

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 228

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXXXXXX**

Pağanè Xxxxxxx c/ Vodafone Omnitel

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 29/11/2012, 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 5 giugno 2012, acquisita al protocollo del Co.Re.Com. Calabria n. 26102, con cui l'utente Patanè XXXXXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Vodafone Omnitel XXXXXXX, 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 14 giugno 2012 (prot. n. 28030 del 15 giugno 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;

l'avviso di convocazione del 9 ottobre 2012 (prot. n. 43969/12 del 10 ottobre 2012) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 25 ottobre 2012, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 25 ottobre 2012, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. Patanè XXXXXX ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Vodafone Omnitel XXXXXXX. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 5 giugno 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

Il ricorrente ha esposto di essere stato un cliente dell'operatore resistente e di aver partecipato al concorso a premi "Vodafone You". Il regolamento del concorso riconosce, al cliente Vodafone, il diritto a riscuotere dei premi al raggiungimento di una certa soglia di punti. Raggiunta la soglia richiesta, il ricorrente si è recato presso un Centro Vodafone, prenotando un telefonino tra quelli indicati nel catalogo del concorso. Successivamente ha contattato il numero 42626, dedicato all'offerta, richiedendo informazioni sulle modalità per poter regalare il premio ad un amico, così come previsto dall'art. 13 del regolamento. Il regolamento, infatti, riconosce tale possibilità, subordinandola al rispetto di talune formalità. Tra le condizioni richieste per il "regalo", assume interesse la necessità di un rapporto di clientela tra il gestore ed il donatario, nonché l'iscrizione di quest'ultimo all'iniziativa. Appresa dal servizio clienti la conferma della possibilità di scelta dell'opzione del trasferimento del bene, l'istante, recatosi presso il Centro Vodafone, ha chiesto la cessione del premio in favore dell'amico, versando la somma di € 39,00 ed accettando la decurtazione di 1200 punti dal conto Vodafone You. Il 17 novembre 2011 il sig. Patanè ha ricevuto un sms, dove gli è stata confermata la ricezione dell'ordine, con sottrazione di 1200 punti dal conto.

Il sig. Patanè ha poi deciso di migrare verso altro operatore prima ancora della ricezione del premio da parte del donatario. Espletata la migrazione, il centro Vodafone lo ha contattato, comunicandogli la perdita del diritto al premio, in quanto espressamente disposta dall'art. 12 del regolamento, nel caso di passaggio dell'utenza verso altro gestore prima della riscossione.

Sostiene il ricorrente che il diritto alla consegna del premio è precluso solo in caso di richiesta personale e non nell'ipotesi di trasferimento, in quanto, in quest'ultimo caso, l'art. 13 (trasferimento premi) non obbliga il donante (*rectius*: cedente) a conservare il numero sino alla riscossione.

L'istante, pertanto, ha chiesto:

- 1) il rispetto delle previsioni contrattuali, con la consegna del premio richiesto o di altro corrispondente, in quanto la clausola di decadenza, applicata da Vodafone in relazione ai paragrafi "richiesta premi" e "trasferimento premi" del concorso, non è mai stata approvata o sottoscritta;
- 2) la condanna del gestore al risarcimento dei danni, per violazione delle regole di correttezza e buona fede, nella misura di € 1.200,00, pari ad un euro per ogni punto decurtato all'istante.

Vodafone Omnitel, ritualmente costituita, ha eccepito quanto segue:

- a) l'istante è decaduto dal diritto al premio, in quanto prima della sua consegna, è passato ad altro gestore;
- b) secondo l'art. 12 del regolamento, in caso di portabilità, la riscossione del premio deve avvenire prima dell'invio della richiesta di migrazione;
- c) i premi sono collegati alla sim Vodafone con cui vengono raccolti i punti e ne seguono le sorti.

La società resistente ha concluso le sue difese con la richiesta di rigetto dell'avversa domanda.

In sede di replica, parte ricorrente ha ribadito le proprie pretese, invocando il rispetto dell'art. 13 del regolamento del concorso. In particolare, l'anzidetto articolo dispone che *"sarà possibile regalare un premio fisico o una ricarica di traffico ad un altro numero iscritto a Vodafone You"*, senza prevedere, ai fini della riscossione del premio (diversamente da quanto indicato nel precedente articolo 12), la permanenza in Vodafone. L'istante ha altresì riproposto la richiesta di riconoscimento di un indennizzo di € 1.200,00, giacché ciascun punto Vodafone You corrisponde ad un euro di traffico telefonico.

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.

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.

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 telefonia mobile. 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 Con riferimento alla decadenza dal diritto alla consegna del premio.

Il sig. Patané, come visto, si lamenta per la perdita del premio, richiesto e trasferito ad un conoscente in forza dell'art. 13 del regolamento del concorso a premi.

Il gestore chiede il rigetto dell'avversa domanda, in forza della preclusione espressa dall'art. 12 dell'anzidetto regolamento, per essere l'utenza migrata ad altro gestore. In specie, Vodafone afferma la validità della clausola anche nell'ipotesi in cui il premio, anziché essere riscosso personalmente dal partecipante, venga regalato (*rectius*: trasferito) - siccome disposto dal successivo art. 13 - ad altro cliente.

La domanda del ricorrente è fondata e può trovare accoglimento entro i limiti sotto delineati.

L'indagine odierna non può prescindere dall'esame del regolamento la cui interpretazione, evidentemente controversa tra le parti, ha originato la disputa. Più precisamente, l'art. 12 testualmente recita: *"omissis.....la riscossione del premio, nel caso in cui il possessore intenda disattivare la SIM, cedere la stessa ad altro utilizzatore o attivare il servizio di portabilità del numero verso altro gestore, dovrà essere effettuata prima della data di richiesta di disattivazione, cessione della SIM, portabilità del numero mobile o passaggio da piano tariffario individuati verso piani Azienda o partita iva. In caso contrario qualora cioè la richiesta di disattivazione, la cessione della SIM, la richiesta del servizio di portabilità verso altro operatore o il cambio piano verso piani tariffari incompatibili con il programma Vodafone YOU avvengano prima della riscossione del premio, il partecipante al programma perderà ogni diritto alla consegna del premio.....omissis"*.

L'art. 13, invece, disciplina l'ipotesi della cessione del premio ad altro concorrente, disponendo che: *"Sarà possibile "regalare" un premio fisico o una ricarica di traffico ad un altro numero iscritto a Vodafone You, purché la richiesta del premio avvenga attraverso i due canali.....omissis.....Qualora il Cliente decida di attribuire un premio fisico o una ricarica di traffico ad un altro partecipante, prima di inserire o comunicare (a seconda del canale scelto) il numero MSISDN dell'altra SIM, verrà reso edotto, mediante apposita avvertenza, che è responsabile dei dati inseriti (numero di cellulare) del Ricevente (del premio), dal quale è tenuto ad acquisire preventivo consenso espresso per l'utilizzo dei dati personali ai fini della presente iniziativa nel rispetto del Codice per la protezione dei dati personali, sia al trasferimento del premio. In caso di contestazioni, il Cliente si impegna a fornire a Vodafone la prova dei predetti consensi acquisiti per iscritto"*.

Ciò posto, le due disposizioni vanno rilette alla luce della normativa in tema d'interpretazione dei contratti da ponderare alla stregua di canoni di ragionevolezza e d'imparzialità. In particolare, l'art. **1363 cc.**, stabilisce espressamente che: *"le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo il senso che risulta dal complesso dell'atto"*. L'**art. 35, 2 co., del codice del consumo**, impone poi al professionista di redigere le clausole *"in modo chiaro e comprensibile"*, disponendo in caso contrario che *"in caso di dubbio sul senso di una clausola"* prevalga *"l'interpretazione più favorevole al consumatore"*. Quest'ultima disposizione è diretta a riequilibrare le posizioni delle parti, in un rapporto che nasce in modo ontologicamente non paritario. Lo squilibrio tra i contraenti è ancora più sensibile laddove, come nel caso di specie, la disciplina del rapporto (il regolamento del concorso) sia rinvenibile in uno schema negoziale utilizzato per i cosiddetti "contratti di massa" o "per adesione". In linea generale, infatti, la conclusione di tali contratti avviene mediante la semplice accettazione, da parte dell'utente interessato, delle condizioni prescelte dai vari operatori del mercato.

Il quadro normativo appena delineato offre all'interprete gli strumenti per dirimere la controversia.

Il regolamento di concorso, infatti, non dispone espressamente la decadenza dal diritto alla riscossione del premio per il concorrente, anch'egli iscritto allo stesso concorso, a cui venga regalato (o meglio ceduto) il premio. La perdita del diritto alla riscossione è disposta solo per il richiedente del premio. Pertanto, in forza di un'interpretazione esegetica e sistematica della clausola rinvenuta nell'art. 12 citato - la quale non contiene alcun richiamo né espresso né tacito all'art. 13 - la previsione ivi espressa non sembra estensibile all'articolo successivo, con ciò rendendo inapplicabile la decadenza.

In forza delle anzidette argomentazioni, pertanto, l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, unitamente ad un'interpretazione del contratto orientata verso i canoni di correttezza e buona fede, rendono preferibile l'opzione di non allargare lo spettro delle decadenze poste a carico del consumatore in assenza di una previsione

espressa. In tal senso, la scelta interpretativa è confortata anche dal principio generale di matrice codicistica, secondo cui "il contratto ha forza di legge tra le parti", riletto anche alla luce del noto brocardo "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit".

Non può sottacersi poi che, ulteriori conferme alla tesi appena accolta, giungono da una lettura del regolamento sensibile al criterio interpretativo espresso dal richiamato art. 35, co. 2, del codice del consumo. L'interpretazione della clausola di cui all'art. 13 non consente infatti di affermare, alla stregua di un giudizio altamente probabilistico, che, alla portabilità dell'utenza assegnata al donante, consegua la perdita del diritto alla riscossione del premio per il beneficiario. L'incertezza, infatti, rende preferibile l'adozione dell'opzione interpretativa più favorevole al consumatore accolta anche in via equitativa.

Giova da ultimo osservare, che tuttavia non può essere riconosciuto il diritto alla consegna del premio in favore dell'istante, in quanto egli ha esercitato l'opzione del trasferimento del bene in favore del conoscente, perdendone la disponibilità. Sotto tale profilo la fattispecie odierna va giuridicamente inquadrata nell'alveo dei contratti a favore del terzo. Siffatta categoria giuridica disciplinata ex art. 1411 c.c., consente la stipulazione del contratto a favore di un terzo beneficiario qualora lo stipulante vi abbia interesse; **salvo patto contrario**, infatti, il terzo acquista il diritto per effetto della stipulazione. Il diritto in favore del terzo nasce per effetto dell'accordo tra i contraenti, mentre la dichiarazione del terzo/beneficiario di voler profittare del contratto, assume la funzione di rendere irrevocabile la prestazione prevista in suo favore. Sotto tale profilo va rammentato che, ai sensi del regolamento sopra citato, condizione necessaria per la validità della richiesta di trasferimento è l'acquisizione del "preventivo consenso espressoomissisai finiomissisdel omissis....trasferimento del premio". La descrizione dei fatti, siccome offerta dall'istante, appalesa l'invio di una sua richiesta di trasferimento la cui proposizione, subordinata e condizionata alla previa accettazione del beneficiario, rende irrevocabile l'impegno assunto. Il premio va quindi riconosciuto al terzo/beneficiario. Diversamente, la decisione comporterebbe una distorsione inconciliabile con le esigenze di giustizia ed equità notoriamente rinvenibili in seno alle pronunce emesse dall'Autorità.

Il diritto alla consegna del premio o alla corresponsione dell'equivalente economico va, quindi, riconosciuto in favore della persona a cui il premio era stato già ceduto, secondo le modalità individuate nel successivo paragrafo.

3 Indennizzi, rimborsi e storni.

Alla persona fisica prescelta quale terzo/beneficiario del trasferimento del premio dovrà, quindi, essere riconosciuto e consegnato il terminale *illo tempore* richiesto dall'odierno istante. In mancanza di disponibilità del premio, dovranno essere riconosciuti in via equitativa al beneficiario, qualora sia ancora cliente Vodafone, € 100,00 di ricarica telefonica. La quantificazione non è casuale. Il regolamento di concorso nel catalogo attualmente vigente prevede la possibilità per il richiedente/beneficiario di richiedere, in luogo dell'assegnazione del premio, l'accredito di una ricarica Vodafone del valore di € 45,00 al raggiungimento della soglia dei mille punti, ovvero di una ricarica di € 65,00 al raggiungimento dei 1.500 punti. Appare quindi adeguato il riconoscimento in favore del donatario di una ricarica di valore poco superiore a quella astrattamente richiedibile, in forza della promozione attualmente vigente, aumentata dei € 39,00 versati *ab origine* dal sig. Patané al fine della cessione del bene in favore del beneficiario. In via ulteriormente gradata, dovrà essere riconosciuta al terzo/beneficiario la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di indennizzo per la mancata riscossione del premio, da imputare alla responsabilità dell'operatore.

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.

4 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, è d'uopo sottolineare, la partecipazione di un delegato dell'istante all'udienza di conciliazione e di definizione, l'accoglimento parziale dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** - l'importo di **€ 100,00 (cento/00)**, in favore del ricorrente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e di definizione.

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, dell'istanza proposta dal ricorrente Patanè Xxxxxxx, con rigetto delle ulteriori domande.

- a) La società Vodafone Omnitel XXXXXXXX, è tenuta, pertanto, a consegnare al soggetto terzo/beneficiario del trasferimento il terminale originariamente prescelto o, in mancanza, a riconoscergli una ricarica Vodafone di **€ 100,00 (cento/00)**, o in ultima analisi la stessa somma in moneta avente corso legale.
- b) Vodafone Omnitel XXXXXXXX è tenuta, altresì, a riconoscere e versare all'istante Patanè Xxxxxxx **€ 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. DIRETTORE DEL CO.RE.COM. CALABRIA

f.to Avv. Rosario Carnevale