

DELIBERA N. 440/10/CONS

Definizione della controversia
Ceriello / SKY ITALIA S.r.l.

L'AUTORITA',

NELLA riunione del 9 settembre 2010;

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'articolo 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 l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259 recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la delibera n. 334/03/CONS, recante "*Disposizioni procedurali relative alla risoluzione delle controversie attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi della decisione della Commissione europea COMP/M.2876 del 2 aprile 2003 (Newscorp/Telepiù)*";

VISTA la Delibera n.173/07/CONS recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza del 21 settembre 2009 (Prot. n. 0073278/09), con la quale il Sig. Ceriello, rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea Gaudino, ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Sky Italia S.r.l. (di seguito, Sky);

VISTA la nota del 21 dicembre 2009 (Prot. n. 94158/09), con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del regolamento allegato alla delibera n. 173/07/CONS, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 12 gennaio 2010;

UDITA la parte istante nel corso dell'udienza del 12 gennaio 2010;

PRESO ATTO della mancata comparizione dell'operatore Sky nella predetta udienza a causa della mancata ricezione da parte di Sky S.r.l. della nota di convocazione che ha determinato l'impossibilità per la società di presenziare alla suindicata udienza ovvero produrre memorie difensive in merito ai fatti oggetto di vertenza;

VISTA la nota del 26 marzo 2010 con la quale la Direzione ha inviato alla Sky tutta la documentazione depositata dal sig. Ceriello e, contestualmente, ha richiesto di produrre memorie difensive in merito ai fatti oggetto di vertenza, pervenute in data 8 aprile 2010, entro i termini specificati;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

Il Sig. Ceriello, titolare della *smart card* n. xxxxx, lamenta l'infondatezza della pretesa creditoria vantata dalla Sky nei propri confronti e l'illegittima disattivazione della *smart card*, nonostante la regolare corresponsione degli importi relativi al canone di abbonamento.

In particolare dall'istanza introduttiva del procedimento è emerso che:

i. la società Sky Italia S.r.l., con lettera del 4 dicembre 2008, contestava al sig. Ceriello un uso illegittimo della *smart card*, impropriamente utilizzata presso un locale commerciale;

ii. nella medesima comunicazione la società intimava all'istante di pagare la somma di euro 800,00 nonché la sottoscrizione di un nuovo contratto. Il predetto importo veniva corrisposto dal cliente, nonostante il disconoscimento di ogni responsabilità in merito ai fatti contestati. Il sig. Ceriello dava altresì evidenza dell'impossibilità di stipulare il contratto offerto dalla società in quanto persona fisica e non giuridica;

iii. l'istante, con lettera del 3 gennaio 2009, eccepiva l'erroneità della contestazione in quanto la scheda non sarebbe stata utilizzata presso un locale pubblico e/o commerciale, bensì presso un circolo privato, con fini religiosi e senza scopo di lucro con accesso riservato esclusivamente ai soci;

iv. in ogni caso, nella citata missiva inviata dalla società all'istante non vi era alcun riferimento al verbale con il quale l'incaricato Sky avrebbe contestato la violazione;

v. con successiva lettera di messa in mora datata 7 aprile 2008 la Società invitava l'istante a corrispondere l'importo residuo, pari ad euro 6.403,50, a titolo di

penale, come previsto dalle condizioni generali di contratto (articolo 5.1. delle CGC relative ad abbonamenti residenziali);

vi. nel mese di gennaio 2009 la *smart card* veniva disattivata, nonostante il regolare pagamento dei canoni di abbonamento.

Per quanto sopra esposto il sig. Ceriello chiede di obbligare la società Sky Italia S.r.l. a stornare l'importo di euro 6.403,00, al rimborso della somma pari ad euro 800,00 indebitamente corrisposta, alla corresponsione di un equo indennizzo per la disattivazione (347 giorni) della *smart card* nonostante il regolare pagamento dei canoni nonché al rimborso delle spese procedurali.

La società Sky Italia S.p.A., con nota dell'8 aprile 2010, ha prodotto memorie difensive in merito ai fatti oggetto di contestazione. In particolare ha specificato che *“in data 3 novembre 2008 ha disattivato il segnale riconducibile alla smart card n. xxxxx relativo al contratto di abbonamento di tipo residenziale intestato al sig. Ceriello, a fronte dell'utilizzo della stessa non conforme a quanto stabilito dalle relative condizioni generali di abbonamento. Più precisamente, in data 4 ottobre 2008, il personale incaricato da Sky ha riscontrato che la suindicata smart card è stata utilizzata illecitamente presso l'Associazione Maria Addolorata in Sant'Anastasia (NA), alla Via Roma 66. Al riguardo, ai sensi dell'articolo 5.1 delle condizioni generali di abbonamento di tipo residenziale, l'utilizzo della card è limitato all'ambito familiare e domestico, e l'eventuale violazione configura un illecito contrattuale sanzionabile con l'applicazione di una penale di un importo compreso tra euro 2.500,00 ed euro 6.960,00. Inoltre, la predetta condotta, può configurare anche un'ipotesi di illecito extracontrattuale, sanzionabile ai sensi dell'articolo 171 – ter lettera e) della legge n. 633/41, come sostituito dall'articolo 14.1 della legge n. 248/2000. Infatti, per la fruizione dei servizi Sky presso esercizi commerciali o, comunque, luoghi aperti al pubblico, come circoli ricreativi, associazioni di vario tipo, parrocchie, vengono stipulati contratti di abbonamento distinti rispetto a quelli di tipo residenziale. Alla luce di ciò, il 4 dicembre 2008 è stata inviata una raccomandata a/r all'Associazione Maria Addolorata con la quale la Sky evidenziava che l'utilizzo improprio della smart card rappresenta un inadempimento contrattuale dell'intestatario ed integra, altresì, gli estremi di un illecito extracontrattuale, sempre a danno di Sky, essendo tale condotta penalmente sanzionata. Pertanto Sky ha proposto all'associazione il pagamento della somma di euro 800,00 oltre la sottoscrizione di un contratto di abbonamento per pubblici servizi. A seguito di tali comunicazioni il sig. Ceriello ha versato in favore della Sky il predetto importo; tuttavia non ha provveduto a stipulare un ulteriore contratto”*.

In conclusione Sky, nel ribadire la legittimità della propria condotta, evidenzia la volontà di adire, in ogni caso, le opportuni sedi giurisdizionali per il risarcimento del danno.

II. Motivi della decisione.

Preliminarmente bisogna specificare che la manifestata volontà della società Sky S.r.l. di adire le competenti sedi giurisdizionali per l'azione di risarcimento dei danni derivanti dalla condotta del proprio cliente non può considerarsi rilevante in questa sede, né può ritenersi idonea ad inficiare la conclusione del procedimento instaurato innanzi all'Autorità. La proposizione di un ricorso giurisdizionale, a seguito del tentativo obbligatorio di conciliazione, determina l'improcedibilità dell'istanza di definizione solo se l'Autorità è adita contestualmente o successivamente al giudice ordinario. Nel caso di specie sig. Ceriello, conformemente a quanto previsto dal regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS, all'esito negativo della procedura conciliativa, ha avviato l'azione innanzi all'Agcom confermando l'assenza di un giudizio tra le stesse parti e vertente sul medesimo oggetto. In ogni caso, la mera ed eventuale azione risarcitoria resta indipendente rispetto alla procedura amministrativa di risoluzione della controversia. La quantificazione e la liquidazione del danno esula, infatti, dalle competenze dell'Autorità la quale, in sede di definizione *“ove riscontri la fondatezza dell'istanza...può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”*, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4 del Regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS.

Tanto premesso, nella fattispecie in esame sembra potersi rilevare la violazione delle condizioni contrattuali commessa da parte del sig. Ceriello. Quest'ultimo pur avendo stipulato un abbonamento residenziale con Sky ne ha permesso l'utilizzo presso l'Associazione SS Maria Addolorata. Tale utilizzo, in particolare, non risulta compatibile con la tipologia di contratto stipulato. L'articolo 5.1 delle condizioni di abbonamento residenziale prevede, infatti, che l'utente si impegna a fruire del servizio fornito da detta società tramite l'uso dell'apparecchio televisivo *“nell'ambito familiare e domestico restando inteso che non è consentito diffondere e distribuire né ai fini commerciali né a scopo di lucro i programmi decodificati oggetto del servizio in ambienti e locali pubblici e/o aperti al pubblico e comunque in luoghi diversi dall'ambito familiare e domestico (...)”*.

Da tale disposto emerge, dunque, l'improprietà dell'utilizzo della *smart card* per abbonamento residenziale: se può forse apparire dubbia la riconducibilità di un'associazione all'interno della categoria *“locali pubblici e/o aperti al pubblico”*, nessun dubbio però sussiste sulla non configurabilità della sede dell'Associazione in esame come *“ambito familiare e domestico”*, per quanto in tale ente manchi la finalità commerciale o di lucro.

La violazione contrattuale, d'altronde, è confermata anche dall'Associazione, tramite il suo Presidente, con comunicazione diretta a Sky nella quale si precisa che *“si stava solo effettuando da parte di un socio del circolo una prova del nuovo televisore acquistato da poco e nient'altro, anche per sperimentare la visibilità dei programmi Sky sul nuovo schermo installato per un possibile abbonamento”*.

Tale ammissione rende superflua ogni ulteriore indagine circa la validità di quanto documentato dall'incaricato di Sky circa l'accertamento dell'utilizzo, in data 4 ottobre 2008, della *smart card* intestata al sig. Ceriello in luogo non riconducibile all'ambito familiare e domestico.

Non risulta fondata, di conseguenza, la richiesta avanzata dall'istante volta ad ottenere un indennizzo per la sospensione del servizio.

L'inadempimento contrattuale riscontrato legittima, infatti, la società Sky a risolvere il contratto ed a vedersi risarcito il danno subito.

Per le suesposte motivazione, inoltre, non può trovare accoglimento la richiesta di rimborso della somma di euro 800,00 già corrisposta dal cliente a titolo di penale contrattuale. Tuttavia la penale contrattuale richiesta dalla Società nei confronti del sig. Ceriello appare non rispettosa del principio di correttezza ed evidentemente sproporzionata al pregiudizio lamentato.

A ben vedere nella fattispecie in esame, la richiesta di pagamento della penale quantificata nell'importo massimo causa uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale. Per un verso, infatti, l'inadempimento del sig. Ceriello risulta attenuato per via del fatto che all'interno del circolo privato in questione non si perseguono finalità commerciali o di lucro. Inoltre il sig. Ceriello si è spontaneamente adoperato al versamento della somma di euro 800,00 chiesta all'Associazione di cui fa parte, mostrando dunque un atteggiamento collaborativo ed in buona fede.

Per altro, le pretese della società Sky sono suscettibili di configurare un abuso del diritto soggettivo, nella misura in cui la stessa esercita il proprio diritto con modalità non del tutto rispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale e perseguendo risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri o facoltà furono attribuiti. Sky, in effetti, a fronte dell'illecito contrattuale, ha comunicato al sig. Ceriello, in data 15 dicembre 2008, la risoluzione del contratto e, con riferimento agli articoli 5.1 e 5.2 del contratto di abbonamento residenziale, ha fatto riferimento all'applicabilità al caso concreto di una penale contrattuale di importo compreso tra euro 2.500,00 ed euro 6.960,00. Tali importi, per l'illecito in questione, sono stati confermati anche dalla documentazione di Sky inviata all'Autorità in data 8 aprile 2010 in relazione alla controversia in trattazione.

In parallelo, tuttavia, Sky con altra comunicazione del 4 dicembre 2008, in riferimento all'Associazione SS Maria Addolorata, ha proposto la definizione bonaria della controversia mediante il pagamento, a saldo e stralcio in via transattiva, della somma di euro 800,00.

Infine Sky, con comunicazione del 7 aprile 2009, ha sollecitato il pagamento da parte del sig. Ceriello al netto dell'acconto di euro 800,00 già versato della penale contrattuale da essa quantificata, solo allora, nell'ammontare di euro 6.960,00 più interessi e spese legali.

In conclusione, quindi, con le prime comunicazioni Sky risolve il contratto con il sig. Ceriello e indica nei suo confronti una penale contrattuale, senza però quantificarla tra un minimo ed un massimo; con altra documentazione chiede un versamento a titolo

transattivo di euro 800,00 all'Associazione con la stipula di un contratto per pubblici esercizi. Solo a seguito di diniego opposto dall'Associazione ad entrambe le richieste avanzate nei suoi confronti, Sky procede a quantificare la penale nei confronti del sig. Ceriello nell'importo, però, massimo indicato della precedente comunicazione (euro 6.960,00): il tutto senza alcuna considerazione esplicativa né giustificativa.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, dunque, si ritiene equo stabilire una congrua una riduzione della penale applicata dalla società Sky nei confronti del sig. Ceriello, proporzionata alla gravità dell'illecito ed alla condotta tenuta dalle parti coinvolte.

CONSIDERATO che la società Sky Italia S.r.l. ha fornito un adeguato supporto probatorio comprovante la fondatezza della contestazione sollevata nei confronti del sig. Ceriello;

RILEVATO, pertanto, che la sospensione della *smart card* legittimamente consegue all'inadempimento contrattuale accertato nonché l'applicazione della penale prevista dalle condizioni generali di contratto di tipo residenziale;

RITENUTO, tuttavia, che alla luce del comportamento tenuto dalle parti la penale richiesta dall'operatore sia manifestamente sproporzionata e non giustificata;

RITENUTO, infine, che l'importo già corrisposto dal Sig. Ceriello, pari ad euro 800,00, possa ritenersi adeguato e proporzionato alla violazione commessa, tenuto conto della buona fede dimostrata dall'utente nel pagamento della suddetta somma e della mancata giustificazione, da parte della società Sky, della applicazione della penale nella misura del massimo edittale;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione dei Commissari Enzo Savarese e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

1. in accoglimento parziale dell'istanza presentata dal sig. Ceriello la Società Sky Italia S.r.l. è tenuta a stornare la fattura emessa a titolo di penale contrattuale, con diritto a trattenere la somma di euro 800,00 già versata dall'istante a titolo di penale, a saldo e stralcio.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 19, comma 5, della delibera 173/07/CONS.

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.

Ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Roma, 9 settembre 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Enzo Savarese

Sebastiano Sortino

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola