Determinazione n. 3/2011

Oggetto: definizione della controversia XXX Carmen / Sky Italia srl

IL DIRIGENTE

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’art. 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 il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, e in particolare l’art. 84;

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il *“Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”*;

VISTA la legge della Regione Lombardia 28 ottobre 2003, n. 20, *“Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni”*;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 5 del 28 ottobre 2004 *“Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia”*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, recante il *“Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”* (d’ora in avanti *Regolamento*);

VISTA deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A *“Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni”*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 41/09/CIR;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS;

VISTA la circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 73/11/CONS, recante il Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori;

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 della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione del Corecom Lombardia n. 7 del 10 giugno 2010, con la quale, a norma dell’art. art. 19, comma 7, della citata deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell’Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione del Corecom Lombardia n. 1 del 13 gennaio 2011, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale n. 132 del 9 giugno 2011, di conferimento al dott. Mauro Bernardis dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA l'istanza presentata in data 9 maggio 2011, con cui la signora XXX Carmen ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. della Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Sky Italia srl (d'ora in avanti: Sky), ai sensi degli artt. 14 e ss. del *Regolamento*;

VISTA la nota del 13 maggio 2011 (prot. 2011/8296), con la quale il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa in data 16 giugno 2011;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 16 giugno 2011;

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

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e adempimenti istruttori

La sig.a XXX Carmen nella propria istanza del 9 maggio 2011 e nei documenti depositati rappresenta quanto segue:

- in data 2/01/02 inviava ad AtenaServizi XXX Dipiù (Tele+) la richiesta di recesso immediato dal contratto n° xxx1471 con raccomandata A/R ricevuta da Tele+ il 11/01/02;
- il 18/01/02 Tele+ più inviava una lettera di rinnovo dell'abbonamento a partire dal 01/02/02, a cui l'istante non era interessata, comunicando che in caso di variazioni la società avrebbe fornito un riepilogo della posizione amministrativa (mai pervenuta);
- il 12/03/02 Tele+ più prendeva atto della richiesta di cessazione comunicando però di non poterla evadere prima del 31/01/2003. L'istante non utilizzava più alcun servizio e dalla società non arrivavano altre comunicazioni;
- il 10/02/03 perveniva la conferma di cessazione del contratto, con richiesta di restituzione del gold-box presso il rivenditore. L'istante si recava dal rivenditore, che però si rifiutava di ritirare il decoder;
- il 7/07/03 SKY Italia Srl (ex Tele+) inviava alla sig.a XXX una comunicazione contenente la presentazione di nuovi servizi, assegnando nuovamente il codice cliente n° xxx1471 già oggetto di cessazione;
- a partire dal 25/10/05 l'istante iniziava a ricevere fatture da Sky Italia (es.: fattura n° xxxx07399, che menziona il codice cliente n° xxx1744, mai chiesto e per servizi inutilizzati). Il medesimo giorno la sig.a XXX inviava mediante raccomandata AR copia della comunicazione di disdetta a suo tempo presentata;
- il 28/10/05 Sky Italia rispondeva precisando che la modalità utilizzata per chiedere la chiusura dell'abbonamento non era valida. L'istante ritiene che Sky abbia operato in maniera pretestuosa e unilaterale, visto che il contratto xxx1744 era stato aperto arbitrariamente da Sky senza consenso ed utilizzando dati di un contratto cessato;
- il 31/10/05 Sky Italia inviava una comunicazione indicando che il conto corrente per il pagamento dei canoni non era funzionante;
- il 24/09/09, trascorsi altri 4 anni, perveniva all'istante la richiesta di pagare la somma € 390,17 (sempre per il contratto xxx1744) da parte della società Europa Factor Spa, cui Sky Italia aveva nel frattempo ceduto, tra gli altri, anche il proprio credito nei confronti della sig.a XXX;
- la sig.a XXX si premurava di fornire tutte le spiegazioni della vicenda anche a Europa Factor Spa, e il 18/03/10 inviava alla medesima società copia della documentazione, non ricevendo tuttavia alcun riscontro positivo.

Il 07/06/10 la sig.a XXX presentava domanda di conciliazione al Corecom Lombardia nei confronti di Sky Italia Srl, a seguito della quale, l'8.11.2010, veniva esperito infruttuosamente (in quanto l'operatore convenuto non si presentava all'udienza) il tentativo di conciliazione.

In data 19/04/11 l'istante riceveva dallo Studio legale Avv. C. YYY, in nome, per conto e nell'interesse di Europa Factor XXX un atto di diffida stragiudiziale con richiesta di pagamento di € 357,98.

In data 3 maggio 2011 la sig.a XXX depositava presso il Corecom istanza di definizione della controversia, nella quale chiede che venga dichiarata indebita ed insussistente qualsivoglia pretesa di pagamento da parte di Sky Italia e della Europa Factor XXX o di qualunque altro soggetto; chiede inoltre l'applicazione degli eventuali indennizzi previsti.

Il giorno 16 giugno 2011 si svolgeva l'udienza di discussione, alla quale Sky Italia non compariva; l'istante si richiamava a quanto già esposto confermando le conclusioni e le richieste formulate.

2. Valutazioni in ordine al caso in esame

Preliminarmente, deve essere chiarito che il Corecom ha competenza per le controversie tra utenti e operatori di comunicazioni, per cui nessun provvedimento può essere dal medesimo adottato nei confronti di soggetti diversi da quelli menzionati (come, nel caso di specie, la società Europa Factor cui Sky Italia ha ceduto il credito vantato nei confronti della sig.a XXX).

Nella controversia in questione, relativamente alle richieste avanzate dall'istante, risulta di centrale importanza l'accertamento dell'avvenuta comunicazione del recesso e l'esito che questa ha avuto da parte del destinatario, dal momento che, in sostanza, l'istante lamenta la continuazione (o riattivazione) da parte dell'operatore Sky, subentrato a Tele+, di un contratto che lo stesso asserisce invece essere stato chiuso ancor prima del subentro di Sky. Su tale punto, l'istruttoria condotta, fondata in particolare sulla documentazione fornita dalla parte istante, ha consentito di evidenziare in primo luogo che la richiesta di recesso presentata a Tele+ è stata da questa regolarmente ricevuta (come dimostra l'A/R presente nella documentazione allegata), e, in secondo luogo, che la società ha preso in considerazione la richiesta, comunicando alla sig.a XXX dapprima, con nota interlocutoria (del 12.2.2002), l'impossibilità di chiudere l'abbonamento prima della data di scadenza prevista dal contratto (31.1.2003), quindi, sopraggiunto tale termine, l'avvenuta chiusura dell'abbonamento medesimo (nota del 10.2.2003). Va osservato, a questo punto, che a nulla rileva la mancata consegna del decoder da parte dell'utente, innanzi tutto perché tale mancata consegna non risulta essere addebitabile all'utente ma al rifiuto opposto dal venditore a ricevere l'apparecchio in restituzione, in secondo luogo perché la mancata riconsegna del decoder – e ciò è decisivo sul piano della ricostruzione giuridica – non comporta la continuazione del contratto quantunque disdetto.

Una volta accertata l'avvenuta chiusura dell'abbonamento da parte dell'allora gestore del servizio, unico titolato alla chiusura medesima, appare del tutto evidente che non vi era alcuna base per affermare la prosecuzione in capo a Sky del rapporto contrattuale precedentemente instaurato con Tele+, e tantomeno l'apertura di un nuovo rapporto contrattuale, con la conseguenza che risultano chiaramente illegittime in quanto prive di qualsiasi conforme volontà dell'utente e di qualunque base giuridica tutte le pretese del 'successore' Sky a considerare ancora in vita il rapporto contrattuale precedentemente iniziato con Tele+ e poi asseritamente proseguito con Sky medesima. Né possiede alcun valore la comunicazione di Sky in data 28.10.2005 secondo cui "la modalità scelta per richiedere la chiusura dell'abbonamento non è valida", dal momento che la chiusura era già stata disposta e comunicata all'utente (quasi tre anni prima) da chi al tempo ne aveva la piena ed unica titolarità, cioè Tele+.

Poco rileva, infine, che non sia chiaro se Sky abbia proseguito il precedente contratto, come parrebbe dalla nota del 7.7.2003 che riporta lo stesso numero di abbonamento con Tele+ (xxx1471), ovvero abbia aperto un nuovo abbonamento, come sembrerebbe dalle successive lettere in cui viene indicato un codice diverso (xxx1744), e inoltre dal tenore della lettera del 7.7.2003 (per quanto gli atti e la logica portano a ritenere che vi sia stato un 'richiamo' al contratto con Tele+ nell'immediatezza del subentro e poi, più avanti, l'apertura di un nuovo abbonamento), perché la condotta dell'operatore è stata comunque connotata dall'unilateralità e

dalla non considerazione della già intervenuta cessazione dell'abbonamento. Per cui si configura in ogni caso un'ipotesi di attivazione di servizio non richiesto.

Pertanto, da quanto ricostruito in fatto e considerato, la condotta di Sky, concretantesi nell'attivazione di servizio non richiesto dall'utente, è da valutare come illegittima e dunque infondate risultano le pretese creditorie avanzate dalla società stessa nei confronti della sig.a XXX relativamente al (supposto) rapporto contrattuale individuato con il n. xxx1744.

Ciò fonda il diritto dell'istante ad ottenere lo storno o il rimborso delle fatture emesse nei suoi confronti (ove tale rimedio sia ancora nella disponibilità dell'operatore), nonché un indennizzo in ossequio al principio in base al quale gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti.

Per quanto attiene allo storno o rimborso delle fatture, va rilevato che, essendo intervenuta la cessione del credito di cui si controverte, non è più possibile al Corecom ordinarne l'esecuzione nei confronti dell'operatore, dal momento che quest'ultimo, con la cessione, ne ha perduto la titolarità.

Per quanto riguarda la quantificazione dell'indennizzo, si fa applicazione dell'art. 8 della deliberazione AGCOM 73/11/CONS, che, accertata la mancanza di indennizzi di importi superiori contrattualmente previsti per il caso di specie, prevede a carico dell'operatore che abbia attivato un servizio non richiesto la corresponsione di un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di attivazione.

Per quanto attiene alla determinazione del periodo su cui calcolare l'indennizzo, in mancanza di elementi diretti certi, ricavabili dagli atti, sulle date di inizio e conclusione del servizio non richiesto (mancanza riconducibile anche alla mancata partecipazione dell'operatore al procedimento e alla mancata allegazione di documentazione da parte dello stesso), occorre individuare, sempre e comunque attenendosi alle risultanze istruttorie e in particolare alla documentazione in atti, elementi il più possibile oggettivi e certi che possano condurre, con il minor margine di errore possibile, alla determinazione del periodo che interessa. In quest'ottica, il documento da prendere in considerazione è la fattura n. xxxx07399 acclusa alla nota del 31.10.2005, emessa da Sky a carico dell'istante il 31.10.2005, dalla quale si evince che i pagamenti richiesti dall'operatore sono relativi al periodo 1.11.2005-30.11.2005 e al periodo 1.10.2005-31.10.2005, e, conseguentemente, che il periodo di attivazione – per lo meno quello ricavabile con certezza dai documenti acquisiti agli atti - è stato di sessantuno (61) giorni (1.10.2005-30.11.2005).

Pertanto, la sig.a XXX ha diritto a ricevere un indennizzo pari ad € 305,00, ottenuto moltiplicando il predetto numero di giorni per l'importo giornaliero di euro 5 stabilito dalla norma sopra citata.

Naturalmente, l'infondatezza della pretesa creditoria di Sky concerne tutti gli importi insoluti, eventualmente risultanti anche da altre fatture o altri titoli (non prodotti nel procedimento), indipendentemente dal periodo di attivazione come sopra individuato al fine della determinazione dell'indennizzo.

RITENUTO che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTO altresì che l'istante abbia diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 100,00;

DETERMINA

1. L'istanza presentata dalla sig.a XXX Carmen nei confronti di Sky Italia srl è accolta in quanto fondata, e, per l'effetto, sono infondate le pretese creditorie avanzate da Sky Italia srl nei confronti della parte istante, concernenti il supposto rapporto contrattuale individuato con il n. 5181744.

2. La società Sky Italia srl è tenuta, a favore della sig.a XXX Carmen, a:

- a) corrispondere la somma di € 305,00 quale indennizzo per l'attivazione di servizio non richiesto (importo calcolato moltiplicando il parametro di € 5,00 di cui all'art. 8 della deliberazione 73/11/CONS per il totale di sessantuno (61) giorni di attivazione come determinabili in base ai documenti acquisiti nell'istruttoria);
- b) corrispondere la somma di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera n.179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera AGCOM n.173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n.259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 69/2009.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e della circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Milano, 4 agosto 2011

Il dirigente
dott. Mauro Bernardis