

**DELIBERA DL/177/15/CRL/UD del 23 novembre 2015**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**QUINTILI xxx / SKY ITALIA xxx**

**(LAZIO/D/908/2014)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 23 novembre 2015;

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 xxx Quintili presentata in data 14.11.2014;

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’applicazione di tariffe difformi da quelle previste dal contratto, la ritardata attivazione dei servizi, la cessazione del servizio, oltre alla mancata risposta ai reclami.

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

a. L’istante era titolare di un contratto per servizi televisivi stipulato con l’operatore Sky avente ad oggetto l’attivazione di tutti i canali Sky, l’utilizzo di una tessera multivision e di un apparecchio decoder Mysky; tale contratto veniva disdetto dall’istante in data 31.12.2013;

b. Nei giorni successivi alla predetta disdetta veniva contattato dagli uffici commerciali di Sky per offerte promozionali di retention del cliente e ne accettava una, in data 9.1.2014, che al prezzo di Euro 66,50 mensili gli consentiva di mantenere il servizio e l'offerta televisiva del precedente contratto;

c. appurato che molti dei servizi concordati non erano accessibili, in violazione degli accordi contrattuali, l'istante contattava l'assistenza Sky e, in assenza di riscontro, decideva di esercitare il ripensamento nei termini di legge; nel collegarsi dunque al sito dell'operatore in data 17.01.2014, per recedere, veniva nuovamente contattato mediante chat da un operatore a fini di retention; in tale occasione, l'operatore proponeva l'attivazione delle opzioni mancanti ad un costo complessivo di € 69,00 mensili invece degli €66,50 prima concordati, proposta che veniva nuovamente accettata dall'istante;

d. giunto presso il proprio domicilio, appurava che l'opzione MySky, sebbene ne fosse stata confermata l'immediata attivazione, non era funzionante;

e. Indispettito per la situazione ed al fine di esercitare ancora il diritto di recesso nei 10 giorni di legge per via telematica, si collegava nuovamente al sito di Sky ed anche in questa occasione, veniva contattato tramite chat da un altro operatore, il quale confermava che l'opzione Mysky era ricompresa nell'offerta ma che la sua attivazione avrebbe richiesto qualche giorno;

f. L'attivazione completa del servizio avveniva nel febbraio 2014, ma sin dalla prima fattura l'istante notava che venivano applicate delle tariffe difformi da quanto concordato, tale indurre lo stesso ad avanzare formale reclamo sia in data 18.03.2014 tramite form on line sul sito Sky, che con lettera raccomandata del 22.04.2014 e ricevuta da Sky in data 5.05.2014, cui l'operatore Sky non ha mai dato riscontro;

g. In data 15.05.2014 l'istante riceveva comunicazione da parte dell'operatore con la quale si evidenziava che Sky aveva preso in carico la sua richiesta di recesso, con richiesta di corrispondere un importo per la cessazione, nonostante l'istante non avesse mai avanzato alcuna richiesta in tal senso;

h. Sky in data 30.06.2014 provvedeva arbitrariamente alla cessazione del servizio con addebito dei costi all'istante, nonostante quest'ultimo non avesse mai richiesto alcun recesso.

i. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso nell'udienza del 2.10.2014, si concludeva con esito negativo stante l'assenza dell'operatore SKY.

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

- i. L'annullamento delle fatture per il periodo dal 9.01.2014 al 30.06.2014;
- ii. Ricalcolo delle fatture tenuto conto del prezzo contrattuale stabilito in €69,00 con contestuale rimborso delle differenze;
- iii. L'indennizzo per la ritardata attivazione dei servizi;
- iv. L'indennizzo per la cessazione del servizio;
- v. Riattivazione delle condizioni contrattuali;
- vi. Oltre alle spese del presente procedimento.

## **2. La posizione dell'operatore SKY.**

L'operatore Sky sebbene regolarmente convocato per l'udienza di conciliazione, non è comparso; né ha depositare memorie esplicative e/o difensive al fine di prendere posizione sui fatti contestati dall'istante, nel procedimento di definizione.

## **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.

Non è ammissibile la domanda di riattivazione delle condizioni contrattuali ai sensi dell'art.19, comma 4 del Regolamento, che limita la cognizione del Corecom al riconoscimento del diritto all'indennizzo o al rimborso/storno di somme non dovute in conseguenza dell'accertamento di inadempimenti contrattuali.

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

### **3.1 sull'applicazione di tariffe difformi rispetto al contratto sottoscritto.**

L'istante contesta, per la combinazione di pacchetti prescelta in abbonamento, l'applicazione di una tariffa difforme da quella concordata contrattualmente di € 69,00, per contro si è trovato a pagare le seguenti fatture:

- N. 451541397 del 05.02.2014 di € 86.55;
- N. 452316940 del 05.03.2014 di €95.39;
- N. 453197125 del 05.04.2014 di €78,25;
- N.453987348 del 05.05.2014 di €78.25;
- N.454833561 del 05.06.2014 di €89.78

Il gestore ha omesso di depositare opportune memorie al fine di prendere posizione sui fatti contestati.

A fronte della contestazione dell'utente circa l'applicazione di un profilo tariffario diverso da quello convenuto era onere probatorio dell'operatore fornire la prova della conclusione del contratto alle condizioni economiche effettivamente applicate.

La fattispecie rientra infatti nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art.50 e segg. del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n.664/06/CONS con 4 riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

In particolare, si richiamano in materia: 1) la Delibera n. 278/04/CSP "Direttiva in materia di carte dei servizi e qualità dei servizi di televisione a pagamento", secondo la quale "I comportamenti dei fornitori di servizi di televisione a pagamento nei confronti degli utenti si ispirano a criteri uguaglianza, trasparenza e imparzialità." (art. 4 - principi generali); 2) la Delibera n.79/09/CSP "Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (call center) nel settore delle comunicazioni elettroniche", secondo la quale "Gli operatori sono responsabili del rispetto delle disposizioni della presente direttiva, a prescindere dalla tecnologia utilizzata e dalla modalità

organizzativa con cui i servizi telefonici di contatto sono resi, senza alcuna differenziazione tra servizi prestati direttamente o indirettamente, ossia tramite società di servizi cui viene affidata la gestione degli stessi” (art. 3 - responsabilità degli operatori) e “Gli operatori assicurano, nell’effettuazione di contatti outbound, il rispetto delle disposizioni di cui all’art. 4 della presente direttiva. Nel caso di contatti a scopo di proposta contrattuale – sia inbound che outbound - gli operatori assicurano, nella gestione del contatto con l’utente e in tutta la fase pre-contrattuale il rispetto delle norme previste: a) dal codice delle comunicazioni elettroniche, in particolare dall’art. 70; b) dal codice del consumo, in particolare dagli articoli 24 e 52; c) dal regolamento in materia dei contratti a distanza, di cui alla delibera 664/06/CONS”(art. 8 - Contatti outbound e contatti a scopo contrattuale).

Assume rilievo, in particolare, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell’art. 2 della Delibera n.664/06/CONS che stabilisce, che la volontà inequivoca dell’utente di concludere il contratto – nella fattispecie, a determinate condizioni- deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale (...), 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.

SKY non ha fornito prova di aver inviato la conferma del contratto per iscritto, in base alla quale l’utente avrebbe potuto esercitare il diritto di ripensamento, ove non la ritenesse conforme alle proprie aspettative;

risulta altresì il contenuto registrato della chat – equiparabile dunque al vocal order- , dalla quale effettivamente risultano le seguenti condizioni: “ *sky cinema + skysport + sky calcio + sky tv + sky famiglia + myskyhd + multi vision + hd a 69 Euro*” . Condizioni ripetute ed accettate dall’utente.

Pertanto sin dall’accettazione del contratto, l’istante contava che per la fruizione delle predette opzioni del pacchetto SKY, avrebbe dovuto versare la somma di €69,00.

La prova della conclusione del contratto alle condizioni promozionali applicate dal gestore e risultanti dalle fatture può pertanto ritenersi raggiunta, in ragione di quanto stabilito dall’art.6, comma 2 della delibera 664/06/CONS.

Allo stato pertanto si dispone lo il rimborso delle somme eccedenti il canone concordato di €69,00 con riferimento alle fatture depositate, ad eccezione della fattura N. 451541397 del 05.02.2014 di Euro 86,55 che, comprendendo il canone di febbraio e 24 giorni di canone di gennaio, presenta un importo compatibile con lo sconto praticato, considerata anche la mancata fatturazione delle opzioni non attivate immediatamente.

Per le restanti fatture, deve disporsi il rimborso della somma della somma di €26.39 dalla fattura N. 452316940 del 5.03.2014, della somma di € 9,25 dalla fattura N. 453197125 del 05.04.2014, della somma di € 9.25 dalla fattura N.453987348 del 05.05.2014, e della somma di €20,78 dalla fattura N.454833561 del 05.06.2014 . Per un totale a rimborso pari a € 65,67.

### **3.2 Sulla ritardata attivazione del servizio**

Risulta provato che l'utente ha concluso un contratto con Sky, in data 17.01.2014, per l'attivazione dei servizi Sky Cinema, Sky Sport, Sky Calcio, Sky Tv, Sky Famiglia oltre al MySky, Multivision e HD al prezzo di €69,00 mensili .

L'utente ha lamentato che il servizio veniva attivato solo in parte, mentre tutte le opzioni venivano attivate solo nel mese di febbraio 2014.

L'art. 2.1 delle Condizioni Generali di Contratto Sky, prevede che i servizi siano attivati al momento dell'attivazione della Smart Card, di fatto l'istante era in possesso già di una Smart Card sulla quale telematicamente potevano essere attivati i servizi di cui al contratto.

E' noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo il quale "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

Sky aveva pertanto l'onere di dimostrare la tempestiva attivazione dei servizi, ovvero che la mancata o ritardata attivazione fosse dipesa da causa ad essa non imputabile; così come aveva l'onere di dimostrare di avere tempestivamente informato l'utente delle eventuali difficoltà tecniche e/o amministrative incontrate nell'adempimento delle obbligazioni.

Come sopra detto, Sky non avendo partecipato al procedimento nulla ha dimostrato in ordine all'obbligo degli oneri informativi circa le problematiche tecniche, e non ha pertanto adempiuto l'onere probatorio sulla stessa gravante.

Pertanto, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, ovvero che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, deve ritenersi la responsabilità contrattuale di Sky.

Riguardo alle deduzioni svolte dall'utente sulla circostanza, riferisce che a seguito della stipula del 17.1.2014 , verificava nella stessa giornata che il servizio – accessorio- Myskyhd – non era stato attivato e che tutti i contenuti e servizi erano attivi solo dal mese di febbraio.

Visto l'art.3, comma 4 dell'Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, considerato che non si conosce il canone del servizio e che unica voce di costo rinvenibile nelle fatture e riconducibile allo stesso è la "Opzione tecnologia HD " al costo di 5 Euro mensili; considerato, con riguardo al periodo indennizzabile, che l'arco temporale di riferimento si estende dal 17.01.2014, data di conclusione del contratto sino al 1.02.2014 data di attivazione di tutti i servizi; si riconosce per i 15 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio la somma di Euro 37,5, ai sensi del predetto comma 4 dell'art.3.

### **3.3 Sulla disattivazione del servizio.**

L'istante lamenta l'illegittima e totale disattivazione del servizio effettuata il giorno 30.06.2014, a seguito di una presunta disdetta mai esercitata, e chiede la liquidazione dell'indennizzo.

L'operatore come più volte specificato non ha partecipato al presente procedimento.

La domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

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.

Nella fattispecie, spettava dunque a Sky dimostrare il fatto estintivo del diritto alla prestazione , cioè di aver disattivato il servizio per una richiesta di disdetta formulata dall'utente, circostanza da quest'ultimo espressamente contestata.

Si ritiene pertanto che Sky abbia disattivato il servizio senza che ve ne fossero i presupposti, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo per il disservizio, dal 30.06.2014 ( data di cessazione risultante dalla fattura) al 14.11.2014 (data dell'istanza di definizione) per un totale di giorni 137.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 4.1 dell'Allegato A del Regolamento si riconosce all'utente un indennizzo di Euro 1.027,50.

### **3.4 Sulla mancata risposta al reclamo**

L'istante lamenta infine la mancata risposta al reclamo avanzato a mezzo raccomandata a/r del 22.04.2014 e ricevuta dall'operatore Sky in data 5.05.2014.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche della Carta Servizi), secondo cui 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, 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", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Considerato che non vi è stata risposta alcuna da parte dell'operatore Sky al richiamato reclamo con il quale si contestava la fatturazione difforme rispetto al contratto, e che lo stesso non è stato accolto nemmeno per fatto concludente, ovvero con la rettifica/regolarizzazione della fatturazione; né può considerarsi collegata in alcun modo al reclamo la missiva del 15.05.2014, con la quale si prende in carico un presunto recesso, viene riconosciuto all'utente un indennizzo dalla data del 4.06.2014, detratti i 30 giorni utili alla risposta, al 14.11.2014, data dell'istanza di definizione, stante l'assenza del gestore all'udienza di conciliazione, per un totale di Euro 163,00.

#### **4. Sulle spese del procedimento**

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione da porsi a carico dell'operatore Sky.

Per tutto quanto sopra esposto,

#### **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

## DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. xxx Quintili 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 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
  - i. euro 37,25 (trentasette/25) a titolo di indennizzo ex art. 3 comma 4 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
  - ii. euro 1.027,50 (mille ventisette /50) a titolo di indennizzo ex art. 4.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
  - iii. euro 163,00 (cento sessantatre/00) a titolo di indennizzo ex art. 11 allegato A Delibera 73/11/CONS.
3. La società Sky Italia xxx è inoltre tenuta a rimborsare in favore dell'istante la somma di Euro 65,67, a sulle fatture di cui in motivazione, quale eccedenza rispetto al canone mensile pattuito.
4. 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.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto