



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FOGGIA
SECONDA SEZIONE CIVILE

in funzione di Giudice di Secondo Grado, in persona del Dott. Alessandro Emanuele Lenoci, ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

In grado d'appello nella causa civile iscritta al [REDACTED], dell'anno 2017 del Registro Generale Affari Contenziosi

TRA

[REDACTED] rappresentato e difeso dagli [REDACTED] e [REDACTED]
presso il cui studio legale, sito in Foggia, elegge domicilio

APPELLANTE

E

WIND TRE S.P.A. (già H3G S.P.A.), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avv. [REDACTED], elettivamente domiciliata presso lo studio
legale dell'Avv. [REDACTED] [REDACTED]

APPELLATA

All'udienza del 23.03.2023, esaurita la discussione la causa è stata decisa con lettura del
dispositivo e della contestuale motivazione ai sensi degli artt. 352 e 281 *sexies* c.p.c.

CONCISA ESPOSIZIONE delle RAGIONI di FATTO E di DIRITTO della
DECISIONE

Con atto di appello ritualmente notificato [REDACTED] ha impugnato la sentenza, non notificata, n. [REDACTED] pubblicata dal Giudice di Pace di Foggia il 20.03.2017, di rigetto della domanda del [REDACTED] tesa alla condanna della compagnia telefonica Wind Tre s.p.a. (già H3G s.p.a.) al pagamento della somma di € 1.000,00 a titolo di risarcimento danno, di ripetizione di indebito e di indennizzo per l'attivazione di servizi telefonici c.d. *premium* non richiesti e per mancata risposta ai reclami.

In particolare, ha lamentato l'erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui il Giudice di Pace di Foggia, avendo ritenuto comprovato l'esatto adempimento di Wind Tre s.p.a., ha rigettato la domanda attorea.

Sicché, deducendo che il primo giudice avesse erroneamente applicato i principi relativi al riparto dell'*onus probandi* in materia contrattuale e di non contestazione dei fatti di causa ai sensi dell'art. 115 c.p.c., ha concluso per l'accoglimento dell'appello e dunque affinché, previo accertamento in via incidentale della risoluzione del contratto di telefonia mobile stipulato con Wind Tre s.p.a., quest'ultima venisse condannata al pagamento della suddetta somma di € 1.000,00.

Si è costituita in giudizio Wind Tre s.p.a. (già H3G s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, la quale, ritenuto corretto il ragionamento seguito dal Giudice di Pace, ha chiesto il rigetto dell'appello, perché infondato in fatto ed in diritto.

Acquisito il fascicolo del giudizio di primo grado, la causa è stata rinviata all'udienza del 23.03.2023, per la precisazione delle conclusioni, la discussione e la decisione ai sensi degli artt. 352 e 281 *sexies* c.p.c.

Indi, alla predetta udienza del 23.03.2023, esaurita la discussione, la causa è stata decisa con lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

L'appello è fondato e viene accolto per quanto di ragione.

Erroneamente, invero, il Giudice di Pace di Foggia ha ritenuto dimostrato l'esatto adempimento di Wind Tre s.p.a. al contratto di telefonia mobile sottoscritto dalla società appellata con [REDACTED]

Premesso, infatti, che, secondo il consolidato orientamento dei giudici di legittimità, *“in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento”* (cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. VI, 12/10/2018, n. 25584), nel caso di specie, a fronte dell'allegazione dell'appellante, secondo cui la controparte negoziale avrebbe applicato nei suoi confronti, in relazione al contratto di telefonia mobile di cui al codice cliente n. [REDACTED] dei servizi c.d. *premium* (quali “SMS/MMS a sovrapprezzo”, “Contenuti portale 3” e “Pagine portale 3”) non richiesti dal cliente, l'appellata si è limitata a dedurre che il [REDACTED] avrebbe attivato i servizi *de quibus* tramite il proprio telefonino ed in piena autonomia, senza tuttavia produrre alcuna documentazione a supporto di quanto *in parte qua* asserito.

Ne deriva che, incombendo sulla parte convenuta in un giudizio di risoluzione contrattuale e di risarcimento del danno dimostrare, a fronte dell'altrui allegazione di inadempimento, di aver esattamente adempiuto al negozio stipulato con l'attore, nel caso *de quo* Wind Tre s.p.a. non ha congruamente comprovato il proprio esatto adempimento, ovvero che l'attivazione dei servizi c.d. *premium* oggetto del contendere sia avvenuta su richiesta del cliente.

Non va, infatti, dimenticato che era onere del gestore telefonico, non solo provare il consenso espresso dell'utente, che *ex art. 1325 c.c.* è requisito necessario per la validità dell'accordo negoziale, ma anche dimostrare di essersi adoperato per tutelare gli interessi del cliente, in base ai principi di buona fede e correttezza, consentendogli di monitorare

con esattezza la spesa sostenuta, anche con appositi sistemi di allerta e di ottenere con celerità l'eventuale disattivazione dei servizi non desiderati

Ne deriva che, non avendo l'appallata comprovato che l'attivazione dei servizi c.d. *premium* sia avvenuta su richiesta dell'appellante, la pattuizione *de qua* deve essere ritenuta nulla, per mancanza del consenso di una delle parti negoziali.

Nulla, tuttavia, dovrà corrispondere Wind Tre s.p.a. in favore [REDACTED] a titolo di ripetizione di indebito, avendo l'appellante specificato l'ammontare delle somme indebitamente pagate all'appellata solo in sede di note conclusive del presente procedimento di appello e dunque tardivamente.

Viceversa, in applicazione dell'art. 8 All. A alla Delibera AGCOM n. 73/11/Cons. compete all'istante l'indennizzo previsto nel caso di attivazione di servizi non richiesti.

Tale disposizione regolamentare stabilisce, infatti, che, fatto salvo il diritto degli utenti a ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati, gli operatori sono tenuti a corrispondere, nel caso di servizi accessori (come quelli di specie), un indennizzo pari a 1 euro per ogni giorno di attivazione.

In particolare, l'attivazione di un servizio non richiesto rientra tra i casi definiti dalla citata delibera AGCOM (recante regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori) di indennizzabilità automatica, prescindente cioè dalla prova di un danno, fatto salvo l'eventuale ulteriore pregiudizio patito dall'utente che va ovviamente dimostrato in modo specifico.

Come più volte affermato da questo Tribunale in precedenti analoghi, nonché dalla stessa giurisprudenza di legittimità, tale meccanismo di predeterminazione del ristoro per il disservizio subito non può essere limitato alla sola fase stragiudiziale amministrativa di definizione delle controversie, ma vale anche nell'eventuale fase giudiziale quantomeno come parametro utilizzabile in via equitativa, una volta accertata la sussistenza del lamentato disservizio (cfr., sul punto Cass. Civ., Sez. III, 21/11/2022, n. 34152, la quale ha

precisato che “né nel D.Lgs. n. 259 del 2003, né nel Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori approvato con delibera n. 173/07/Cons, né ancora nella delibera n. 73/11/Cons del 16 febbraio 2011 sono contenute disposizioni che ne limitano l'applicazione in via esclusiva ai soli casi sottoposti all'esame dell'Autorità Garante”).

Considerando che dalla fatturazione in atti emerge che i servizi non richiesti sono rimasti attivi da agosto 2011 a settembre 2011 e da febbraio 2012 a settembre 2012 e dunque per la durata complessiva di 302 giorni, l'appellata deve essere condannata al pagamento in favore dell'appellante della somma di € 302,00.

In particolare, deve escludersi che la voce “SMS a sovrapprezzo” presente nelle fatture allegate dall'appellante indichi l'ammontare dovuto dal cliente per aver inviato un numero di SMS superiore a quello indicato nella tariffa, atteso che nelle medesime fatture, nella stessa parte relativa al “Traffico a consumo ed extrasoglia” è altresì presente la voce “SMS/MMS”, la quale non può che riferirsi proprio ai messaggi inviati da [REDACTED] oltre la soglia tariffaria.

Di talché, deve ritenersi che la predetta voce “SMS a sovrapprezzo” e i corrispondenti importi ivi indicati afferiscano a servizi aggiuntivi, altri e diversi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti.

Deve, poi, accolta la doglianza dell'istante relativa alla mancata risposta al reclamo inoltrato, in relazione alla quale rileva il disposto dell'art. 8, co. 4 e dell'art. 11 co. 2 della Delibera n. 179/03/CSP, secondo cui la risposta al reclamo deve essere motivata e fornita al massimo entro 45 gg. dal ricevimento della richiesta, in forma scritta in caso di rigetto, pena la corresponsione di un indennizzo pari a 1 euro per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di € 300,00.

Più nel dettaglio, poiché nella fattispecie in esame la società appellata non ha dimostrato di aver mai risposto al reclamo inoltrato dall'appellante a mezzo fax il 24.10.2012, tale indennizzo deve essere riconosciuto all'istante nella misura massima prevista di € 300,00.

Quanto, infine, alla domanda di risarcimento del danno articolata da [REDACTED], deve rilevarsi che l'appellante si è limitato *in parte qua* a dedurre che l'appellata avrebbe violato il suo diritto all'autodeterminazione e si sarebbe indebitamente intromessa nella sua sfera privata, ma non ha allegato quali conseguenze pregiudizievoli – di tipo patrimoniale e/o non patrimoniale – lo stesso avrebbe subito a causa dell'altrui intromissione.

Sicché, deve ritenersi infondata, già sotto il profilo dell'*an*, la domanda di risarcimento del danno formulata dall'appellante.

L'appello è dunque fondato per quanto di ragione e deve essere accolto. Di talché, in riforma della sentenza impugnata, Wind Tre s.p.a. deve essere condannata al pagamento in favore di [REDACTED] della complessiva somma di € 602,00, oltre interessi legali a decorrere dalla domanda fino al soddisfo.

Alla riforma della sentenza di primo grado consegue, di necessità la modifica della stessa anche in punto di spese legali, sicché Wind Tre s.p.a. deve essere condannata al pagamento in favore di [REDACTED] delle spese processuali da quest'ultimo sostenute nel giudizio dinanzi al Giudice di Pace.

Le spese del presente procedimento seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo ai sensi del d.m. n. 55/2014.

P.Q.M.

Il Tribunale di Foggia, Seconda Sezione Civile, in funzione di Giudice di Secondo Grado, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [REDACTED] avverso la sentenza n. 464/2017 depositata dal Giudice di Pace di Foggia il 17.03.2017, ogni ulteriore istanza ed eccezione respinta o assorbita, così provvede:

1. Accoglie per quanto di ragione l'appello proposto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata condanna Wind Tre s.p.a. al pagamento in favore di [REDACTED] della somma di € 602,00, oltre interessi legali a decorrere dalla domanda fino al soddisfo;

2. Condanna Wind Tre s.p.a. al pagamento in favore di [REDACTED] delle spese processuali da quest'ultimo sostenute dinanzi al Giudice di Pace, che liquida in [REDACTED] per esborsi ed in [REDACTED] onorario, oltre rimb.forf., iva e cpa, come per legge, da distrarsi in favore dei procuratori dichiaratisi antistatari;
3. Condanna Wind Tre s.p.a. al pagamento in favore di [REDACTED] delle spese processuali da quest'ultimo sostenute nel procedimento di secondo grado, che liquida in [REDACTED] per esborsi ed in [REDACTED] onorario, oltre rimb.forf., iva e cpa, come per legge, da distrarsi in favore dei procuratori dichiaratisi antistatari.

Foggia, 23.13.2023

Il Giudice

Dott. Alessandro Emanuele Lenoci