

DELIBERA DL/93/16/CRL/UD del 13 settembre 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

CORSETTI F. / SKY ITALIA xxx

(LAZIO/D/344/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 13 settembre 2016;

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 F. Corsetti presentata in data 17.04.2015;

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 ritardata attivazione dei servizi e la mancata risposta ai reclami.

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

a) di essere titolare di un contratto per servizi televisivi stipulato con l’operatore SKY avente ad oggetto la visione dei canali SKY TV, SKY Calcio e SKY Sport. Tale contratto, avente scadenza 30 novembre 2014, veniva disdetto dall’istante con raccomandata ricevuta da SKY in data 22 ottobre 2014;

b) che in data 2 dicembre 2014 veniva contattata dagli uffici commerciali di SKY per una offerta promozionali di retention che prevedeva uno sconto del 10% annuale sul pacchetto SKY TV e la visione gratuita dei pacchetti SKY Calcio e SKY Sport fino al 31 gennaio 2015, oltre ad uno sconto del 10% anche sui futuri pacchetti eventualmente sottoscritti a partire dal 01 febbraio 2015;

c) che l'offerta prevedeva la riattivazione del servizio entro le 48 ore e che, trascorso invano il termine concordato per la riattivazione, di aver contattato il servizio clienti SKY, attraverso il quale il gestore richiedeva la restituzione dello smart panel, sebbene tale condizione non fosse stata specificata nella conversazione telefonica del 02 dicembre 2014;

d) che lo smart panel veniva ritirato dal corriere incaricato dal gestore in data 12/12/2014, ma il servizio non veniva ancora riattivato;

e) di aver inviato, pertanto, una diffida a mezzo del proprio legale, ricevuta da SKY a mezzo fax e pec in data 19 dicembre 2014 e successivamente confermata a mezzo raccomandate ricevute dal gestore in data 29 e 30 dicembre 2014. Numerosi sono stati, da quel momento in poi, i reclami effettuati telefonicamente sia dall'utente che dal proprio legale, senza esito alcuno;

f) che l'unica comunicazione ricevuta da SKY, per posta ordinaria in data 27 gennaio 2015, riguardava la necessità di riconsegnare il decoder relativo al precedente contratto entro i 60 giorni dalla disdetta, ossia entro il 29 gennaio 2015;

g) di aver contattato immediatamente il call center SKY dal quale, nel corso di svariate telefonate intercorse anche nei giorni seguenti, veniva informata che la restituzione del decoder era condizione necessaria per la riattivazione del contratto. Anche questa condizione non era stata specificata nella conversazione del 02 dicembre 2014 ma il decoder veniva consegnato come richiesto al corriere incaricato in data 05 febbraio 2015.

h) che, nonostante un sollecito inoltrato telefonicamente in data 07 febbraio 2015, il servizio non veniva riattivato e l'utente presentava pertanto istanza di conciliazione al Corecom in data 16 febbraio 2015.

i) che in data 06 marzo 2015 riceveva una proposta telefonica di riattivazione dei servizi televisivi che accettava, benchè meno favorevole rispetto a quanto concordato precedentemente e che in data 12 marzo 2015 il contratto veniva riattivato a tali condizioni (Sky Tv + Calcio per 24 mesi ad euro 29,00).

l) che in data 09 marzo 2015 il legale dell'istante riceveva comunicazione da parte dell'operatore in riscontro alla diffida inviata in data 19 dicembre 2015 e con la quale SKY comunicava esclusivamente: *"la sua richiesta era stata tempestivamente segnalata"*;

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso nell'udienza del 15 aprile 2015, si concludeva con esito negativo stante l'assenza dell'operatore SKY Italia.

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

1. Indennizzo giornaliero di € 7,50 per omessa o ritardata attivazione del servizio, a far data dal 04/02/2014 e fino alla data di attivazione dello stesso, per un totale di 98 giorni, ai sensi dell'Art. 4 comma 1 della Delibera 73/11 CONS e dell'Art. 3, comma 1, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;

2. Indennizzo giornaliero di € 7,50 per mancato rispetto degli oneri informativi e per affermazioni non veritiere circa l'esistenza di impedimenti tecnici o amministrativi, a far data dal 04/02/2014 e fino alla data di attivazione, per un totale di 98 giorni, ai sensi dell'Art. 4, comma 2, della Delibera 73/11 CONS e dell'Art. 3, comma 2, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;

3. Indennizzo giornaliero di € 2,00 per la mancata ed adeguata risposta al reclamo del 19/12/2014, per un totale di 66 giorni (detratti i 30 giorni previsti dalla Carta dei Servizi SKY per la risposta al reclamo) per un totale di € 132,00;

4. Rimborso delle spese di procedura per € 250,00;

5. Rimborso delle spese sostenute per la partecipazione all'udienza di conciliazione alla quale non ha partecipato il Gestore, pari ad € 10,00 per l'acquisto del biglietto A/R del treno Frosinone/Roma;

6. Indennizzo di € 50,00 per affermazioni non veritiere per il mancato invio del buono spesa dell'importo di € 50,00 promesso in sede di adesione all'accordo relativo allo smart panel.

2. La posizione dell'Operatore SKY.

L'operatore SKY Italia, sebbene regolarmente convocato per l'udienza di conciliazione, non è comparso né ha depositato memorie esplicative e/o difensive al fine di poter prendere posizione sui fatti contestati dall'istante, nel presente 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 è ammissibile la domanda di indennizzo di € 50,00 per il mancato invio del buono spesa in seguito al ritiro dello smart panel in quanto riferito ad un diverso accordo intercorso fra le parti e non provato nell'istanza di definizione.

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

Sulla ritardata attivazione del servizio

L'istante afferma di avere aderito ad una offerta di retention formulata dal gestore SKY in seguito al recesso a scadenza dall'originario contratto e che il gestore ha ritardato l'attivazione dei servizi, condizionandoli ad alcuni adempimenti non specificatamente concordati nell'offerta telefonica ricevuta e che, infine, le condizioni economiche definitivamente applicate sono risultate meno favorevoli di quelle concordate.

L'utente, inoltre, afferma che l'accordo prevedesse esplicitamente la riattivazione entro le 48 ore dall'adesione alla nuova offerta.

SKY ha omesso di depositare opportune memorie al fine di poter prendere posizione sui fatti contestati dall'utente nella presente procedura.

A fronte della contestazione dell'utente circa la ritardata attivazione del contratto convenuto sarebbe stato, infatti, onere probatorio dell'operatore fornire la prova della conclusione del contratto alle diverse condizioni operative effettivamente poi dallo stesso applicate.

Il gestore, in sostanza, avrebbe dovuto dare prova che la riattivazione del contratto fosse condizionata dall'effettiva restituzione, da parte dell'utente, dello smart panel e del decoder già abbinato al contratto precedente, così come invece emerso nei numerosi contatti intercorsi tra l'utente ed il call center dell'operatore.

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 - 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 - Contatti outbound e contatti a scopo contrattuale).

Nel caso che ci occupa 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 specificazione 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.

SKY Italia non ha fornito nella presente procedura alcuna prova di aver inviato la conferma del contratto per iscritto, ma neanche ha depositato il vocal order che sarebbe stato sufficiente, posto che l'utente deduce la validità e l'efficacia di detta stipula telefonica, a provare le condizioni propedeutiche all'attivazione. In assenza di tale prova, è valida la deduzione dell'utente e cioè che il nuovo contratto si sarebbe attivato incondizionatamente entro 48 ore dalla stipula.

E' noto inoltre 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 di specie SKY Italia aveva, pertanto, l'onere di dimostrare la tempestiva attivazione dei servizi, ovvero che la mancata o ritardata attivazione fosse dipesa da causa ad essa non imputabile; così come aveva l'onere di dimostrare di avere tempestivamente informato l'utente delle eventuali difficoltà tecniche e/o amministrative incontrate nell'adempimento delle obbligazioni.

Alla luce di tutto quanto fin qui detto, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, ovvero che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa allo stesso non imputabile, deve ritenersi la responsabilità contrattuale di SKY Italia xxx.

Pertanto, in applicazione dell'Art. 3, c. 1, del Regolamento, l'indennizzo è calcolato per il periodo compreso tra il 04 dicembre 2014 ed il 12 marzo 2015 (giorno di effettiva attivazione) per l'importo di € 735,00.

Non è accoglibile la domanda di indennizzo per omessi oneri informativi ex comma 2 dell'art.3 posto che il gestore è stato già indennizzato ai sensi del comma 1, cioè per responsabilità in via principale, che assorbe pertanto il profilo indennizzatorio in via subordinata.

Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante lamenta infine la mancata ed adeguata risposta al reclamo ricevuto da SKY in data 19 dicembre 2014.

Rileva, allora, il disposto dell'Articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo Articolo 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 di SKY, come affermato dall'Utente, tale termine è di 30 giorni.

Ed invero, come sopra ricordato, la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e 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 inadeguata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi quella di cui alla fattispecie in esame e da cui è derivata per l'utente 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 ha risposto al richiamato reclamo dell'utente solo in data 9.3.2015, a problematica ormai praticamente in risoluzione e senza fornire alcuna spiegazione sull'accaduto, spetta all'utente l'indennizzo per ritardata/inadeguata risposta al reclamo dal 18/01/2015 (detratti i 30 giorni utili alla risposta) al 17/04/2015, data di deposito dell'istanza di definizione, stante l'assenza del gestore all'udienza di conciliazione, per un totale di Euro 89,00.

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 200,00 (duecento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione da porsi a carico dell'operatore SKY, comprensivo anche delle spese documentate dall'utente e della sanzione prevista per non aver partecipato all'udienza di conciliazione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della Signora F. Corsetti 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 200,00 (duecento/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

i. € 735,00 (settecentotrentacinque/00) a titolo di indennizzo ex Art. 3, comma 1, allegato A alla Delibera 73/11/CONS;

ii. € 89,00 (ottantanove/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 delibera 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 delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 13 settembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto