
   b) la somma di euro 327,00 a titolo di indennizzo per mancata fruizione dei servizi televisivi, oltre interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza;
   c) la somma di euro 50,00 a titolo di rimborso forfettario e omnicomprensivo delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subìto, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera n.179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera AGCOM n.173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n.259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 69/2009.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e della circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Milano, 10 settembre 2012

Il dirigente
dott. Mauro Bernardis