

Determinazione n. 1/2012

Oggetto: definizione della controversia XXX / Sky Italia XXX

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*";

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*", e in particolare l'art. 84;

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229";

VISTA la legge della Regione Lombardia 28 ottobre 2003, n. 20, "*Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*";

VISTA la deliberazione di Comitato n. 5 del 28 ottobre 2004 "Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia";

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, recante il "*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" (d'ora in avanti *Regolamento*);

VISTA deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A "*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*";

VISTA la deliberazione AGCOM n. 41/09/CIR;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS;

VISTA la circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817;

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 della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione del Corecom Lombardia n. 7 del 10 giugno 2010, con la quale, a norma dell'art. art. 19, comma 7, della citata deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione del Corecom Lombardia n. 1 del 13 gennaio 2011, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale n. 132 del 9 giugno 2011, di conferimento al dott. Mauro Bernardis dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA l'istanza presentata in data 20 dicembre 2010, con cui il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. della Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Sky Italia XXX (d'ora in avanti: Sky) concernente un contratto di abbonamento residenziale per servizi televisivi a pagamento, ai sensi degli artt. 14 e ss. del *Regolamento*;

VISTA la nota del 29 dicembre 2010, con la quale il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia;

VISTA la nota del 4 aprile 2011, con la quale il funzionario responsabile del procedimento ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia, fissata per il 9 maggio 2011;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 9 maggio 2011;

VISTI gli atti tutti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e adempimenti istruttori

Il sig. XXX nella propria istanza del 20 dicembre 2010 e nei documenti depositati rappresenta quanto segue:

- in data 6/10/10 veniva contattato da un operatore per conto di Sky, che gli proponeva di sottoscrivere un abbonamento residenziale per il pacchetto "mondo-cinema-sport-calcio" della durata di 12 mesi al costo di €29,00 al mese, con la possibilità che, dopo i primi 4 mesi, l'utente avrebbe avuto la facoltà di scegliere, al costo aggiuntivo di €9,00, uno tra i pacchetti opzionali calcio o sport in aggiunta al pacchetto cinema. L'utente accettava l'offerta commerciale anche se l'operatore di Sky non consentiva di registrare anche la proposta del pacchetto opzionale motivando con il fatto che la promozione non risultava ancora attiva;
- dopo l'installazione dell'apparecchiatura, avvenuta in data 11 ottobre 2010, l'utente contattava il centro assistenza Sky, che riferiva che l'offerta del pacchetto opzionale calcio o sport a soli € 9,00 non esisteva;
- il sig. XXX, in data 15 ottobre 2010, inviava via fax al gestore una nota di reclamo riguardante l'accaduto, chiedendo di essere contattato; non riceveva tuttavia alcuna risposta;
- il 21 ottobre 2010 il sig. XXX presentava domanda di conciliazione al Corecom Lombardia nei confronti di Sky, la quale non aveva tuttavia esito positivo a causa della mancata adesione dell'operatore all'udienza convocata per il 14 dicembre 2010;
- in data 20 dicembre 2010 il sig. XXX depositava presso il Corecom istanza di definizione della controversia;

- il giorno 9 maggio 2011 si svolgeva l'udienza di discussione, alla quale Sky non compariva; l'istante si richiamava a quanto già esposto confermando le conclusioni e le richieste formulate, e dichiarava inoltre di non aver mai ricevuto alcuna risposta al reclamo del 15 ottobre 2010;
- in seguito a richiesta istruttoria, il sig. XXX faceva pervenire le fatture, pagate tramite addebito sul proprio conto corrente, relative al rapporto contrattuale in contestazione.

Nell'istanza di definizione della controversia depositata il 20.12.2010, l'utente chiede l'applicazione della proposta commerciale del costo di €9,00 per entrambi i pacchetti opzionali calcio e sport, da far valere dopo i primi 4 mesi e per la restante durata del contratto di abbonamento, nonché una 'azione formativa' nei confronti dell'operatore di Sky. Con memoria depositata in data 19/1/2011, l'utente precisa la sua richiesta, chiedendo il rimborso della somma di €9,00 per ogni mensilità a partire dal mese di febbraio 2011 oppure l'aggiunta del pacchetto Calcio al costo di €9,00.

Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

Preliminarmente, deve essere chiarito che non possono essere prese in considerazione le richieste dell'utente relative alla 'formazione' dell'operatore di Sky e alla integrazione del contratto. Sulla base della ricostruzione dei fatti, della documentazione acquisita agli atti e all'esito dell'espletata istruttoria procedimentale, si rileva che il caso in esame verte sostanzialmente su un'asserita mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte dell'operatore, a causa della quale l'utente è stato indotto a stipulare il contratto in questione.

Si deve evidenziare che le parti di uno stipulando (e, poi, stipulato) contratto sono tenute a comportarsi, ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 del codice civile, secondo buona fede e correttezza sia nella fase precontrattuale che nella fase dell'esecuzione del contratto. Il principio di buona fede contrattuale costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico, che si considera violato dalla parte contrattuale che, anche non dolosamente, ometta di tenere un comportamento improntato alla diligente correttezza. Esso, peraltro, si impone con maggior forza nei contratti di adesione, qual è il contratto in oggetto, in cui è una sola delle parti a predisporre unilateralmente il contenuto dell'accordo, senza possibilità per l'altra di disporre o modificare le clausole inserite.

Inoltre, si deve evidenziare che l'operatore di comunicazioni elettroniche risponde, ai sensi dell'art. 1228 codice civile e ad ogni effetto di legge, dell'operato di coloro i quali agiscono in nome e per conto dello stesso operatore.

Nel caso di specie, emerge un comportamento commerciale non trasparente e corretto dell'operatore del *call center* del gestore, che fornisce informazioni poi rivelatesi non rispondenti al vero o che, seppure di fatto corrette, in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, sono idonee ad indurre (e di fatto inducono) in errore il consumatore riguardo ad uno o più dei seguenti elementi: esistenza o natura del prodotto; caratteristiche principali del prodotto. Tale condotta commerciale è idonea a indurre (e di fatto poi induce) l'utente ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

In via generale, sul piano legislativo, l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005 (Codice del consumo), annovera espressamente tra i diritti fondamentali del consumatore quello "*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" nei rapporti di consumo.

Quanto all'ambito delle telecomunicazioni, la delibera AGCOM n.417/01/CONS, allegato A, detta le linee guida relative alle comunicazioni al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazioni che gli operatori devono rispettare. In particolare, dalla citata delibera si evince che le informazioni rivolte al pubblico devono essere ispirate al necessario principio di trasparenza e garantire la comprensibilità dell'informazione, della comunicazione pubblicitaria e facilitare i processi di comparabilità dei prezzi.

Inoltre, la delibera AGCOM n. 179/03/CSP, Allegato A, all'art. 4 evidenzia che "*gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi e la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi anche in relazione alle modificazioni delle condizioni applicate al servizio sottoscritto, avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli*". Dunque gli utenti hanno diritto ad essere

informati in modo chiaro, esatto e completo delle specifiche tecniche ed economiche dei servizi nonché delle relative modalità di fornitura, perché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento consapevole verso una diversa offerta commerciale.

Nel caso di specie si configura, dunque, una violazione della normativa vigente, in quanto la comunicazione resa al cliente in ordine alle caratteristiche essenziali della promozione è risultata priva dei sufficienti elementi di chiarezza e completezza informativa, necessari per poter adottare una decisione consapevole, compromettendo quindi il diritto di scelta dell'utente. Infatti, nel caso in esame all'utente è stata prospettata un'opzione contrattuale in modo non chiaro, poi non concretizzatasi ed anzi rivelatasi addirittura inesistente, che è risultata fondamentale al fine della decisione adottata dall'utente di stipulare il predetto contratto.

Dalla documentazione acquisita in sede istruttoria (fatture), risulta che in ordine al contratto in oggetto l'utente ha regolarmente pagato tutte le fatture tramite addebito diretto sul proprio conto corrente.

Le fatture relative ai mesi di ottobre, novembre, dicembre 2010 e gennaio 2011 rivelano l'applicazione della promozione del pacchetto televisivo Mondo-cinema-sport-calcio ad €29,00 mensili.

In merito, invece, al periodo di fatturazione di febbraio 2011, si deve evidenziare in particolare che la fattura n. XXX del 5.2.2011 di €54,72 prevedeva il pacchetto Mondo-cinema-sport-calcio dal 1.2.11 al 28.2.2011 per €69, con l'applicazione dello sconto per l'abbonamento sky per 4 mesi dal 1.2.11 al 28.2.2011 per €14,28.

In seguito Sky emetteva la nota di credito n. XXX del 5.3.2011 di €33,23 in relazione alla predetta fattura per il periodo 12.2.2011-1.3.2011 per l'importo di €33,23.

Successivamente, in relazione al cambio del profilo tariffario, Sky emetteva la fattura n. XXX del 5.3.11 di € 50,56 avente ad oggetto 3 generi-cinema-sport dal 12.2.2011 al 28.2.2011 al costo di € 28,54.

Pertanto, dalla documentazione acquisita risulta che per lo stesso periodo dal 12.2.2011 al 28.2.2011 l'utente avrebbe pagato, per il pacchetto Mondo-cinema-sport-calcio, la somma di € 21,49 al netto della citata nota di credito e, per il pacchetto 3 generi+cinema+sport, la somma di € 28,54.

Peraltro, dalla fattura n. XXX del 5.3.2011 di € 50,56 risulta anche che in data 20.2.2011 l'utente ha acquistato la visione di una partita di calcio del costo di €8,00 oltre al costo di €0,25 per accesso al servizio tramite sms.

Le fatture successive mostrano poi che per il pacchetto 3 generi-cinema-sport l'utente ha pagato una cifra pari ad € 47,00, aumentata di € 2,00 nella fattura n. XXX del 5.9.2011 per il periodo 1.9.11 – 30.9.11 e aumentata di €2,40 nella fattura n. XXX del 5.10.2011 per il periodo 1.10.11-31.10.11.

Alla luce di ciò, non può negarsi che l'utente abbia pagato importi superiori a quelli originariamente prospettatigli dall'operatore di Sky.

In ordine all'onere della prova, è da evidenziare che l'intero materiale istruttorio deve essere valutato alla luce della regola secondo cui la parte che fa valere un diritto è tenuto a provare i fatti costitutivi del diritto, come recita il 1° comma dell'art. 2697 del codice civile, mentre la controparte è invece tenuta a provare gli eventuali fatti impeditivi, modificativi od estintivi, ossia le circostanze su cui si fonda la sua eventuale eccezione di inefficacia ovvero di modificazione od estinzione del diritto azionato dalla controparte, come dispone il 2° comma del citato art. 2697 c.c.

Nella responsabilità precontrattuale e contrattuale, il legislatore, difatti, ha introdotto una presunzione relativa di colpevolezza del debitore che si rende inadempiente, esonerando il creditore dal relativo onere probatorio. Secondo l'art. 1337 c.c. Circa i requisiti la cui sussistenza permette di configurare la responsabilità precontrattuale in parola, occorre che vi siano delle trattative che, per serietà e concludenza, abbiano determinato l'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto; che gli elementi essenziali di quest'ultimo siano definiti e che si sia formato sugli stessi un sostanziale accordo; che vi sia violazione della buona fede intesa in senso oggettivo, cioè come lealtà di condotta verso la controparte

La relatività della presunzione fa salva, tuttavia, la possibilità del debitore di liberarsi da ogni responsabilità, provando l'assenza di una qualsiasi colpa propria ai sensi dell'art. 1218 c.c..

Al presente procedimento amministrativo, come in quello relativo al tentativo obbligatorio di conciliazione, l'operatore non ha partecipato.

In forza dell'ordinario riparto dell'onere probatorio in tema d'inadempimento delle obbligazioni, l'operatore avrebbe dovuto provare di avere adempiuto esattamente e diligentemente la propria prestazione, confutando la tesi sostenuta dall'utente. Tale prova non emerge in atti e pertanto l'assenza della parte resistente nel presente procedimento determina l'effetto di consolidare la tesi sostenuta dall'utente.

Considerato pertanto che Sky non ha fornito alcun elemento probatorio al fine di escludere o limitare la propria responsabilità in ordine a quanto lamentato dal ricorrente, sulla base dell'istruttoria procedimentale, si deve ritenere assolto l'onere della prova a carico dell'utente, il quale ha evidenziato di essere stato indotto a stipulare il contratto di abbonamento residenziale perché fortemente interessato dalla promessa fattagli dall'operatore di poter scegliere il pacchetto opzionale calcio o sport al costo di €9,00 dopo i primi quattro mesi.

Pertanto, da quanto ricostruito in fatto e considerato in diritto, la condotta di Sky è tale da fondarne la responsabilità, e, di converso, è da ritenere fondata la domanda dell'utente. In relazione alla quale, potendo il Corecom disporre rimborsi od indennizzi ai sensi dell'art. 84, c. 1 del d.lgs. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) e dell'art. 11, c. 4 della delibera 173/07/Cons, è doveroso ed equo affermare il diritto del sig. XXX a vedersi riconosciuto un indennizzo.

In merito alla quantificazione dell'indennizzo, atteso che il caso in esame non risulta specificamente previsto dalla Carta dei servizi del gestore interessato, occorre attenersi ai principi secondo cui gli indennizzi riconosciuti dall'Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. 259/2003, il requisito dell'equità e, secondo l'art. 11, comma 2 della delibera AGCOM n.179/03/CSP, devono essere *“proporzionati al pregiudizio arrecato”*, per cui gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli originarie dalle loro condotte sin dalla fase della formulazione della proposta commerciale. In applicazione di tali principi, è ragionevole ed equo riconoscere in favore dell'utente un indennizzo nella misura di €100,00, importo che risulta proporzionato anche in relazione a quanto pagato in più dall'utente rispetto all'originaria proposta contrattuale per il periodo da febbraio 2011 a ottobre 2011, mese di scadenza del contratto di abbonamento annuale residenziale per servizi televisivi a pagamento.

In relazione al reclamo inviato dall'utente (fax del 15/10/2010) circa l'applicabilità della suddetta opzione contrattuale al suo contratto come da informazione ricevuta per telefono dall'operatore Sky, si deve riconoscere la responsabilità del gestore per non aver dato riscontro al reclamo, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché dell'art. 11, comma 2, della medesima delibera), come rilevato dall'utente nell'udienza di discussione. Difatti, come prevede l'art. 8, comma 4 della delibera AGCOM 179/03/CSP, Allegato A, l'operatore è tenuto a fornire una risposta in forma scritta al reclamo, adeguatamente motivata che indichi gli accertamenti compiuti; e di tale risposta non è stata prodotta prova né vi è traccia agli atti.

La mancata risposta al reclamo, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e di contraddittorio, fonda dunque il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo.

Per quanto riguarda la quantificazione dell'indennizzo, va preso atto dell'assenza di qualsivoglia determinazione da parte della Carta dei servizi del gestore rispetto alla fattispecie della mancata risposta al reclamo, come pure dell'inapplicabilità per motivi temporali (istanza di definizione depositata il 20/12/2010) della Delibera AGCOM n.73/11/CONS avente ad oggetto *“Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n.481”*.

Tuttavia, è da ritenere, in ossequio al principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'indennizzo rispetto al concreto pregiudizio subito dall'utente come stabilito dalla delibera AGCOM n.179/03/CSP, che possa farsi riferimento in via ragionevole ed equitativa, per la individuazione di un parametro indennizzatorio per il caso di specie, proprio a quanto stabilito dalla disciplina introdotta con la predetta delibera AGCOM n. 73/11/CONS, Allegato A, laddove, all'art. 11 *“Indennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami”* si prevede che *“se l'operatore non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad € 1,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di € 300,00. ...”*. Tali misure, se non applicabili al caso in esame, forniscono tuttavia un

parametro di indubbia utilità, ragionevolezza e autorevolezza nella determinazione del *quantum* indennizzatorio.

In merito all'arco temporale di riferimento per la quantificazione dell'indennizzo conseguente alla mancata risposta al reclamo, si ritiene di dover fare riferimento al periodo che va dal 15/10/2010, data di invio tramite fax del reclamo all'operatore, al 20/12/2010, data di deposito dell'istanza di definizione, periodo dal quale va sottratto il termine dato all'operatore per fornire risposta al reclamo (in questo caso: 30 gg. - art. 8 della Carta dei Servizi Sky).

Pertanto, l'arco temporale di riferimento è rappresentato da un totale di 36 giorni, a fronte del quale si ritiene ragionevole ed equo determinare l'indennizzo in € 36,00.

In relazione alle spese di procedura, ai sensi della delibera AGCOM n.173/07/CONS, allegato A, art. 19, comma 6, con la definizione possono essere liquidate le spese di procedura secondo criteri di equità e proporzionalità, tenendo conto del comportamento delle parti anche nel corso del procedimento di conciliazione. Nel caso in esame, secondo quanto disciplinato dalla delibera AGCOM n.529/09/CONS, Allegato A, III.4.4. "*Spese di procedura*", si ritiene ragionevole liquidare, in via equitativa, in favore dell'istante l'importo omnicomprensivo di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della procedura, in ragione del fatto che l'utente ha preso parte al presente procedimento sia depositando memorie e documenti che partecipando all'udienza di discussione, a differenza dell'operatore, rimasto inerte sia durante la fase del tentativo obbligatorio di conciliazione che durante l'intero procedimento di definizione amministrativa.

RITENUTO che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTO altresì che l'istante abbia diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 100,00;

DETERMINA

1. La società Sky Italia XXX è tenuta, a favore del sig. XXX, a:

- a) corrispondere la somma di € 100,00, quale indennizzo per responsabilità da carenza informativa e di trasparenza;
- b) corrispondere la somma di € 36,00, quale indennizzo per mancata risposta a reclamo;
- c) corrispondere la somma di € 100,00, a titolo di rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera n.179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera AGCOM n.173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n.259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 69/2009.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e della circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Milano, 2 marzo 2012

Il dirigente
dott. Mauro Bernardis