

DELIBERA DL/179/15/CRL/UD del 23 novembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

GNASSI xxx / SKY ITALIA xxx / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/938/2014)

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 Gnassi presentata in data 24.11.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

Con l’istanza per l’esperimento del tentativo di conciliazione del 22.8.2014, il sig. Gnassi lamentava, unicamente nei confronti del gestore Fastweb, la ritardata attivazione dei servizi di telefonia fissa e connettività Internet previsti dal contratto Home pack stipulato il 28.12.2013, nonché la mancata applicazione della tariffa promozionale relativa all’offerta. Il contraddittorio è stato esteso all’operatore Sky Italia xxx nel corso del procedimento di conciliazione.

Con l’istanza di definizione l’istante ha reiterato le doglianze, nei confronti di entrambi i gestori, ovvero l’attivazione ritardata (alla data del 6.6.2014) dei servizi di telefonia fissa e internet , richiedendo l’applicazione delle condizioni promozionali sottoscritte.

In riscontro ad apposita richiesta istruttoria del Corecom con la quale si richiedeva di precisare i supposti inadempimenti del gestore Sky rispetto ai fatti di controversia, l'utente integrava le deduzioni come di seguito:

Nei confronti di Fastweb richiedeva:

- i. l'indennizzo per mancato riscontro alle ripetute richieste di attivazione del servizio intraprese dal 2012;
- ii. l'indennizzo per ritardata attivazione del servizio dal 18.12.2013 alla data di erogazione 6.06.2014;
- iii. l'indennizzo per l'erogazione del servizio a condizioni economicamente svantaggiose rispetto ai termini contrattuali.

Nei confronti di Sky richiedeva:

- i. l'indennizzo per mancata disdetta dell'erogazione del servizio alle condizioni precedenti alla stipula del contratto;
- ii. l'indennizzo per mancata erogazione del servizio alle condizioni promozionali dalla data di sottoscrizione del contratto;
- iii. l'indennizzo per l'erogazione del servizio a condizioni economicamente svantaggiose rispetto ai termini contrattuali.

Nei confronti di entrambi gli operatori, richiedeva:

- i. L'erogazione della totalità dei servizi contrattuali alle condizioni promozionali;
- ii. rimborso della differenza rispetto a quanto già pagato;
- iii. risarcimento del danno subito

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso nell'udienza del 24.11.2014, si concludeva con esito negativo con l'operatore SKY poiché assente, mentre con l'operatore Fastweb aveva esito negativo per mancato accordo .

Nelle memorie difensive concesse a seguito di invio della comunicazione di avvio del procedimento l'istante depositava lettera di disdetta contrattuale con l'operatore Sky del 19.12.2013, oltre al prospetto di tutti i pagamenti effettuati nel 2014.

2. La posizione dell'operatore Fastweb.

Fastweb ha depositato memoria difensiva nei termini ed ha raggiunto una transazione con l'utente all'udienza di discussione del 16.6.2015: pertanto è cessata la materia del contendere nella presente controversia e la relativa posizione deve essere stralciata (vedi infra) .

3. La posizione dell'operatore Sky.

L'operatore Sky ha omesso di depositare memorie difensive e documentazione a tutela della propria posizione e non ha presenziato sia all'udienza per il tentativo di conciliazione che a quella di definizione.

4. 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.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

E' dunque esclusa la richiesta di risarcimento danni, per la quale sussiste giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario.

Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno. Pertanto la domanda di risarcimento del danno rivolta ad entrambi i gestori è inammissibile.

Preliminarmente, come sopra richiamato, viene dichiarata cessata la materia del contendere e si dispone la contestuale estromissione dal presente procedimento dell'operatore Fastweb, essendo intervenuto un accordo tra l'istante e l'operatore in data 16.06.2015, giusto verbale di conciliazione.

Ne consegue la necessità di verificare quali siano gli inadempimenti residuali di Sky, nei cui confronti è proseguito il procedimento e trattenuti gli atti per la decisione, rispetto alla gestione del contratto, esigenza già rappresentata all'utente nella fase istruttoria del procedimento di definizione, sulla base della considerazione che nell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, Sky non era stata neppure chiamata.

L'utente ha quindi precisato, solo con le memorie, le doglianze nei confronti di Sky e, segnatamente: *“ mancata disdetta dell'erogazione del Servizio alle condizioni precedenti alla stipula del contratto Offerta Home Pack Powered by Fastweb; mancata erogazione del Servizio alle condizioni promozionali (.....) decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto 18.12.2013; erogazione del servizio a condizioni economicamente svantaggiose rispetto ai termini contrattuali previsti nel contratto (....) ”*

4.1 sulla mancata lavorazione della disdetta.

Dal tenore letterale di quanto precisato dall'utente, si tratta di una domanda nuova e perciò inammissibile, in quanto la circostanza della disdetta di un precedente contratto Sky, del quale si lamenta la prosecuzione alle condizioni tariffarie allora vigenti, è emersa per la prima volta con le memorie, non essendo stata dedotta nemmeno con l'istanza di definizione e tanto più, non sottoposta al tentativo obbligatorio di conciliazione, in violazione dell'obbligatorietà del doppio grado di giudizio. La stessa prova documentale dell'esercizio online di tale disdetta è stata prodotta per la prima volta con le memorie.

Ciò posto, nonostante la parziale e involuta esposizione dei fatti di controversia, le precisazioni di cui sopra nei confronti dell'operatore Sky, possono essere interpretate, in un'ottica di *favor utentis* parte debole del contenzioso, come una mancata applicazione da parte di Sky delle condizioni promozionali inerenti l'offerta Home Pack powered by Fastweb, rispetto al contratto

precedentemente in essere solo con Sky, e quindi come un'erogazione dei servizi televisivi ad un prezzo maggiorato rispetto a quello pattuito.

Con tale riformulazione la domanda può essere affrontata nel merito.

La domanda è tuttavia infondata per le seguenti ragioni.

Il ricorrente lamenta la mancata lavorazione, da parte dell'operatore, della sua richiesta di disdetta inviata in data 19.12.2013, e la contestuale mancata attivazione, in conseguenza del contratto sottoscritto in data 22.01.2014 con Fastweb e Sky, dell'offerta "Home Pack", più vantaggiosa rispetto al precedente contratto in esclusiva con Sky, con conseguente addebito di fatture difformi dalle nuove condizioni

Avanza, di conseguenza, richiesta di indennizzo, di rimborso di quanto pagato in eccesso alle condizioni promozionali sottoscritte con Sky.

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.

L'utente, che lamenta dunque l'applicazione di condizioni difformi da quelle oggetto di stipula, deve provare il contratto e la promozione sottoscritta, sulla base dei quali fonda la propria pretesa.

Le prove fornite dall'utente (contratto e parziale fattura Sky) sono invece insufficienti alla valutazione della pretesa sotto diversi e profili .

Dal contratto depositato dall'istante, redatto e compilato a seguito della stipula a distanza con il call center Fastweb, risulta una proposta di abbonamento "Offerta Home Pack Powered by Fastweb " ovvero: l'abbonamento " Home Pack Full" comprensivo, lato Sky di Sky Pack Famiglia e Cinema e Channel Pack Sky Tv e Famiglia, tipo di installazione Impianto esistente da adeguare e decoder MySkyHD; lato Fastweb, la tecnologia Ultra Fibra con l'Opzione installazione tramite tecnico e Piano Tariffario SuperSurf a 11,00 euro/mese per 12 mesi e contributo di attivazione e installazione Sky e Fastweb scontato e rateizzato.

Al di là quindi del dato documentale che l'importo mensile di Euro 11,00 fosse riferito solo alla componente Fastweb dell'abbonamento (Sezione Promozioni nella PDA), operatore che ha già transatto per la sua parte, rileva che l'utente non abbia provato quali fossero le condizioni tariffarie della componente Sky dell'abbonamento; nella PDA dell'offerta Home pack è specificato

infatti che “ *le promozioni in corso e la validità delle stesse, i termini e le condizioni, i costi per attivazione e disattivazione, nonché i costi mensili relativi all’ “Offerta Home Pack” opzioni e servizi aggiuntivi eventualmente scelti, così come i costi a consumo, sono riportati sul materiale commerciale e/o all’interno dei siti www.fastweb.it e www.sky.it (...)* “ ovvero sulle brochure informativa della promozione che ne dettaglia le condizioni; tale materiale illustrativo non è stato depositato, né è utile alla ricostruzione, la consultazione delle pagine web che riportano unicamente le promozioni ad oggi sottoscrivibili e non anche quelle vigenti all’epoca dei fatti; non aiutano altresì, il prospetto delle fatture depositato dall’utente e l’unica fattura di dicembre 2014, tutte successive all’Offerta Home Pack e quindi non confrontabili con quelle del contratto precedentemente in vigore, né nell’importo, né nel codice cliente che l’utente deduce come invariati.

Sulla base della documentazione contrattuale in atti il cui onere di deposito incombeva sull’istante, non è possibile pertanto verificare la fondatezza della pretesa al rimborso della supposta differenza tra il canone del vecchio contratto e quello addebitato in vigore della promozione Home pack, anche ammesso che tale domanda fosse quella originariamente sottoposta al tentativo di conciliazione .

Ad abundantiam si sottolinea che i richiesti indennizzi per la asserita mancata lavorazione della disdetta e per la fatturazione difforme dalle condizioni contrattuali vigenti, non sarebbero stati comunque riconoscibili, in quanto non previsti da alcuna tassativa fattispecie indennizzatoria dell’allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, né dalla consolidata giurisprudenza Agcom e Corecom, per la quale lo storno/rimborso delle somme accertate come non dovute, è ampiamente soddisfacente e compensativo di ogni pregiudizio arrecato all’utente per questa tipologia di inadempienze.

5. 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) da porsi a carico di Sky considerata la mancata partecipazione dell’operatore all’udienza di conciliazione secondo quanto previsto dal Par.III.5.4 delle Linee Guida (...) in tema di spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Rigetta l’istanza proposta dal sig. xxx Gnassi nei confronti di SKY Italia xxx, salva corresponsione della somma di Euro 50,00 a titolo di rimborso spese per l’esperimento del tentativo di conciliazione.
2. Dichiara cessata la materia del contendere tra il sig. xxx Gnassi e la società Fastweb xxx, per intervenuta transazione nell’udienza del 16.06.2015.

3. 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.
4. 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.
5. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. 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).

Roma, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto