

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 130

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Comune di xxx c/ Telecom Italia xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 23/07/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

| | |
|----------------------------|------------|
| Prof. Alessandro Manganaro | Presidente |
| Prof. Carmelo Carabetta | Componente |
| Dott. Gregorio Corigliano | Componente |

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.re.com. Calabria;

Visti:

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, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 11 gennaio 2012, acquisita al prot. Co:Re.Com Calabria n. 1459, con cui il Comune di xxx, in persona del sindaco legale rappresentante p.t., ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la società Okcom xxx, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

la nota del 19 gennaio 2012 (prot. n. 2820), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

l'avviso di convocazione (prot. n. 15148/12 del 26 marzo 2012) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 20 aprile 2012, alla relativa udienza di discussione, successivamente posticipata su richiesta di Telecom Italia xxx all'8 maggio 2012;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 8 maggio 2012, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

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

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il Comune di xxx ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Telecom Italia xxx (di seguito anche T.I.). La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

L'11 febbraio 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

La ricorrente si è lamentato del ritardo nella conclusione della procedura di rientro da Fastweb verso T.I., richiesta il 17 febbraio 2011 e conclusa il 15 dicembre 2011, nonché dell'arbitraria interruzione dei servizi telefonici sopportata dal 18 luglio 2011 al 15 dicembre 2011, deducendo di aver subito gravissimi pregiudizi. L'utente si è lamentato altresì di aver presentato numerosi reclami rimasti senza esito alcuno, di aver esperito tentativo di conciliazione, con contestuale provvedimento d'urgenza rimasto inottemperato dall'operatore e trasmesso a cura di questo Co.Re.Com. all'Agcom per l'adozione di misure sanzionatorie. Solo in data 15 dicembre 2011, Telecom provvedeva a riattivare l'utenza attraverso la sostituzione di alcuni cavetti.

La ricorrente ha domandato, pertanto la corresponsione degli indennizzi, sanciti dall'allegato A della delibera 73/11/CONS: per 302 giorni di ritardo nella procedura di rientro, per 150 giorni di sospensione della linea e per il mancato riscontro ai reclami a far data dal 18 luglio 2011 sino al 20 dicembre 2011 (per un totale di 155 giorni), nonché il rimborso delle spese di procedura.

Telecom Italia xxx, tempestivamente costituita, ha chiesto la declaratoria di inammissibilità dell'istanza di definizione, in quanto superata dalla pendenza di un ricorso esperito ex art. 700 c.p.c., con comparizione delle parti al 20 febbraio 2012. Nel merito T.I. ha domandato il rigetto delle avverse domande adducendo diverse ragioni.

L'operatore ha allegato, tra l'altro, una copia del ricorso notificato. L'atto introduttivo del giudizio cautelare civile, depositato prima dell'instaurazione del presente procedimento, contiene la domanda di riattivazione dei servizi, avvenuta il 15 dicembre 2011. Il Comune con il ricorso d'urgenza, oltre a soddisfare le esigenze cautelari, ha chiesto al Tribunale l'accertamento dei danni di natura patrimoniale, contrattuale e non, con contestuale istanza di concessione di un termine per la fissazione del giudizio di merito.

In udienza di definizione, l'operatore ha ribadito la pendenza del ricorso **ex art. 700 c.p.c.** e ha dichiarato che il giudizio è proseguito con rinvio al 9 luglio 2012 per l'esperimento di prova, riproponendo la domanda di inammissibilità **ex art. 14, co. 2, del regolamento.**

1. In tema di rito.

L'istanza è inammissibile ai sensi dell'**art. 14 della delibera 173/07/CONS.**

Il ricorso di urgenza è in linea di massima compatibile con l'avvio di un procedimento di definizione della controversia, allorché però esso contenga domande di sola natura cautelare. Il ricorso **ex art. 700 c.p.c.**, ove limitato alla domanda di riattivazione o a far cessare altre forme di abuso o di cattivo funzionamento dei servizi, è rivolto a soddisfare anche finalità analoghe a quelle perseguite dal provvedimento di urgenza disciplinato dall'**art. 5 della delibera 73/11/CONS.** Il provvedimento d'urgenza **ex art. 700 c.p.c.** ha, poi, natura più complessa, pur conservando le caratteristiche di provvedimento strumentale e anticipatorio ed è rivolto verso la provvisoria realizzazione di una situazione giuridica attiva già perfetta, attraverso il provvisorio mantenimento di uno stato di fatto esistente. **L'atipicità del provvedimento giudiziale permette, infatti, l'estensione dei suoi effetti al di là della conclusione del procedimento, potendosi riverberare in maniera definitiva sul rapporto regolato.** Come recentemente accertato dal Trib. di Como, Sent. 10-10-2011, infatti, *"la regola, secondo la quale l'ordinanza cautelare perde la sua efficacia, se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio fissato dal giudice che l'ha emessa (e comunque, ove detto termine non venga fissato, in quello ex lege di 60 giorni), non trova, infatti, applicazione nel caso dei provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700"*. Il provvedimento d'urgenza, quindi - nella versione novellata dalla l. n. 80/2005 - **conserva la sua efficacia, ancorché senza autorità di cosa giudicata, nell'ipotesi in cui le parti non intendano instaurare il giudizio di merito.**

Senonché, non può sottacersi, come riconosciuto da recente giurisprudenza, che la tutela cautelare sia da escludersi in relazione a quelle situazioni giuridiche, la cui esistenza dipenda da una pronuncia giudiziale costitutiva, poiché in tal caso l'effetto anticipatorio del provvedimento **ex art. 700 c.p.c.** si risolverebbe in realtà in un anomalo effetto costitutivo della situazione giuridica stessa. Secondo la prevalente giurisprudenza, infatti: *"la tutela urgente deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; quindi le sentenze costitutive (proprio come invocata nel presente giudizio diretta alla risoluzione del contratto di locazione in essere tra le parti), non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché quest'ultima eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando"* (Tribunale di Bari, sezione terza, ordinanza del 10.5.2012, n. 2529).

Per altro verso, nella fattispecie odierna, il ricorrente, nel proporre il ricorso cautelare, non richiede solo la riattivazione del servizio - peraltro ad oggi già conseguita -, bensì domanda l'accertamento della responsabilità con condanna al risarcimento del danno, **chiedendo espressamente altresì la fissazione di un termine perentorio per l'instaurazione del giudizio di merito.**

Orbene, l'istanza diretta a conseguire il risarcimento dei danni - per un procedimento pendente tra le stesse parti, per il medesimo oggetto - contenuta nel ricorso d'urgenza è rivolta al giudice cautelare ed anche laddove fosse stata irritualmente esperita, sarebbe *ex se* idonea a sostenere la declaratoria di inammissibilità della domanda di definizione amministrativa della controversia. In ogni caso poi, il ricorso d'urgenza appalesa espressamente l'intenzione del Comune di proseguire il procedimento di merito nel rito civile, sciogliendo ogni residuo dubbio in proposito.

Conseguentemente, la presente istanza di definizione è da ritenersi inammissibile **ex art. 14 co. 2 del regolamento**, in conformità al celebre brocardo *"electa una via non datur recursus ad alteram"*.

2 Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

La declaratoria d'inammissibilità dell'istanza porta alla compensazione delle spese del procedimento.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti; Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'inammissibilità della domanda proposta dal Comune di xxx.

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

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito web dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale