

DELIBERA DL/149/17/CRL/UD del 28 novembre 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

A. GRADIA / SKY ITALIA XXX /FASTWEB XXX

(LAZIO/D/1123/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 28 novembre 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. Gradia del 30 dicembre 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

Il Sig. A. Gradia ha introdotto la presente controversia in relazione ad un’offerta denominata “Home Pack” dei gestori Sky e Fastweb per servizi televisivi a pagamento e per telefonia fissa e dati.

In particolare, nell’istanza e negli scritti difensivi, rappresentava quanto segue:

- in data 21.11.2014 Fastweb e Sky gli proponevano la sottoscrizione di un’offerta comprensiva di telefonate verso rete nazionale illimitate, telefonate verso rete mobile nazionale, linea internet illimitata e servizi televisivi Sky con decoder incluso, a fronte del pagamento mensile di € 25,00 per un anno, con possibilità decorso, tale termine, di disdire il contratto o continuare al costo mensile di € 45,00;
- a seguito della sottoscrizione del contratto venivano attivati i servizi fonia e dati da parte del gestore Fastweb, mentre Sky rimandava per un lungo periodo l’intervento del tecnico, necessario all’attivazione del servizio;

- Il tecnico recatosi presso la propria abitazione, al termine dell'intervento, disinstallava tutti i dispositivi per una complicazione legata a problemi amministrativi, causando tra l'altro diversi danni all'abitazione e molteplici problemi alla ricezione del normale segnale dell'antenna del televisore;
- non avendo Sky attivato i servizi televisivi, decideva di migrare ad altro operatore, chiedendo ai gestori assistenza per avere informazioni utili al passaggio, che tuttavia non veniva fornita da entrambe le società;

Riferiva inoltre che per un periodo di quasi 6 mesi aveva sostenuto un spesa totale di poco inferiore a quella che avrebbe dovuto sostenere se avesse goduto dell'intero pacchetto promozionale

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva la somma complessivamente quantificata in € 2.500,00 per:

- mancata somministrazione del servizio televisivo Sky per il periodo di vigenza del contratto Fastweb;
- mancata assistenza da parte di entrambi i gestori;
- spese sostenute a causa dell'intervento tecnico di Sky.

2. La posizione dell'operatore Sky.

Il gestore Sky non ha presentato memorie né documentazione entro il termine stabilito, ai sensi degli artt. 15, comma 3, lett. e) e 16, comma 2 del Regolamento, nella comunicazione di avvio del procedimento per la definizione della presente controversia prot. n. D243 del 14.1.2016, notificato all'operatore in pari data.

3. La posizione dell'operatore Fastweb.

Fastweb ha dedotto preliminarmente l'inammissibilità delle richieste formulate con l'istanza di definizione nella parte in cui queste non siano coincidenti con l'esposizione dei fatti e con le richieste di cui all'istanza di conciliazione.

Nel merito deduceva quanto segue:

- i. il gestore, a seguito della sottoscrizione del contratto Home Pack, richiedeva la migrazione dell'utenza a Vodafone che veniva espletata con esito positivo in data 18.12.2014;
- ii. in data 27.3.2015 l'utente chiedeva il rientro in Vodafone, che avviava un primo processo di migrazione, nell'ambito del quale Fastweb correttamente espletava la fase 2 di sua competenza, non andato tuttavia a buon fine, poiché Vodafone non aveva mai avviato la fase 3.
- iii. anche la migrazione del 28.4.2015 si concludeva per responsabilità di Vodafone con esito negativo e solo la terza richiesta del 29.5.2015 veniva positivamente espletata.
- iv. quanto alla mancata applicazione della promozione, ai sensi dell'art.2 (Attivazione dei servizi e recesso entro 10 giorni), è noto che l'offerta c.d. "Home Pack" è valida ed efficace solo all'attivazione del secondo servizio costitutivo dell'offerta medesima (Sky o Fastweb) e che con la sottoscrizione dell'offerta, il cliente accetta espressamente che nell'evenienza della mancata attivazione di una delle due componenti, l'offerta Home Pack decade e, in virtù della sottoscrizione di due distinti contratti, il servizio attivato proseguirà alle condizioni economiche per lo stesso previste, salva facoltà di recesso.

Quindi, non avendo Sky attivato il proprio servizio, Fastweb ha legittimamente applicato la propria tariffa a prezzo pieno (canone "Superjet" pari a € 45,00/mese).

Riferiva infine che l'utente aveva un insoluto di € 204,99.

4. Motivazione della decisione.

Preliminarmente è bene precisare che la domanda di una somma complessiva € 2.500,00 sembra integrare un richiesta di risarcimento dei danni estranea alla cognizione dell'Autorità adita poiché l'oggetto della pronuncia è limitato, ai sensi dell'art. 19, comma della Delibera 173/07/CONS, ad eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Tuttavia, in ragione del carattere vincolato della presente pronuncia che demanda all'Autorità adita l'individuazione delle fattispecie indennizzabili ed in un'ottica di economia procedimentale, la domanda può ragionevolmente interpretarsi quale richiesta di liquidazione dei previsti titoli di indennizzo quale conseguenza dell'accertamento dei corrispondenti inadempimenti contrattuali.

Sempre in via preliminare l'eccezione in rito proposta da Fastweb di inammissibilità della domanda per difformità tra il contenuto delle due istanze, presentate in sede conciliativa e in sede di definizione, deve essere rigettata. La puntuale indicazione dei fatti contestati rispetto alla descrizione effettuata in prima istanza non introduce un nuovo tema di indagine e non viola pertanto il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per nuove questioni.

Diversamente deve osservarsi per quanto attiene la richiesta di storno dell'insoluto Fastweb, laddove la domanda è stata introdotta solo con memoria difensiva e, peraltro, infondata nel merito in virtù di quanto espressamente accettato dall'utente mediante adesione alle c.g.c relative all'offerta combinata "Home Pack".

Deve infine ritenersi inammissibile la richiesta di indennizzo per mancata assistenza da parte di entrambi i gestori, in quanto fattispecie non prevista dalla Delibera Indennizzi.

Così inquadrata, 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 mancata attivazione dei servizi di Sky

L'istante lamenta che, a fronte della stipula del contratto del 21.11.2014, SKY non ha mai attivato i servizi televisivi a pagamento.

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.

Rileva altresì, ai fini della disamina della questione dedotta in giudizio, la disciplina contrattuale che regola il Bundle Sky + Fastweb denominato "Home Pack".

Con tale Bundle gli operatori offrono, come è noto, un pacchetto che comprende sia i servizi voce/internet erogati da Fastweb che i servizi televisivi (cd. Pay TV) forniti da Sky, ad un prezzo promozionale particolarmente vantaggioso rispetto all'adesione a singole offerte di ciascun operatore per i medesimi servizi.

In particolare, a fronte di un pacchetto unitario offerto al cliente i rispettivi servizi offerti da Fastweb e da Sky sono regolati viceversa da due distinti contratti, entrambi regolati da separate condizioni generali di contratto oltre alle condizioni relative all'offerta congiunta dei due operatori.

Queste ultime costituiscono un "cappello" ai singoli contratti sottesi alle stesse e sono composte da poche clausole contrattuali atte ad assicurare il coordinamento tra i servizi e i contratti di ciascun operatore (quali la previsione di un call center unico per l'inoltro dei reclami/comunicazioni e l'invio di un documento riepilogativo delle somme dovute per i servizi erogati). Viceversa, tutti gli altri aspetti contrattuali relativi ai servizi offerti da Fastweb e da Sky sono disciplinati dalle rispettive c.g.c. e sono di esclusiva competenza/responsabilità dei singoli operatori.

In particolare, le c.g.c. relative all'offerta congiunta dispongono che i servizi del Bundle vengono erogati in modo autonomo e indipendente rispettivamente dalla società Fastweb e dalla Sky, prevedendo quindi un'attivazione separata degli stessi da parte di ciascun operatore. Nello specifico, stabiliscono all'art. 2.2 *"Il Cliente prende atto e accetta che un ostacolo tecnico, amministrativo o di altra natura che rende impossibile l'attivazione di uno dei Servizi FASTWEB o dei Servizi Sky, costituenti l'Offerta Home Pack, comporta il decadimento automatico di quest'ultima"* e all'art. 2.3 *"Nel caso di decadimento dell'Offerta Home Pack così come previsto all'art. 2.2. ... il Cliente prende atto e accetta che il Servizio attivato resterà tale e proseguirà alle condizioni contrattuali ed economiche per lo stesso previste, ferma la facoltà di recedere secondo quanto disposto dalle condizioni contrattuali di riferimento"*.

Orbene, 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 gli operatori. Tuttavia Fastweb ha ammesso la sottoscrizione dell'offerta "Home Pack" e l'entrata nel portafoglio degli abbonati fin dal 24.11.2014, sanando tale lacuna.

Quindi, a fronte dell'inadempimento contestato, di cui tra l'altro vi è l'allegazione di un reclamo del 12.12.2014, spettava a Sky - sulla base del succitato criterio di riparto probatorio e in virtù di quanto previsto dalle c.g.c. dell'offerta congiunta - dimostrare di aver adempiuto nei tempi previsti o che la mancata attivazione dei servizi televisivi fosse dipesa da un ostacolo tecnico, amministrativo o di altra natura che aveva reso impossibile la prestazione.

Al riguardo Sky, che non ha presentato scritti difensivi né partecipato all'udienza di definizione del 6.12.2016, non ha provato le cause esimenti della propria responsabilità su fatti lamentati e, pertanto, si ritiene responsabile della mancata attivazione dei servizi Pay-TV dal 6.12.2014 (data di intervento del tecnico, risultante dal fax inviato dall'utente il 12.12.2014) al 30.12.2015, data di presentazione dell'istanza di definizione, con conseguente diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo, ai sensi dell'art. 3 comma 1 Allegato A Delibera 73/11/CONS, per una somma pari a € 2.917,50.

4. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, tenendo conto della totale mancata partecipazione dell'operatore Sky ad entrambi i procedimenti di conciliazione e di definizione, 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 € 200,00 (duecento/00) da porre a carico di Sky.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza dell'utente A. Gradia della SKY Italia XXX e la rigetta nei confronti della Fastweb XXX.

2. La SKY Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 200,00 (duecento/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 2.917,50 (duemilanovecentodiciassette/50) a titolo di indennizzo ex artt. 3 comma 1 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;

3. La SKY Italia XXX è, altresì, tenuta 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. 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 28/11/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto