

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. MASSAFRA / SKY ITALIA XXX

(LAZIO/D/334/2015)

Registro Corecom n. 45/2016

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 G. Massafra presentata in data 15 aprile 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti del gestore Sky Italia XXX (di seguito, per brevità, “SKY”) la applicazione di un profilo tariffario diverso da quello concordato, l’indebita fatturazione e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato che:

a. Di essere stato contattato, a seguito di disdetta di un precedente contratto, dall’operatore SKY e di aver stipulato nuovo contratto con il medesimo gestore in data 4 novembre 2014 a mezzo registrazione telefonica con l’operatrice codice 2719365;

b. l'offerta prevedeva uno sconto del 20% annuale sul pacchetto SKY HD ed un canone per la visione del pacchetto SKY TV pari ad € 9,90 per i primi sei mesi ed € 17,90 per quelli successivi, oltre alla visione gratuita dei pacchetti SKY Cinema, Sport e Calcio fino alla data del 31/12/2014. A partire dal 01/01/2015, inoltre, si prevedeva l'attivazione di un pacchetto SKY a scelta (nella fattispecie Cinema ad € 7,00 mensili), con uno sconto del 50% sul canone, per l'intero anno in corso;

c. a far data dal 01/01/2015, diversamente invece da quanto concordato, non è stato più visibile il pacchetto SKY Cinema;

d. di aver, pertanto, inoltrato numerosi reclami sia telefonici che a mezzo sms e mail, oltre a 4 reclami scritti a mezzo fax, con i quali veniva richiesta la copia della registrazione telefonica del 04/11/2014, l'adeguamento degli importi alle condizioni concordate e l'attivazione del pacchetto SKY Cinema;

e. l'operatore non ha mai dato risposta ad alcun reclamo;

f. in data 06/02/2015 veniva introdotta la procedura di conciliazione presso il Corecom Lazio e l'operatore SKY non partecipava all'udienza fissata per il 15/04/2015 e, nello stesso giorno, veniva depositata l'istanza per la definizione della presente controversia.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto all'operatore SKY (richiamando espressamente le richieste formulate nel formulario UG):

1. il rimborso delle somme pagate in eccedenza sulle fatture;
2. un indennizzo per l'applicazione di un profilo tariffario non richiesto;
3. un indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
4. un indennizzo per il mancato invio del modulo contrattuale cartaceo;
5. oltre spese di procedura

2. La posizione dell'operatore SKY.

L'operatore SKY, sebbene regolarmente convocato per l'udienza di conciliazione, non è comparso né ha depositato memorie esplicative e/o difensive al fine di prendere posizione sui fatti contestati dall'istante nel procedimento di definizione.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Non può essere presa in considerazione, ai fini della definizione della presente procedura, la documentazione depositata dall'Utente oltre il termine perentorio stabilito con la nota di avvio del procedimento.

Viene inoltre rigettata, in quanto inammissibile, la domanda sub 4); il mancato invio del modulo di conferma, infatti, non costituisce autonomo motivo per la concessione di un indennizzo ma, eventualmente, presupposto per l'accertamento di eventuali inadempimenti del Gestore.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

Sull'attivazione di profilo tariffario non richiesto

L'istante afferma di avere aderito ad una offerta di *retention* formulata dal gestore in seguito al recesso dall'originario contratto e che il gestore, alla scadenza prevista, dal 1.1.2015, non ha applicato la condizione contrattuale espressamente accettata, di fruizione del pacchetto cinema con lo sconto del 50% sul prezzo di listino.

Nella presente procedura il gestore ha omesso di depositare opportune memorie al fine di poter prendere posizione sui fatti contestati.

A fronte delle contestazioni dell'utente sul contenuto del contratto, sarebbe stato onere probatorio dell'operatore, fornire la prova della conclusione del contratto alle diverse condizioni effettivamente dallo stesso applicate.

La fattispecie rientra nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'Art. 50 e segg. del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n. 664/06/CONS con riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

In particolare, si richiamano in materia:

1) la Delibera n. 278/04/CSP "Direttiva in materia di carte dei servizi e qualità dei servizi di televisione a pagamento", secondo la quale "I comportamenti dei fornitori di servizi di televisione a pagamento nei confronti degli utenti si ispirano a criteri uguaglianza, trasparenza e imparzialità." (art. 4 - principi generali); 2) la Delibera n. 79/09/CSP "Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (call center) nel settore delle comunicazioni elettroniche" secondo la quale "*Gli operatori sono responsabili del rispetto delle disposizioni della presente direttiva, a prescindere dalla tecnologia utilizzata e dalla modalità organizzativa con cui i servizi telefonici di contatto sono resi, senza alcuna differenziazione tra servizi prestati direttamente o indirettamente, ossia tramite società di servizi cui viene affidata la gestione degli stessi*" (Art. 3 sulla responsabilità degli Operatori) e "*Gli operatori assicurano, nell'effettuazione di contatti outbound, il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 4 della presente direttiva. Nel caso di contatti a scopo di proposta contrattuale – sia inbound che outbound - gli operatori assicurano, nella gestione del contatto con l'utente e in tutta la fase pre-contrattuale il rispetto delle norme previste: a) dal codice delle comunicazioni elettroniche, in particolare dall'art. 70; b) dal codice del consumo, in particolare dagli articoli 24 e 52; c) dal regolamento in materia dei contratti a distanza, di cui alla delibera 664/06/CONS*" (Art. 8 sui contatti outbound e contatti a scopo contrattuale).

Assume rilievo, in particolare, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'Art. 2 della Delibera n. 664/06/CONS il quale stabilisce che la volontà inequivoca dell'utente di concludere il contratto – nella fattispecie, a determinate condizioni - deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale (...), 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.

Nel caso di specie SKY non ha fornito prova di aver inviato la conferma del contratto per iscritto ed in base alla quale l'utente avrebbe potuto esercitare il diritto di ripensamento, ove non la ritenesse conforme alle proprie aspettative. La circostanza è confermata dall'utente stesso che precisa che non avrebbe stipulato un nuovo contratto senza la condizione di fruire del pacchetto cinema a condizioni agevolate.

E' noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (CASS. n. 2387/04) secondo il quale *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.*

Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

Nel caso in esame SKY aveva, pertanto, l'onere di dimostrare per tabulas il contenuto del contratto applicato, che è stato contestato dall'utente; in assenza di tale prova, è valida la deduzione dell'utente e cioè che il contratto, oltre alla scontistica sul canone per i primi sei mesi e quella per i successivi 6, prevedeva la fruizione del pacchetto cinema scontato del 50%.

Per quanto riguarda il termine iniziale dal quale computare l'indennizzo, la contestazione principale sulla mancata fatturazione scontata del pacchetto cinema dal 1.1.2015, rientra in quella più generale di mancata attivazione di tutta la scontistica offerta alla stipula (- 20 % sui servizi tecnologici), perciò a valere almeno dal 6.11.2014 (48h dalla stipula per l'attivazione del nuovo profilo tariffario), così come confermato anche dal reclamo del 16.1.2015.

Spetta pertanto all'utente, l'indennizzo per l'attivazione di profilo tariffario non richiesto ai sensi dell'art.8, comma 2 dell'allegato A alla Delibera n.73/11/CONS per l'importo di Euro 160,00.

Quanto alla collegata richiesta di rimborso di quanto fatturato e pagato in eccedenza, non sono state depositate le fatture interessate da detto rimborso, né prova dei pagamenti effettuati e pertanto la domanda non è esaminabile.

Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante lamenta infine la mancata risposta ai reclami a partire dal primo del 3/01/2015, come da documentazione depositata in atti.

Rileva, allora, il disposto dell'Art. 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo Art. 11, comma 2, della medesima delibera e anche della Carta Servizi), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Nel caso delle CGC dell'Operatore SKY, come sostenuto dall'Utente, tale termine è di 30 giorni.

Ed invero la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta per l'evidente finalità di dare all'Utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco ed agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato dall'Utente, da cui è derivata per lo stesso una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'Articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Considerato che SKY non ha mai risposto al richiamato reclamo, non ha partecipato all'udienza di conciliazione né ha svolto alcuna azione difensiva, viene riconosciuto all'utente un indennizzo dalla data del 02/02/2015 (detratti i 30 giorni utili alla risposta) al 15/04/2015 (data del deposito dell'istanza di definizione) per un totale di Euro 72,00.

4. Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 150,00 (cento cinquanta/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione da porsi a carico dell'operatore SKY, attesa la mancata difesa e già comprensivi della sanzione prevista per la mancata partecipazione all'obbligatorio 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 del Signor G. Massafra nei confronti della società SKY Italia XXX.
- 2) La società SKY Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 150,00 (cento cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. € 160,00 (cento sessanta/00) a titolo di indennizzo ex Art. 8, comma 2, allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - ii. € 72,00 (settantadue/00) a titolo di indennizzo ex art. 11 allegato A Delibera 73/11/CONS.
- 3) 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.
- 4) 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.
- 5) È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
- 6) 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, 14/09/2016

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto