DELIBERA DL/084/17/CRL/UD del 05 giugno 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

A. MARCIANO / SKY ITALIA XXX

(LAZIO/D/32/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 05 giugno 2017;

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 Lazio 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 A. Marciano del 18 gennaio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

La Sig.ra A. Marciano, titolare di un abbonamento con SKY, ha lamentato nei confronti del gestore la mancata visione, a decorrere dalla stagione calcistica 2014/2015, di 1 partita del Campionato di calcio di serie A, trasmessa la domenica alle ore 15.00, che poteva essere scelta dall’abbonato e che era inclusa nell’offerta sottoscritta.

Aveva reclamato tale disservizio e, non avendo ricevuto alcun riscontro dal gestore, era stata costretta ad acquistare il pacchetto "Calcio". Successivamente aveva richiesto che le venisse confermata la promozione per un ulteriore anno, al fine di valutare se disdire il contratto, ma non aveva ricevuto alcuna risposta da SKY, avendo gli operatori del call center soltanto suggerito di attendere la scadenza del contratto per vedere se fosse stata accettata la richiesta di estendere la promozione. Tale situazione aveva impedito di procedere alla disdetta nei tempi contrattualmente previsti, con conseguente addebito di penali per aver esercitato il diritto di recesso, nonché l'addebito degli sconti di cui aveva usufruito

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- il rimborso di € 112,00 per l'acquisto del pacchetto "Calcio" per sopperire al disservizio della mancata visione;
- l'indennizzo di € 100,00 per la mancata visualizzazione della partita domenicale;
- l'indennizzo di € 300 per mancata risposta al reclamo;
- il rimborso di € 47,00 (11,53+35,50) per addebiti non dovuti;
- il rimborso di € 300,00 per spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore Sky.

Sky, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue.

- La Sig.ra A. Marciano aveva aderito nel mese di febbraio 2013, tramite l'operatore telefonico Fastweb, all'offerta denominata "Home Pack", che era disciplinata da due distinti contratti (uno con SKY per i servizi di pay TV e l'altro con Fastweb per i servizi di telefonia e internet), entrambi regolati da separate condizioni generali di contratto oltre alle condizioni relative all'offerta congiunta dei due operatori per assicurare il coordinamento tra i servizi.
- Per quanto riguarda la componente SKY, la cliente aveva aderito al pacchetto "SKY TV + SKY Sport", che prevedeva ogni weekend la visione di 3 partite di campionato di serie A, senza alcuna indicazione in merito all'orario delle partite trasmesse.
- SKY, come previsto dall'offerta, ha sempre garantito con il pacchetto "Sport" la visione di tre partite del Campionato di calcio italiano di serie A e che, comunque, il calendario degli eventi calcistici di tale campionato veniva predisposto e aggiornato dalla lega calcio e non dal gestore.
- SKY, inoltre, informava gli abbonati degli eventi inseriti nel palinsesto e delle eventuali variazioni, con almeno 7 giorni di anticipo rispetto all'evento, pubblicando le informazioni nella Guida TV, accessibile tramite telecomando, nonché sul sito proprio internet.
- Per quanto riguarda l'attivazione del pacchetto "Calcio", l'utente chiedeva nel mese di gennaio la disdetta dell'abbonamento SKY e, successivamente, in data 27 gennaio 2014, decideva di proseguire con l'abbonamento, usufruendo di una serie di sconti.
- Nel mese di maggio 2014, in prossimità della conclusione del Campionato di calcio italiano di serie A della stagione 2013/2014, chiedeva di chiudere il pacchetto "Calcio", lasciando attiva, dal 1 luglio 2014 la combinazione SKY TV+ Famiglia + Sport.

- In data 2 novembre 2014 accettava nuovamente di riattivare il pacchetto "Calcio", aderendo all'offerta che prevedeva, per la durata di 15 mesi, uno sconto di 7,10 € sul canone mensile di € 14.
- Nel mese di marzo 2015 comunicava la volontà di recedere anticipatamente dall'abbonamento SKY e il recesso veniva registrato nei sistemi con effetto dal 30 aprile 2015. A fronte del recesso anticipato, emetteva due fatture (n. 603504205 e n. 604496848), nelle quali era stato addebitato il canone fino alla chiusura del contratto, il costo operatore (11,53) per la restituzione del decoder e la restituzione degli sconti fruiti per violazione del vincolo di durata minima dell'offerta (35,50).
- A seguito della riattivazione in data 13 luglio 2015 dell'abbonamento SKY (combinazione SKY TV + Famiglia + Sport + Calcio), il gestore provvedeva a stornare gli importi precedentemente chiesti per i costi dell'operatore e per il recupero degli sconti fruiti, emettendo, in data 5 agosto 2015, la relativa nota di credito che è stata utilizzata per saldare la fattura del mese di agosto e, in parte, la fattura del mese di settembre
- Quanto ai reclami, in data 23 ottobre 2014 riscontrava telefonicamente la segnalazione del 21 ottobre 2014, fornendo al cliente tutte le informazioni relative al pacchetto "Sport", nonché con un messaggio sul decoder del 22 gennaio 2015 comunicava la volontà di non accogliere la richiesta formulata dall'utente il 19 gennaio 2015 in merito agli indennizzi.

3. Memoria di replica dell'utente.

In via preliminare ha contestato la ricevibilità della memoria del gestore, in quanto pervenuta all'utente in data 25.2.2016 e consegnata all'ufficio postale in data 22.2.2016, quindi oltre il termine stabilito dal Corecom.

Nel merito, precisava che: 1. all'epoca della sottoscrizione dell'abbonamento il pacchetto "Sport" prevedeva 1 partita (scelta da SKY) relativa agli incontri domenicali delle ore 15.00 del Campionato di serie A; 2. il gestore non aveva mai comunicato alcuna variazione, sebbene l'art. 9.2 delle c.g.c. lo prevedesse; 3. l'attivazione del pacchetto "Calcio" era riferibile al periodo di novembre 2014 e che le precedenti attivazione del medesimo pacchetto erano attribuibili a proprie scelte, a seguito di offerte promozionali; 4. la restituzione degli addebiti non era attribuibile all'accettazione del reclamo, ma alla riattivazione del contratto; 5. le numerose chiamate del servizio clienti nel periodo ottobre 2014-marzo 2015 (tra cui quella del 23.10.2014 citata nella memoria di SKY), non erano di risposta al reclamo inoltrato, ma in conseguenza della richiesta di disdetta del servizio; 6. quanto ai messaggi inviati su decoder, essi non erano tracciabili e dagli stessi non si evinceva a quale richiesta si faceva riferimento e, quindi, non potevano essere considerati come me risposte ai reclami effettuati

3. Motivazione della decisione.

Preliminarmente, è infondata l'eccezione sollevata dall'istante di inammissibilità della memoria depositata dall'operatore perché inviata all'utente oltre il termine stabilito nella lettera di avvio del procedimento.

Come da interpretazione autentica dell'Autorità dell'art. 16, comma 2 del Regolamento, l'inammissibilità/irricevibilità delle memorie è prevista con riferimento al solo termine di scadenza ed in relazione al solo deposito al fascicolo del Corecom/Autorità, dovendosi, in caso di mancato

recapito alla controparte, disporsi la mera rimessione nei termini per repliche della parte lesa nella difesa, ai fini del ripristino del contraddittorio. Ciò, a fortiori, esclude qualunque ipotesi di inammissibilità/stralcio in relazione alle modalità di trasmissione.

L'invio alla controparte della memoria oltre il termine indicato nella lettera di avvio del procedimento non costituisce, dunque, motivo di inammissibilità della memoria, ma, semmai, nel caso in cui la parte dimostri di non esserne venuta a conoscenza per tale ragione, può costituire motivo di rimessione in termini per garantire il diritto di difesa.

Nel caso di specie, il gestore ha trasmesso la propria memoria al Corecom in data 19.2.2016 (ore 13.10), ovvero entro il termine stabilito dalla comunicazione di avvio del procedimento (19.2.2016 ore 14.00). Essendo invece pervenuta all'utente la memoria in data 25.2.2016, il Corecom ha ritenuto ammissibile la replica dell'utente trasmessa il 6.3.2016, ovvero nei dieci giorni successivi a tale data, garantendo quindi il diritto di difesa dell'utente.

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

3.1 Sulla richiesta di rimborso

L'istante ha richiesto, per la mancata visione della partita domenicale, il rimborso della somma di € 112,00 per l'acquisto del pacchetto "Calcio" per sopperire a tale disservizio e un indennizzo di € 100,00, nonché il rimborso di € 47,00 (11,53+35,50) per addebiti non dovuti.

Ai fini della disamina della questione dedotta in giudizio, ovvero di stabilire eventuali difformità tra il contratto sottoscritto dall'utente e i servizi successivamente erogati dal gestore, è necessario quantomeno avere evidenza della documentazione da cui è sorta l'obbligazione contrattuale, nonché della documentazione contabile per l'eventuale restituzione delle somme indebitamente percepite.

Al riguardo, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), 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. 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 ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Pertanto, alla luce della richiamata giurisprudenza, l'onere probatorio sulla esistenza e sul contenuto della fonte negoziale della propria pretesa grava sull'utente che, tuttavia, non lo ha assolto, non avendo prodotto il contratto sottoscritto con SKY per i servizi pay Tv, comprensivo dell'offerta "Sport". Né può sopperire a tale lacuna il materiale commerciale depositato in atti dal gestore, che riguarda un'offerta (Multipack Sport) non in vigore all'epoca della sottoscrizione del

contratto (anno 2013), atteso che nella parte inferiore del volantino promozionale si fa riferimento ad un'offerta valida a decorre dal 7.1.2014 e, quindi, successiva all'offerta a cui avrebbe aderito l'istante.

Ad abundantiam, si segnala che le c.g.c. di SKY, depositate dal gestore e aventi validità dal 17 dicembre 2012, prevedono che il pacchetto "Sport" possa essere soggetto a variazioni derivanti dalla disponibilità o meno da parte del gestore dei diritti di trasmissione degli eventi calcistici all'inizio e/o durante ciascun campionato. E' altresì previsto l'obbligo del gestore di informare gli abbonati delle variazioni effettuate, senza tuttavia specificare le relative modalità di comunicazione. Pertanto, il gestore ben poteva variare, nel periodo oggetto di doglianza, gli eventi calcistici dell'offerta sottoscritta dal cliente, dandone comunicazione anche attraverso il proprio sito internet o tramite guida elettronica dei programmi accessibile dal telecomando dell'utente.

Alla luce delle suesposte considerazioni, non può quindi essere accolta la richiesta di indennizzo conseguente alla mancata visione della partita (tra l'altro non previsto nelle fattispecie contemplate dalla Delibera 73/11/CONS che concerne la fornitura del servizio di telecomunicazione non dei singoli pacchetti/contenuti), né la richiesta di rimborso della somma per l'acquisto del pacchetto "Calcio", di cui peraltro l'utente non deposita la documentazione attestante l'avvenuto pagamento. Peraltro si segnala che la corrispondenza sottolineata dall'utente tra l'acquisto del pacchetto "Calcio" (tutte le partite) al fine di sopperire al disagio di non vederne una a settimana ad un dato orario, ben potendo sopperire, invece, con un acquisto singolo in pay per view, richiama senz'altro una connotazione risarcitoria della domanda che di per sé è inammissibile in questa sede.

Per le stesse motivazioni non può essere accolta la richiesta di rimborso della somma di euro 47,00 per addebiti dovuti al recesso anticipato dal pacchetto "Sport", che tra l'altro il gestore - a seguito dell'attivazione del pacchetto "Calcio" - ha provveduto a stornare emettendo la relativa nota di credito n. 607498737 utilizzata per saldare la fattura n. 913890278 del 5.8.2015 e, in parte, la successiva fattura n. 608672364 del 5.9.2015, come dimostrato dalla documentazione depositata in atti.

3.2 Sulla mancata risposta al reclamo

Risultano depositati dall'utente quattro reclami inoltrati via fax, rispettivamente del 21.10.2014, del 20.1.2015, del 31.1.2015 e del 22.5.2015: i primi due aventi ad oggetto la richiesta di visualizzare la partita domenicale e di corresponsione degli indennizzi, il terzo di mantenere invariate le condizioni economiche dell'abbonamento per un periodo di almeno un ulteriore anno ed, infine, il quarto di contestazione degli addebiti presenti nelle fatture nn. 603504205 604496848 (11,53 e 35,50 euro).

Dalla documentazione in atti risulta che il gestore abbia dato riscontro soltanto al quarto reclamo per fatti concludenti, con la restituzione delle somme. E' priva di pregio la considerazione dell'utente che la restituzione degli addebiti sia avvenuta ad altro titolo e non in accoglimento del reclamo, in quanto la nozione giuridica stessa di "fatto concludente" risolve "di fatto" - anche - il motivo del reclamo stesso.

Mentre, per i primi tre reclami, ha dedotto di aver in data 23.10.2014 riscontrato telefonicamente la segnalazione del 21.10.2014, nonché di aver inviato il 22.1.2015 un messaggio sul decoder

con cui comunicava la volontà di non accogliere la richiesta formulata dall'utente il 19.1 2015 in merito agli indennizzi; tutte circostanze ammesse dall'utente.

Ciò premesso, alcune osservazioni sul contenuto di tali reclami e sulla loro riconducibilità alla nozione che dell'istituto rimanda il Regolamento ex del 179/03/CONS doverosamente vanno espresse. Quanto al reclamo del 20.10.14 (e suo sollecito del 19.1.2015), la richiesta di visualizzazione della partita in quel determinato orario (15.00) sembra rinunciata dal comportamento successivo dell'utente stesso che, per sua stessa ammissione, e precisazione concorde di controparte, già il 2 novembre accettava di riattivare il pacchetto "Calcio" (già attivato in precedenza), accedendo così alla visione di tutte le partite, ad un prezzo promosso. Così facendo manifestava diversa volontà da quella espressa col reclamo, non mettendo il gestore nelle condizioni di accoglierlo (se ciò fosse stato comunque nelle sue possibilità) perché medio tempore aveva attivato una diversa opzione; né del resto vengono avanzate delle richieste di spiegazioni sul motivo dell'accaduto.

Quanto alla richiesta di corresponsione degli indennizzi di cui alla delibera 73/11/CONS, la stessa non può essere riconducibile ad un reclamo che - giova ricordare - attiene a supposti inadempimenti nel contratto, poiché detto reclamo richiede l'adempimento di obbligazioni che afferiscono, eventualmente, all'esito di una procedura contenziosa, per cui, uscendo dall'alveo contrattuale dei doveri reciproci tra le parti, non si vede in che misura il gestore sia tenuto ad una risposta.

Per motivi assimilabili non può essere considerata tale la nota del 31.1.2015 che è un "reclamo sul reclamo" e nel quale viene peraltro ammesso di avere di aver già ricevuto una risposta scritta di rigetto.

4. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, tenendo conto che l'operatore non ha partecipato all'udienza fissata per la conciliazione e della soccombenza, si liquida in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento e del par. III.5.4 delle Linee Guida ex. Delibera 276/13/CONS, l'importo di Euro 50,00 (cinquanta/00).

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza della Sig.ra A. Marciano nei confronti della SKY Italia XXX
2. La SKY Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di € 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura.
3. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, li 05/06/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto