

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 264

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Mallamaci xxx c/ Sky Italia xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 19/12/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "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'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 6 settembre 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 38484, con cui l'utente Mallamaci xxx ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Sky Italia xxx, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

la nota del 7 settembre 2012 (prot. n. 38863 del 10 settembre 2012), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. Mallamaci xxx ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Sky Italia xxx. La conciliazione si è conclusa ai sensi dell'**art. 8, co. 3, del Regolamento**, in quanto il gestore non ha comunicato nei termini la volontà di aderire alla procedura conciliativa.

Il 6 settembre 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

Il sig. Mallamaci ha esposto di aver aderito ad una proposta contrattuale di Sky con installazione del decoder My Sky HD. Il servizio è stato attivato il 7 giugno 2012. Il ricorrente lamenta, in particolare, di aver subito l'interruzione completa del segnale televisivo a partire dal 12 giugno 2012. Nella stessa giornata l'istante ha contattato il centro assistenza Sky e sono state eseguite diverse prove tecniche senza risolvere il disservizio. Verificata la persistenza del malfunzionamento, quindi, l'addetto Sky ha depositato l'intervento di un tecnico presso l'abitazione del ricorrente, da eseguirsi entro le quarantotto ore successive. Spirato inutilmente il termine, il sig. Mallamaci ha contattato nuovamente il centro Sky. In tale occasione, l'istante è stato informato della decisione, adottata unilateralmente dal gestore, di posticipare l'accesso tecnico al 22 giugno 2012. L'attesa si è rivelata nuovamente vana ed il ricorrente ha ricontattato il call center Sky, ottenendo solo un ulteriore posticipo dell'accesso. Infastidito dai continui rinvii, il sig. Mallamaci - con raccomandata del 25 giugno - ha esercitato il recesso dal contratto. Così descritti i fatti, il ricorrente ha precisato che la problematica gli ha impedito la visione di tutte le trasmissioni televisive, ivi inclusi gli europei di calcio.

L'istante, pertanto, ha domandato all'uopo:

- a) Il recesso dal contratto senza oneri;
- b) lo storno di tutte le fatture emesse da giugno 2012 in avanti;
- c) l'annullamento delle spese di recesso anticipato e del corrispettivo del decoder;
- d) il risarcimento dei danni subiti.

Sky Italia xxx ha depositato tardivamente una memoria. Il gestore, difatti, ha inviato la sua memoria con fax dell'11 ottobre 2012, ricevuto da questo Co.re.com. alle ore 18,11 della stessa giornata e al di fuori dell'orario di ufficio. Il documento è stato successivamente protocollato ed acquisito agli atti del fascicolo il 12 ottobre 2012, ovvero due giorni dopo la scadenza dei termini assegnati in forza della delibera 173/07/CONS. Siffatti termini erano noti alla parte per la ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, inviata con fax del 10 settembre 2012.

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'**art. 14 del Regolamento** ed è pertanto procedibile.

La memoria di Sky, invece, va dichiarata irricevibile. Invero, l'esame documentale appalesa la difformità tra la data di ricezione del fax (11 ottobre 2012) e quella di protocollazione della memoria (12 ottobre 2012) presso quest'Ufficio. Anche qualora si volesse fare riferimento alla prima data, il deposito sarebbe comunque tardivo, in quanto il documento è pervenuto oltre il trentesimo giorno successivo alla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento ed al di fuori dell'orario di ufficio. Pertanto, la memoria del gestore è stata depositata fuori termini con le conseguenze di legge.

Si rammenta, altresì, 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo. Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di comunicazione elettronica. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione *"una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"*(art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto, le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Sull'interruzione del servizio.

Il sig. Mallamaci, come visto, lamenta di aver subito l'interruzione del servizio dal 12 giugno 2012, deducendo di aver segnalato immediatamente il disservizio al gestore.

Le affermazioni dell'istante, avrebbero meritato un'adeguata replica dell'operatore, investito dall'onere della prova. Il gestore, invece, nonostante la rituale instaurazione del contraddittorio, si è costituito tardivamente. In ogni caso, anche laddove la memoria del gestore fosse stata tempestivamente depositata, si osserva che con essa la società resistente non ha fornito alcuna motivazione tecnico-giuridica relativamente all'interruzione del servizio televisivo. Oltretutto, pur sostenendo la regolare fornitura del servizio, non allega alla memoria alcuna documentazione probatoria idonea a supportare l'affermazione. In mancanza di prova contraria, pertanto, l'interruzione del servizio è da imputarsi esclusivamente alla responsabilità della società resistente ed in quanto tale implica la corresponsione di un indennizzo proporzionato al disservizio subito dall'utente.

Si richiama a tal fine, l'obbligo imposto all'operatore in seguito all'emanazione della **delibera 278/O4/CSP (Direttiva in materia di qualità e carte dei servizi dei servizi televisivi a pagamento ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. b), n. 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249)**: *"i servizi sono offerti in modo regolare, continuo e senza interruzioni, ad eccezione di quelle dovute ad interventi di manutenzione e riparazione. Il fornitore di servizi televisivi a pagamento è tenuto ad informare in anticipo e con mezzi adeguati gli utenti degli interventi programmati di manutenzione che comportino interruzioni complete del servizio, con specifica indicazione della durata presumibile dell'interruzione e del punto di contatto, facilmente accessibile, per ottenere assistenza e più dettagliate notizie dall'Agcom"*.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti si giunge, pertanto, a comporre gli interessi in conflitto avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova,

nell'ambito delle controversie inerenti il settore delle telecomunicazioni è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"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"* (Cass. Civ. n.2387/04; conf. Cassazione civile, sezione II, 20 gennaio 2010n.936).

In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore resistente, si presume la responsabilità contrattuale di questi, giacché lo stesso non ha provato – giusta previsione ex art. 1218 c.c. – che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

2.2 Sull'addebito di somme non dovute.

L'istante domanda altresì lo storno delle fatture emesse da Sky, a partire dalla data di attivazione del servizio sino al recesso, ivi incluse quelle contenenti i costi per recesso anticipato ed il corrispettivo del decoder.

Anche siffatta domanda trova integrale accoglimento, fatti salvi i giorni dal 7 all'11 giugno in cui il cliente ha comunque goduto del servizio.

In primo luogo, l'accertamento dell'interruzione del servizio non può che implicare il diritto del ricorrente allo storno delle fatture, il cui pagamento, in assenza di fornitura, rimarrebbe privo di causa.

Sotto diverso profilo, va affrontata la problematica dei costi richiesti all'istante a titolo di recesso anticipato e di corrispettivo del decoder. A quest'ultimo proposito, rileva anche il comportamento complessivo del ricorrente. La memoria di Sky, seppur dichiarata irricevibile, viene qui esaminata alla stregua di un mero fatto. Essa riporta la doglianza dell'operatore, inerente la mancata restituzione del decoder da parte del cliente. Il ricorrente, a fronte dell'affermazione del gestore, si è però dimostrato parte diligente, consegnando i dispositivi ricevuti in comodato dall'operatore, documentando l'adempimento anche attraverso idonea comunicazione inviata a questo Comitato, a cui è stata allegata una copia delle ricevute di consegna.

Con riferimento ai costi di recesso anticipato, invece, il **decreto Bersani bis** (convertito con L. n. 40/2007) all'art. 1, co. 3, prevede che *"i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle...omissis"*.

Come chiarito dalla Direzione Tutela dei Consumatori, lo spirito della norma è quello di garantire la massima concorrenza fra le offerte disponibili sul mercato, per rafforzare il diritto di scelta dei consumatori. La norma resterebbe lettera morta ove, invece, l'operatore imponesse

all'utente di corrispondere delle somme svincolate da costi effettivamente sostenuti e documentati.

Orbene, l'operatore era onerato dal provare i costi imposti all'utente, così come disposto dall'anzidetto **art. 1, co 3**. Non avendo invece la società resistente offerto alcuna giustificazione della voce riportata in fattura, merita accoglimento la domanda di storno delle somme richieste a tale titolo.

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

Andranno stornate, in favore dell'istante, tutte le fatture (o solleciti) emesse da Sky Italia xxx contenenti richieste per periodi successivi al 12 giugno 2012, ivi incluse quelle inerenti i costi per recesso anticipato ed il corrispettivo del decoder. La posizione dell'istante dovrà quindi essere regolarizzata a tale data, con eventuale ritiro della pratica dalla società di recupero crediti. Resta a carico dell'istante il solo pagamento del canone, pro-quota ed al netto degli sconti, sino all'11 giugno 2012.

Al sig. Mallamaci va altresì riconosciuto un indennizzo per l'interruzione totale del servizio dal 12 giugno 2012 al 25 giugno 2012 (data di esercizio del diritto di recesso). Tale ultima giornata rappresenta *il dies ad quem* dell'indennizzo, in quanto segna la fine dell'interesse dell'istante alla prosecuzione del servizio con l'operatore Sky. L'indennizzo va poi decurtato dalla franchigia di due giorni prevista dalla carta dei servizi del gestore.

Con riferimento al *quantum*, l'articolo 5, co. 1, delibera 73/11/CONS (Indennizzo per malfunzionamento del servizio), testualmente recita: *"In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 5,00 per ogni giorno d'interruzione...omissis..."*.

Al ricorrente dovrà, dunque, essere riconosciuto un indennizzo di € 55,00 (cinquantacinque/00) per 11 giorni d'interruzione completa del servizio.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

2 Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"* e che *"quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi"* vadano comunque *"rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione"*.

A tale proposito, l'accoglimento integrale dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, la mancata partecipazione del gestore al tentativo di conciliazione, le eccezioni svolte e le difese, conducono a riconoscere all'istante - in conformità a quanto previsto dall'articolo 19,

comma 6, della delibera n.173/07/CONS - l'importo di € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, della domanda proposta dal sig. Mallamaci xxx.

La società **Sky Italia xxx**, è tenuta pertanto a stornare tutte le fatture contenenti richieste per periodi successivi al 12 giugno 2012, , ivi incluse quelle inerenti i costi per recesso anticipato ed il corrispettivo del decoder, regolarizzando la posizione dell'istante sino a tale data.

La società **Sky Italia xxx**, è altresì tenuta a riconoscere e versare al ricorrente, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) € 55,00 (cinquantacinque/00) per l'interruzione del servizio;
- 2) € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

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

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

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito web dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria,

assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
f.to Avv. Rosario Carnevale