

**DETERMINA Fascicolo n. GU14/91709/2019****DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Nxxx L. - Sky Italia S.r.l. (Sky Wifi - Now TV)****IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente Nxxx L., del 04/03/2019 acquisita con protocollo n. 0091398 del 04/03/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Con l’istanza di definizione L. Nxxx ha dedotto che successivamente alla modifica dell’abbonamento per adesione tramite Call Center ( passaggio da pacchetto base sky + sport + HD al prezzo mensile di euro 39,00 al pacchetto base sky + cinema + HD al prezzo mensile di euro 22,00) sono stati addebitati mensilmente sul suo conto corrente importi pari ad euro 35,90 per un piano tariffario differente rispetto a quello pattuito. A fronte di tale errore nella fatturazione ( fatture di euro 35,90 a fronte dei 22,00 euro previsti), dopo aver effettuato segnalazione al Servizio Clienti Sky, senza ottenere riscontro positivo, è stato costretto ad inviare

formale disdetta in data 3.3.18 unitamente alla richiesta di restituzione di somme indebitamente prelevate. L'istante ha aggiunto che a seguito della disattivazione dell'abbonamento ( ultima fattura di maggio 2018), si è visto addebitare il costo del recesso e non ha ottenuto la restituzione di quanto corrisposto in più rispetto al piano di abbonamento sottoscritto. E' seguito ulteriore reclamo in data 20.7.18, rimasto senza riscontro. Nelle more del procedimento di conciliazione, ad agosto 2018, ha ricevuto ulteriore fattura di euro 150,00 a titolo di penale per il decoder MySky, regolarmente saldata nonostante vantasse un credito. Sulla scorta dei predetti assunti ha chiesto: 1) la restituzione degli importi versati in misura maggiore rispetto a quanto stabilito nel piano di abbonamento sottoscritto, ossia euro 35,90 versati per 6 mesi a fronte di euro 22,00 che avrebbe dovuto versare, per un importo complessivo di euro 83,00; 2) la restituzione dell'importo corrisposto per il recesso anticipato pari ad euro 79,00; 3) l'indennizzo come da Delibera Agcom 347/18/CONS per mancata risposta al reclamo nei termini, quantificato in euro 300,00; 4) l'indennizzo come da Delibera Agcom 347/18/CONS per l'attivazione di servizio non richiesto pari ad euro 900,00 ( euro 5,00 per 180 giorni); 5) la restituzione della somma di euro 150,00 per la fattura agosto 2018 per penale decoder; 6) la somma di euro 200,00 per spese per mancata comparizione al tentativo di conciliazione. L'istante ha depositato anche successiva memoria con cui ha precisato che la nuova offerta a cui ha aderito tramite registrazione è di agosto 2017, che Sky si è sottratta alle richieste finalizzate ad ottenere copia della registrazione audio dell'adesione al contratto e che non ha prodotto alcuna documentazione attestante la correttezza della fatturazione, ovvero la legittimità della condotta assunta.

L'operatore non ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del Regolamento, alcuna memoria difensiva.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. L'istanza presentata da Luca Nobili è da accogliere solo parzialmente. In materia di trasparenza contrattuale, Corecom Abruzzo Delibera n. 5/11 ha ritenuto che " Il regolamento " recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura dei servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza", approvato con delibera Agcom n. 664/06/CONS, all'art. 2, comma 5, dispone " che la volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza. Se è stata utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi di cui ai commi 1, 2, 3, 4 ed il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione". Il successivo art. 6 del regolamento prevede che " prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell'utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 dell'art. 53 codice del consumo. Con il medesimo modulo l'operatore comunica al titolare dell'utenza telefonica che, ove ritenga che il servizio non sia stato da lui richiesto, può proporre opposizione a mezzo fax o posta elettronica, ai recapiti indicati nella stessa informativa, ferma restando la sua facoltà di opporsi in ogni tempo e con qualsiasi mezzo ad una fornitura non richiesta". Lo spirito della disposizione normativa è finalizzato a rafforzare il diritto del consumatore ad avere una piena consapevolezza circa le proposte commerciali alle quali ha precedentemente aderito per via telefonica. Infatti solo mediante apposito documento scritto il consumatore può verificare che l'offerta proposta sia memo conveniente rispetto a quanto prospettato per telefono dall'operatore, esercitando, quindi, il proprio diritto al ripensamento. Qualora la società somministrante il servizio non abbia provato di aver reso al cliente tutte le informazioni relative al servizio offerto, prima o al momento dell'esecuzione del contratto, mediante modulo scritto riportante la data dell'avvenuto accordo, nessun credito può legittimamente vantare verso l'utente".( cfr. Corecom Calabria Delibera n. 20/11, Corecom Calabria Delibera n. 48/11). Nel caso in esame Sky non ha provato di aver adempiuto a tutti gli obblighi previsti dalla delibera Agcom n. 664/06/CONS, né si è difeso in alcun modo. Vero è che l'istante non è in possesso del relativo contratto, in quanto mai fornito dall'operatore, tuttavia era suo preciso onere depositare le fatture relative a settembre, ottobre, novembre e dicembre 2017, gennaio e febbraio 2018, nonché dimostrare gli addebiti ricevuti sul proprio conto corrente, al fine di provare il dedotto diritto alla restituzione. Tale prova non è stata fornita, né può invocarsi a supporto della pretesa il principio di non contestazione di cui all'art. 115 cpc, che non può supplire le carenze probatorie dell'istante, pertanto si ritiene di non poter riconoscere all'istante il rimborso della somma complessiva di euro 83,00. Invero,

secondo i principi sull'onere della prova è onere dell'operatore provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente ( cfr. Cass. Sent. 10313/2004), tuttavia nel caso de quo, l'istanza di rimborso avanzata dall'istante non può essere accolta, sia perché non idoneamente circostanziata, sia per impossibilità di verificare quanto lamentato, stante l'omessa prova circa le condizioni applicate e il mancato deposito delle relative fatture e dei pagamenti effettuati. Secondo orientamento consolidato “ In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c., così come costantemente interpretato dalla giurisprudenza, il creditore che agisce per l'inadempimento, 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, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento” ( Corecom Abruzzo Delibera n. 10/11 cfr. Corecom Lazio Delibera m. 35/11, Corecom Lazio Delibera n. 2/12, Corecom Lazio Delibera n. 18/12, Corecom Lazio Delibera n. 20/11, ex multis Cassazione Sezioni Unite n. 13533/2001). Nel caso in esame, infatti, la mancanza di prova documentale circa la promozione usufruita e le condizioni applicate che avrebbe dovuto determinare un esborso inferiore e l'omesso deposito delle fatture emesse dall'operatore e dei pagamenti, comporta il rigetto della richiesta di rimborso avanzata dall'utente in quanto in mancanza di tale documentazione ( che era onere del Nobili allegare ex art. 2697 c.c.), non è possibile accertare la fondatezza delle doglianze. L'omesso deposito della fatture e della prova dei pagamenti, non consente infatti di accogliere la domanda proposta dall'istante di rimborso degli importi versati in eccesso, in quanto è impossibile accertare l'an, il quomodo ed il quantum. Per le stesse ragioni, non essendo stata fornita dimostrazione del dedotto addebito dell'importo di euro 79,00 per recesso anticipato, la richiesta di restituzione è da respingere per carenza di supporto probatorio. In ordine alle doglianze relative alla modifica delle condizioni contrattuali, è notorio che qualora l'operatore proceda a rimodulare unilateralmente le condizioni contrattuali ed economiche inizialmente sottoscritte dal cliente, in forza delle disposizioni legislative vigenti ( art. 70 comma 4 del D. Lgs n. 259/2003), esso è tenuto a informare l'utente della rimodulazione con un preavviso non inferiore a 30 giorni, specificando il diritto di recesso garantito senza l'applicazione di alcun costo aggiuntivo. Nel caso in esame non vi è prova che sia intervenuta una variazione delle condizioni contrattuali. L'istante ha dedotto che in seguito ad una promozione commerciale tramite chiamata telefonica, di cui però non conosciamo il tenore e quindi il contenuto dell'offerta, ha aderito ad una nuova offerta. Tuttavia non è possibile verificare i costi e le condizioni previste prima e dopo, pertanto la richiesta di indennizzo a tale titolo non è meritevole di accoglimento e lo stesso dicasi per la richiesta di indennizzo per attivazione di servizio non richiesto. Si ritiene invece di accogliere la richiesta di indennizzo come da Delibera Agcom 347/18/CONS per mancata risposta al reclamo, quantificato in euro 300,00. I reclami in atti sono quello del 3.3.18 con cui il Nobili ha contestato le fatture ricevute poiché contenenti importi maggiori da quelli prospettati e formulato richiesta di disdetta e altro del 20/23.7.18. Il gestore non ha provato di avere riscontrato i reclami. Spetta pertanto all'istante un indennizzo per la mancata risposta ai reclami da calcolarsi in maniera unitaria ai sensi dell'art. 12, commi 1 e 2, Allegato A, Deliberazione 73/11/Cons e ss.mm.ii., per un totale di euro 300,00. In ordine alla richiesta di restituzione della somma di euro 150,00 di cui alla fattura di agosto 2018 per penale decoder, si evidenzia che la stessa è stata prodotta, tuttavia neanche tale doglianza è meritevole di accoglimento. Si rileva infatti che sul punto è orientamento consolidato che i costi di disattivazione sono legittimi in quanto sono costi sostenuti dall'operatore per la gestione della procedura di disattivazione in conformità a quanto previsto dall'art. 1 comma 3 della L. n. 40/2007. L'art. 1 comma 3 della L. n. 40/2007 espressamente sancisce “ i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia.....devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore.....”. Dunque, la norma pone un divieto di addebitare agli utenti costi di disattivazione non giustificati da spese realmente sostenuti dagli operatori medesimi. Nel caso di specie, tuttavia, l'importo addebitato corrisponde alla penale decoder quindi è conforme a quanto previsto dall' art. 1 comma 3 della L. n. 40/2007. Legittimi risultano infatti essere i costi per recesso anticipato e per annullamento promo valore in quanto va rilevato, che il Consiglio di Stato con Sentenza n. 1441 del 11.03.10, ha ritenuto legittima la pratica commerciale, posta in essere dagli operatori telefonici, di subordinare il diritto allo sconto, che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale, alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine espressamente accettato dall'utente. Tali clausole contrattuali, secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, non violano il divieto contenuto nell'art. 1, comma 3 della Legge n. 40/2007, in quanto non pretendono il pagamento “di spese non

giustificate da costi dell'operatore", ma si limitano a subordinare il diritto allo sconto alla condizione che l'utente non receda entro un determinato periodo di tempo. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'impegno di non recedere prima di una certa data è " il prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19 comma 6 del Regolamento secondo cui, nel determinare rimborsi ed indennizzi occorre tener conto " del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione". Nel caso di specie si ritiene congruo liquidare l'importo di euro 100,00 a titolo di rimborso di spese della procedura di conciliazione e di definizione.

## DETERMINA

- Sky Italia S.r.l. (Sky Wifi - Now TV), in parziale accoglimento dell'istanza del 04/03/2019, è tenuta a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, € 300,00 a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, oltre interessi dalla domanda al soddisfo nonché € 100,00 a titolo di rimborso spese di procedura.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura  
Roberto Rizzi

f.to