

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

P. MASINI/ SKY ITALIA XXX

(LAZIO/D/228/2016)

Registro Corecom n. 38/2017

IL DIRIGENTE

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 sig. P. Masini presentata in data 25.03.2016;

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”) l’attivazione di un contratto non richiesto, l’indebita fatturazione e la mancata risposta ai reclami.

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

- a. il 27 aprile 2012 l’istante stipulava con Sky un contratto con codice cliente 10920089, disdetto il 15 giugno 2015;
- b. successivamente, riceveva richiesta di pagamento per un contratto con codice cliente 14409205;
- c. con lettera del 7 ottobre 2015, reclamava di non aver mai richiesto né sottoscritto tale contratto e ne dava disdetta;

- d. dagli estratti del conto corrente rilevava che da gennaio 2013 sino a giugno 2015 Sky aveva addebitato e prelevato canoni relativi a tale contratto per Euro 1.200,97;
- e. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 18.03.2016, si concludeva con esito negativo, per mancata comparizione dell'operatore.

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

- i. La restituzione dei canoni incassati da Sky
- ii. Indennizzo per attivazione servizio non richiesto
- iii. Annullamento di insoluti relativi a importi successivi alla disdetta e alla mancata riconsegna dei materiali, non ritirati dal personale del centro Sky
- iv. Indennizzi per mancata risposta al reclamo del 7 ottobre 2015.

2. La posizione dell'operatore Sky.

Nel merito, Sky ha dedotto che l'utente aveva stipulato nel 2008 un contratto con codice cliente 10920089 che prevedeva, oltre l'abbonamento base, il servizio Multivision. Avendo rilevato un utilizzo non conforme alla normativa del servizio Multivision, aveva proposto telefonicamente la stipula di un secondo abbonamento in sostituzione del servizio Multivision ad un costo promozionale per 24 mesi. Il 12 novembre 2012, l'istante aveva accettato la proposta e aveva stipulato un secondo contratto con codice cliente 14409205. Dalla registrazione telefonica risultava che l'istante accettava la cessazione del servizio Multivision sull'abbonamento in uso (n. 10920089), nonché l'attivazione di un secondo abbonamento comprensivo dei pacchetti Sport e Calcio al costo promozionale di Euro 29,90 per 24 mesi fruibile mediante l'utilizzo del decoder già in uso per il servizio Multivision. In virtù di quanto concordato, Sky aveva cessato il servizio Multivision sul contratto principale e aveva provveduto all'attivazione della smart card associata al nuovo contratto n. 14409205. Tale contratto era stato prima sospeso e poi risolto il 30 settembre 2015 a causa del mancato pagamento delle fatture di luglio, agosto e settembre 2015. Precisava infine la presenza di un insoluto relativamente al primo contratto, di cui Euro 80,02 dovute perché relative al mese di luglio 2015 a fronte della disdetta ricevuta il 19 giugno 2015 e la differenza per la mancata restituzione dei materiali (decoder e digital key). Quanto alla mancata risposta al reclamo, deduceva che il reclamo era stato effettuato quando l'istante non era più abbonato Sky e che pertanto non era dovuto alcun indennizzo. Da ultimo, evidenziava di aver proposto in sede conciliativa un pagamento a saldo e stralcio della metà dell'importo dovuto sul secondo contratto, oltre alla restituzione dei materiali, con rinuncia da parte di Sky al credito inerente il primo contratto.

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.

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

3.1 Sull'attivazione del contratto non richiesto e sulla domanda di restituzione dei canoni.

L'istante lamenta l'attivazione di un contratto non richiesto né sottoscritto, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo e la restituzione dei canoni corrisposti.

Occorre preliminarmente ricostruire i fatti sulla base delle difese e della documentazione prodotta dalle parti.

E' in atti un contratto stipulato dall'istante nel 2008 con codice cliente 10920089, per la visione dei pacchetti mondo + cinema + sport e con servizio multivision.

L'operatore ha prodotto inoltre una registrazione vocale, dalla quale risulta che, il 12 novembre 2012, l'istante confermò di richiedere l'avvio dell'attivazione dell'offerta Sky inclusa la visione di Sport e Calcio al costo di Euro 29,90 al mese per 24 mesi e la contestuale cessazione del servizio Multivision in uso.

Con la registrazione telefonica del 12 novembre 2012, l'utente ha dunque accettato un secondo contratto con l'operatore, eliminando solo il servizio Multivision dal precedente contratto, che è rimasto vigente tra le parti.

La volontà di attivazione di un nuovo abbonamento e di cessazione del servizio Multivision del precedente abbonamento risultano con chiarezza dal vocal order prodotto dall'operatore.

Ciò premesso, le domande dell'istante di liquidazione di indennizzo e di restituzione dei canoni non possono essere accolte, salvo quanto verrà precisato, per le seguenti ragioni.

Il contratto de quo rientra nell'ambito dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art.50 e segg. del Codice del Consumo, nella versione vigente all'epoca dei fatti.

Attesa la contestazione dell'utente, si tratta di accertare se la dinamica di prospettazione dell'offerta, 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 del professionista.

Sulla scorta della normativa generale, la Delibera 664/06/CONS, applicabile anche all'operatore Sky (Delibera n. 461/13/CONS) e *ratione temporis* alla fattispecie, 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 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.

Nella fattispecie, Sky non ha provato di aver inviato il modulo di conferma del contratto contenente tutte le informazioni previste dal Codice del Consumo, né di aver inviato all'utente un contratto redatto in base alle informazioni risultanti dal *vocal order* per la sottoscrizione.

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 (...).*”

Si osservi come l'impianto complessivo derivante dalle norme del Codice del Consumo e della Delibera 664/06/CONS distingua il piano puramente contrattuale, dove le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi informativi da parte del gestore si ripercuotono all'interno del rapporto stesso con l'ampliamento dei termini per l'esercizio del recesso; di conseguenza, l'operatore che attivi il servizio prima (o in assenza) di conferma del contratto per iscritto -specie nei casi in cui l'attivazione debba avvenire entro termini cogenti stabiliti da altre disposizioni legislative- deve garantire all'utente la facoltà di recedere in un termine più ampio ma con analoghi effetti *ex tunc* previsti dall'originario diritto di ripensamento. Restano ferme le misure sanzionatorie cui l'operatore può andare incontro per il mancato assolvimento dei succitati oneri informativi.

Quando invece si transita dal piano contrattuale a quello contenzioso, mediante attivazione del procedimento ex Delibera 173/07/CONS, scatta a carico del gestore uno specifico onere probatorio sull'esistenza del contratto, assolvibile esclusivamente con la prova dell'invio della

documentazione contrattuale al domicilio dell'utente, non risultando più sufficiente l'ordinazione vocale.

Nel caso di specie, pertanto, non essendo stata fornita la prova dell'esistenza del secondo contratto, deve ritenersi che il contratto tra l'istante e Sky del 12 novembre 2012 non è stato validamente concluso, con gli effetti previsti dall'art. 3, comma 2 della Delibera n.664/06/CONS, quanto alla regolarizzazione dei rapporti tra le parti.

Non essendo l'utente tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva per l'attivazione del servizio non richiesto, l'operatore dovrà provvedere alla ricostruzione contabile della sua posizione a partire dal 12 novembre 2012, applicando le condizioni contrattuali preesistenti a detta data - e previste dal contratto n. 10920089 e successive modifiche - per Abbonamento Sky TV + Famiglia + Cinema + Sport + Calcio, per opzione tecnologia HD e per servizio Multivision, e rimborsando la differenza tra quanto pagato dall'utente per il contratto n. 10920089 e per il contratto, non valido, n. 14409205, e quanto risulterà dovuto.

Non può infatti essere accolta la mera domanda di restituzione dei canoni riconducibili al contratto n. 14409205 pari ad Euro 1.200,97, avendo l'istante, a seguito di tale attivazione (seppure non richiesta), fruito del servizio di fatto come se avesse ancora attivo il servizio Multivision, e comunque non avendo prodotto le fatture contenenti gli addebiti relativi al nuovo contratto, né gli estratti del conto corrente attestanti i pagamenti.

Quanto all'indennizzo per inadempimento del gestore, nessun obbligo indennizzatorio può essere posto a carico del professionista che non ottemperi agli oneri informativi ai sensi del Codice del Consumo, né è configurabile, in tale caso specifico, la fattispecie della "Fornitura di prestazioni non richieste" di cui all'art. 3 comma 1 della Delibera n.664/06/CONS, esclusa in presenza di una "*previa ordinazione*". Circostanza, quest'ultima, confermata dalla produzione in atti della registrazione telefonica.

Non integrandosi gli estremi della prestazione non richiesta, non sono dunque applicabili gli indennizzi previsti dalla Delibera n.173/07/CONS e n. 73/11/CONS.

3.2 Sulla domanda di annullamento dell'insoluto

L'istante chiede l'annullamento dell'insoluto relativo ad importi successivi alla disdetta e alla mancata restituzione degli apparati, non ritirati dal personale del centro Sky.

L'operatore precisa la presenza di insoluti relativamente ai due contratti, eccependo la debenza degli importi.

Premesso che, per le ragioni esposte al precedente paragrafo, non sono dovute le somme insolute relative al contratto n. 14409205 che l'operatore dovrà pertanto provvedere integralmente a stornare, relativamente al contratto n. 10920089 si osserva quanto segue.

L'importo relativo alla mancata restituzione dei materiali dovrà essere stornato dall'operatore, avendo l'utente restituito il materiale in data 8 aprile 2016 e non avendo Sky provato di aver inviato all'utente la comunicazione di cui agli artt. 5.3 e 7.4 della Carta Servizi Sky circa le modalità di restituzione. Ad abundantiam, si evidenzia altresì che l'operatore non ne ha documentato la pretesa (non ha prodotto la fattura).

E' invece legittimo, ai sensi delle CGC, l'importo di Euro 80,02 di cui alla fattura n. 505011255 del 5 luglio 2015. Il canone di abbonamento del mese di luglio 2015 è infatti dovuto, avendo Sky ricevuto la disdetta il 19 giugno 2015.

3.3 Sulla mancata risposta al reclamo

L'utente chiede l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 7 ottobre 2015.

E' in atti l'avviso di ricevimento della raccomandata inviata dall'utente e ricevuta da Sky il 14 ottobre 2015.

L'operatore ammette di aver ricevuto il reclamo, contestando la debenza dell'indennizzo non essendo più l'istante abbonato Sky.

L'eccezione è infondata, perché, anche se l'istante era receduto dal contratto n. 10920089, alla data del reclamo era in essere, seppure invalido, il contratto con Sky n. 14409205, cui afferisce appunto il reclamo e, in relazione a tale contratto, Sky richiedeva il pagamento dell'insoluto.

Al reclamo, non risulta che l'operatore abbia dato concreta risposta.

Rileva allora il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo il quale 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.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto 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 mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, 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".

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il reclamo è stato ricevuto da Sky il 14 ottobre 2015, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (18 marzo 2016), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 111,00 (centoundici/00).

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 50,00 (cinquanta/00), considerato il modesto valore della controversia e la parziale soccombenza.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art. 19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. P. Masini 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 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, l'importo di Euro 111,00 (centoundici/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 11.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
3. La società Sky Italia XXX dovrà provvedere alla ricostruzione contabile della posizione dell'istante, attenendosi a quanto disposto in motivazione;
4. La società Sky Italia XXX dovrà provvedere allo storno del totale insoluto a carico dell'istante con riferimento al contratto n. 14409205 ed allo storno dell'importo addebitato per mancata restituzione dei materiali (decoder e digital key), ritirando l'eventuale pratica di recupero crediti a sua cura e spese;
5. 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.
6. 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.
7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
8. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 14/04/2017

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto