

**DETERMINA N.**  
**Gxxx Dxxx/ SKY ITALIA xxx**  
**(LAZIO/D/83/2018)**

**IL DIRETTORE**

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 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. 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” (di seguito denominato “Regolamento indennizzi”);

VISTA l’istanza dell’utente acquisita con protocollo n. 523 del 23/01/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’istante**

Con l’istanza di definizione l’istante, codice cliente n.15227315, ha lamentato la riattivazione dell’abbonamento nonostante il recesso comunicato via pec il 3 e l’8 marzo 2017 e l’applicazione di tariffe non conformi a quelle convenute in occasione della stipula telefonica, oltre che l’indebita fatturazione (fattura n. 403397110), con relativo prelievo non autorizzato dal conto corrente.

A supporto delle proprie pretese ha prodotto, tra l’altro, svariate pec di diffida inviate a Sky, senza alcuna ricevuta, l’estratto movimenti del conto corrente con l’addebito in data 28/06/2017 di euro 50,06 e 27/04/2017 di euro 18,58.

In base a tali premesse, l’utente ha richiesto:

- a) La registrazione vocale dell’offerta proposta e la comparazione con quella attivata;
- b) La restituzione con gli interessi delle somme pagate;
- c) Indennizzo per continue e mancate risposte alle comunicazioni e per prelievo effettuato dal conto corrente senza consenso.

## 2. La posizione dell'operatore

L'operatore Sky ha tenuto una condotta del tutto omissiva, nel corso dell'odierno procedimento, come pure in quello prodromico di conciliazione, non avendo partecipato in alcun modo ai predetti. In particolare, si evidenzia che la società convenuta non ha contraddetto in alcun modo la rappresentazione dei fatti dedotti in controversia depositando alcunchè.

## 3. Motivi della decisione

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

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

### ***Sulla produzione della registrazione vocale e conseguente restituzione delle somme ingiustificatamente prelevate.***

L'istante ha lamentato la riattivazione del contratto concluso con Sky in data 20 febbraio 2017 nonostante avesse comunicato il recesso in data 03/08 marzo 2017, asseritamente inviato a mezzo PEC, ma non produce copia della ricevuta di avvenuta consegna ed accettazione.-

In merito alle richieste sub a) e sub b) si ritiene che possano essere trattate congiuntamente, essendo consequenziali.

Pur non avendo l'utente piena consapevolezza del contenuto del contratto cui avrebbe aderito, dalle riferite circostanze di stipula, emerge l'ascrivibilità del caso in esame all'ipotesi di contratto stipulato fuori dai locali commerciali, secondo la disciplina recata dal Capo I -Sezione I Codice del consumo (D.lgs. 206/2005), nonché dalla del. n.664/06/CONS.

La richiamata disciplina impone all'operatore, in caso di contestazione del o sul contratto, l'onere di provare l'esistenza dello stesso attraverso materiale cartaceo o telematico.

Tale onere non è stato assolto da Sky, rilevata la mancata partecipazione del gestore al procedimento.

Nel caso specifico si tratta, dunque, di accertare se la dinamica di prospettazione dell'offerta contrattuale, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia integrato i requisiti posti dalla normativa succitata a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt.52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (art.64). Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame, che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte, soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la "distanza" lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo. Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico dell'operatore, ovvero: le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire "*prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza*" (art.52); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto duraturo, di tutte le informazioni rese ai sensi dell'art.52 "*prima od al momento dell'esecuzione del contratto*" (art.53); il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro dieci giorni lavorativi, decorrenti dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi di cui all'art.52 "*qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto...*"(art.64, co.1 e 65, co.2 ,lett.b). La violazione del dovere di consegna del documento informativo di cui all'art.53, comporta l'ampliamento del termine concesso al consumatore per l'esercizio del recesso che, per i contratti a distanza, è "*di 90 giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto*". (art.65, co.3 ). Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista. Sulla scorta della normativa generale, la Delibera 664/06/CONS, applicabile anche all'operatore Sky (Delibera n. 461/13/CONS), ha imposto vincoli ancora più stringenti alla condotta dell'operatore che adotti la tecnica "a distanza" per la stipula dei contratti; ciò in considerazione di un ambito caratterizzato da costante evoluzione tecnologica e concorrenzialità del mercato, dove le capacità di orientamento e valutazione del consumatore sono oltremodo sollecitate e si postula l'esigenza di configurare uno *jus poenitendi* rafforzato e di agevole esercizio, soprattutto quando la proposta sia telefonica.

Assume rilievo, allora, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 2 (Conclusione dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica) che stabilisce, in linea generale, che la

volontà inequivoca dell'utente di concludere il contratto deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale anche elettronico, con la specifica 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 4 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).

Nella fattispecie, Sky non ha provato di aver inviato la conferma del contratto per iscritto, nè ha fornito la prova del consenso vocale dell'utente alla conclusione del contratto.

In ragione di ciò, si deve escludere che la prova circa la valida conclusione del contratto sia stata raggiunta in questa sede, in forza di quanto stabilito dall'art.6, comma 2 della delibera 664/06/CONS: " *nei procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie relative alla conclusione di un contratto a distanza di fornitura di beni o servizi di comunicazioni elettroniche, l'operatore può fornire prova dell'avvenuta conclusione del contratto solo dimostrando di aver adempiuto gli obblighi di cui all'art.2, commi 5, 6 e 7 (...).*"

Pertanto, non essendo stata fornita la prova dell'esistenza del contratto, deve ritenersi che il contratto tra l'istante e Sky del 20 febbraio 2017 non sia stato validamente concluso.

Nella procedura di definizione, valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal codice civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che, trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali, la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 cod. civ., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto tra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati.

Ebbene, l'istante non allega copia di contratto con Sky che è stato attivato a distanza non avendolo ricevuto, ma allega ma l'estratto dei movimenti del conto corrente in cui risultano addebitate euro 50,06 ed euro 18,56 e varie mail di reclamo, nelle quali risulta espressamente indicato, a riprova dell'esistenza di rapporto contrattuale in essere tra le parti, un codice cliente al medesimo riferito.

Sky, come già precisato, non risulta avere fornito prove a supporto di una diversa ricostruzione di quanto accaduto.

I fatti, così come riferiti dall'istante, restano pertanto confermati alla luce del principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c..

Considerate provate la titolarità in capo all'utente del contratto Sky contraddistinto dal codice cliente n. 15227315, deve ritenersi che gli importi corrisposti dall'istante in pagamento di tale contratto non fossero dovuti e dovranno pertanto essere rimborsati dall'operatore.

### ***Sulla risposta ai reclami***

L'istante lamenta la mancata risposta ai vari reclami scritti a mezzo pec, primo fra tutti quello del 08 marzo 2017, in atti, e chiede il relativo indennizzo ma non produce copia della ricevuta di avvenuta consegna ed accettazione. L'operatore nulla deduce sul punto.

La circostanza rende inammissibile la richiesta di liquidazione del preteso indennizzo dal momento che non vi è prova che l'utente abbia messo in mora il gestore attraverso un atto ricettizio.

Difatti il D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 rubricato "Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, a norma dell'articolo 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3", all'art. 6, comma 3 dispone che " *La ricevuta di avvenuta consegna fornisce al mittente prova che il suo messaggio di posta elettronica certificata è effettivamente pervenuto all'indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario e*

certifica il momento della consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, contenente i dati di certificazione”.

In tema di disservizi indennizzabili la normativa di settore, e in particolare la delibera 69/11/CIR nonché unanime orientamento dell’Autorità in materia, ha ritenuto che *“Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell’operatore qualora l’utente non provi di avere inoltrato, prima di rivolgersi all’Autorità, un reclamo all’operatore. Infatti, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione”* (per tutte valgono le delibere AGCOM n. 100/12/CIR, 127/12CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR).

La mancanza di opportune segnalazioni o reclami in ordine al disservizio lamentato, pertanto, assume un particolare rilievo in questa sede, secondo quanto stabilito dall’Autorità, attraverso una consolidata applicazione della richiamata delibera n. 179/03/CSP e che pone in diretta correlazione l’obbligo dell’operatore di provvedere alla risoluzione dello stesso con l’obbligo dell’utente di porre la controparte nella condizione di provvedervi, attraverso una tempestiva segnalazione della problematica. Chiarisce infatti l’Autorità (v. ex multis delibera n. 69/11/CIR) che in presenza di qualsivoglia malfunzionamento l’intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente.

In mancanza la richiesta di indennizzo non può essere accolta.

Per tutto quanto sopraesposto,

**IL DIRETTORE  
DETERMINA**

- 1) di accogliere parzialmente l’istanza dell’utente nei confronti di Sky Italia per le motivazioni di cui in premessa. Sky Italia è tenuta a rimborsare all’istante la somma indebitamente prelevata in pagamento delle fatture relative al codice cliente n. 15227315, come si evince dall’estratto movimenti del conto corrente, oltre interessi legali dalla data del pagamento e stornare qualsivoglia insoluto relativo al contratto con il medesimo codice cliente;
- 2) 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.
- 3) Sky è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l’avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
- 4) È fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale ulteriore danno subito.
- 5) Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.
- 6) La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell’Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

F.TO