

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

TRABUIO S. / SKY ITALIA XXX

(LAZIO/D/214/2015)

Registro Corecom n. 18/2016

IL DIRIGENTE

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”;

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”;

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 del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente sig. S. Trabuio presentata in data 11.03.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti di Sky Italia XXX, di seguito per brevità “SKY”, la mancata trasparenza contrattuale in merito alla tariffa applicata richiedendo la restituzione delle somme eccedenti quanto pattuito o, in alternativa, la risoluzione contrattuale senza oneri.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. di avere aderito, in data 11.01.2014, ad un contratto proposto da un promotore Fastweb per l’attivazione dei servizi Fastweb + Sky , al costo di Euro 25,00 mensili “per sempre”.

b. alla perplessità dell’istante della condizione “per sempre”, davanti a testimoni, chiedeva conferma e gli veniva confermata da promotore;

c. prima ancora che si procedesse con la migrazione della propria utenza in Fastweb da precedente e diverso gestore, apprendeva da altro promotore Fastweb che non esisteva alcuna formula a Euro 25/mese per sempre, bensì che la tariffa sarebbe cambiata dopo il primo anno di attivazione;

d. tutti i tentativi di contattare il promotore col quale aveva stipulato si rivelavano vani;

e. qualche giorno dopo venivano attivati i servizi Sky e Fastweb;

f. prima della scadenza dell'anno contrattuale, contattava nuovamente il servizio clienti Fastweb che riferiva che se il cliente fosse receduto prima del secondo anno erano dovute penali ad entrambi i gestori e che dopo il primo anno, comunque, sarebbe cambiato l'importo dei canoni; precisava che tutte le comunicazioni dovessero essere inoltrate a Sky in quanto gestore della parte amministrativa del contratto.

g. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso nell'udienza del 2.03.2015, si concludeva con esito negativo con l'operatore SKY poiché assente, mentre l'istante evidenziava di aver raggiunto un accordo transattivo con l'operatore Fastweb prima dell'udienza fissata, rinunciando quindi a qualsiasi pretesa nei confronti di quest'ultimo.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto all'operatore SKY:

- i. Conferma delle condizioni contrattuali pattuite ad €25,00 mensili per sempre;
- ii. Recesso dal contratto immediato senza alcuna penale e restituzione degli importi applicati successivamente al primo anno di contratto.

2. La posizione dell'operatore SKY.

SKY ometteva di presenziare all'udienza del tentativo di conciliazione e, sebbene attinta dalla comunicazione di avvio del procedimento, trascurava di depositare opportune memorie difensive a sostegno delle proprie tesi e di depositare eventuale documentazione probatoria.

3. Motivazione della decisione

In via preliminare, deve disporsi lo stralcio della memoria e della documentazione depositata dall'istante poiché tardiva rispetto al termine di giorni 30 (scadenza al 17.04.2015) previsti nella comunicazione di avvio del procedimento, ricevuta dall'istante in data 18.03.2015, mentre la memoria veniva depositata in data 23.04.2015.

Si precisa che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia è limitato agli eventuali indennizzi o rimborsi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, quali conseguenza dell'accertamento di inadempimenti contrattuali.

Pertanto la domanda dell'utente volta ad ottenere la permanenza contrattuale alla tariffa inizialmente pattuita, non può essere presa in esame dall'organo adito, in quanto a nessun obbligo di *facere* può essere condannato il gestore, bensì al solo pagamento di rimborsi/indennizzi, ove previsti.

Per la stessa motivazione è inammissibile anche la domanda di “recesso immediato” senza alcuna penale, oltre alla ovvia considerazione che il recesso o la risoluzione contrattuale, essendo espressioni tipiche della volontà negoziale, sono diritti disponibili delle parti contrattuali.

Data la scarna rappresentazione dei fatti da parte dell'utente, l'assenza di qualsiasi documentazione di supporto e l'inammissibilità di tutte le domande proposte, esclusivamente in un'ottica di *favor utentis*, si procederà alla disamina di merito, cercando di interpretare la volontà dell'utente rispetto al contratto (mantenimento o risoluzione ?) con lo scopo di chiarire, alla luce della normativa di settore, gli scenari connessi all'ipotetica scelta dell'utente di mantenere o meno il vincolo contrattuale.

Pur non avendo l'utente piena consapevolezza del contenuto del contratto cui avrebbe aderito, dalle riferite circostanze di stipula, emerge l'ascrivibilità del caso in esame all'ipotesi di contratto stipulato fuori dai locali commerciali, secondo la disciplina recata dal Capo I -Sezione I Codice del consumo (D.lgs. 206/2005), nonché dalla del. n.664/06/CONS.

La richiamata disciplina impone all'operatore, in caso di contestazione del o sul contratto, l'onere di provare l'esistenza dello stesso attraverso materiale cartaceo o telematico.

Tale onere non è stato assolto da Sky, rilevata la mancata partecipazione del gestore al procedimento.

Nel caso specifico si tratta dunque di accertare se la dinamica di prospettazione dell'offerta contrattuale, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia integrato i requisiti posti dalla normativa succitata a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt.52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (art.64).

Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la “distanza” lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo. Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista, ovvero: le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire “prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza” (art.52); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto duraturo, di tutte le informazioni rese ai sensi dell'art.52 “prima od al momento dell'esecuzione del contratto” (art.53); il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro dieci giorni lavorativi, decorrenti dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi di cui all'art.52 “qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto...”(art.64, co.1 e 65, co.2 ,lett.b).

La violazione del dovere di consegna del documento informativo di cui all'art.53, comporta l'ampliamento del termine concesso al consumatore per l'esercizio del recesso che, per i contratti a distanza, è “di 90 giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto”. (art.65, co.3).

Sulla scorta della normativa generale, la Delibera 664/06/CONS ha imposto vincoli ancora più stringenti alla condotta dell'operatore di TLC che adotti la tecnica "a distanza" per la stipula dei contratti di telefonia; ciò in considerazione di un ambito caratterizzato da costante evoluzione tecnologica e concorrenzialità del mercato, dove le capacità di orientamento e valutazione del consumatore sono oltremodo sollecitate e si postula l'esigenza di configurare uno jus poenitendi rafforzato e di agevole esercizio, soprattutto quando la proposta sia telefonica.

Assume rilievo, allora, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 2 (Conclusioni dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica) che stabilisce, in linea generale, che la volontà inequivoca dell'utente di concludere il contratto deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale anche elettronico, con la specifica che nel caso venga utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi sul contratto stipulando ed il consenso informato dell'utente, " possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, "sempre che l'operatore abbia adempiuto anche agli oneri di cui al comma seguente" ; ciò deve avvenire, ai sensi del successivo comma 6, mediante l'invio di un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni di cui all'art.53, comma 1 del Codice del Consumo (condizioni e modalità di esercizio del diritto di recesso, recapiti del gestore per i reclami, servizi di assistenza e garanzie), nonché delle informazioni di cui all'art.52, quelle cioè relative al contratto concluso (caratteristiche essenziali del servizio, prezzo, esistenza del diritto di recesso, durata e validità dell'offerta e del prezzo ecc.).

In alternativa al modulo di conferma, l'operatore può redigere un vero e proprio contratto in base alle informazioni risultanti dal vocal order, ed inviarlo all'utente per la sottoscrizione, "al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto" (comma 7).

Lo spirito della disposizione normativa è finalizzato a rafforzare il diritto del consumatore ad avere piena consapevolezza circa le proposte commerciali alle quali ha precedentemente aderito per telefono, mediante presa visione di un documento scritto, al fine di verificare la rispondenza delle condizioni all'offerta prospettata e di poterci ripensare.

Si deve dunque escludere che la prova circa la valida conclusione del contratto sia stata raggiunta in questa sede, in forza di quanto stabilito dall'art.6, comma 2 della delibera 664/06/CONS: "nei procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie relative alla conclusione di un contratto a distanza di fornitura di beni o servizi di comunicazioni elettroniche, l'operatore può fornire prova dell'avvenuta conclusione del contratto solo dimostrando di aver adempiuto gli obblighi di cui all'art.2, commi 5, 6 e 7 (...) " .

Ciò chiarito, a prescindere dalla contraddittoria e già dichiarata inammissibile domanda di recesso svolta dall'utente, si deve dedurre che la sua contestazione non sia sulla validità o esistenza del contratto, bensì sul suo contenuto, ovvero sull'applicazione della tariffa di Euro25/mese per sempre, anziché solo per il primo anno, come poi si è verificato a suo dire.

In caso contrario infatti, ove fosse dichiarata sulla base della rilevata lacuna probatoria, la nullità del contratto in aderenza alla contestazione di cui sub B) "*recesso del contratto immediato, senza alcuna penale con restituzione degli aumenti*", il contratto nullo dovrebbe essere cessato immediatamente con dismissione dei servizi e possibile perdita della numerazione telefonica attiva in Fastweb: pronuncia possibile allo stato degli atti, ma che non si ritiene aderente a quanto

richiesto dall'utente con l'attivazione del presente contenzioso; né la volontà di recedere può essere ricondotta ad una sola delle due componenti del contratto Home Pack (fonia o Tv) perché non risulterebbe quale delle due e perché la cessazione di una, comporterebbe comunque la decadenza della promozione Home Pack, ove temporalmente ancora attiva, con l'applicazione delle tariffe di listino.

Pertanto, in assenza di prova contraria da parte dell'operatore sul contenuto del contratto (recte: durata dell'offerta) prevale la deduzione dell'utente circa la tariffazione pattuita al momento della stipula fuori dai locali commerciali dell'operatore.

Si deve tuttavia precisare che l'Home Pack è una promozione che si traduce in una scontistica sui prezzi di listino praticati dai due gestori (o sul listino di uno solo di essi) in cambio dell'impegno da parte del cliente a mantenere attivo il contratto con entrambi per un periodo prestabilito (12 mesi in genere, o 24). La tariffa connessa ad una promozione non può dunque essere applicata "per sempre" e il bundle Home Pack cui ha aderito l'utente, è senza dubbio una promozione limitata nel tempo. Del resto, anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, attraverso molteplici pronunce, ha avuto modo di stigmatizzare come pratica commerciale scorretta la dicitura "per sempre" riferita a piani tariffari degli operatori di tlc.

Concludendo, non essendo nota la durata della promozione, ovvero se limitata ai primi dodici mesi come riferito dal Servizio Clienti Fastweb o, in ipotesi, estesa a 24 (o più mesi), la pretesa dell'utente a vedersi riconosciuto il canone inizialmente pattuito di 25€/mese, può essere accolta fino alla data di deposito dell'istanza di definizione (11.3.2015), con diritto al rimborso delle somme eccedenti i 25€ mensili sulle fatture emesse fino a tale data.

Pur non essendo state depositate dall'utente le fatture riportanti l'aumento del costo mensile, le stesse possono essere agevolmente individuate con riferimento alle mensilità di febbraio e marzo 2015. Poiché neanche la prova del pagamento è stata prodotta dall'utente, Sky dovrà procedere a tale verifica e, in caso negativo, disporre unicamente lo storno contabile.

Resta inteso che oltre la data individuata di cristallizzazione dei fatti di controversia (marzo 2015), il rapporto contrattuale deve intendersi accettato alla tariffazione effettivamente praticata che, se corrispondente ai prezzi di listino, potrà essere motivo di disdetta da parte dell'utente senza debenza di alcuna penalità o costi, considerato che questi ultimi, quand'anche previsti dal contratto non potevano essere a lui noti, per mancato invio del contratto stesso, come accertato in precedenza.

3.2 Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) da porsi a carico di Sky stante l'assenza dell'operatore all'udienza per il tentativo di conciliazione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di S. Trabuio nei confronti della società Sky Italia XXX.
2. La società Sky Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura.
3. La società Sky Italia XXX è tenuta a rimborsare all'istante la somma eccedente i 25€ mensili sui canoni fatturati di febbraio e marzo 2015.
4. La società Sky Italia XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 08/04/2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto