

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato in data 24.4.2018, la SpA ha proposto appello avverso la sentenza n. 1179/2017 del 25.10.2017, non notificata, con la quale il Giudice di Pace di Cosenza - definendo la causa iscritta al n. 1208/2017 R.G- ha accolto la domanda formulata dal Sig.

, dichiarando nulle le clausole contrattuali, inerenti i servizi non richiesti, e condannando la società di telefonia alla restituzione della somma di euro 228,64 ed al pagamento a titolo di risarcimento dei danni, della somma di euro 500,00, nonché alla rifusione delle spese di lite.

A sostegno del proposto gravame, l'appellante ha eccepito l'improcedibilità della domanda per mancata corrispondenza tra quella proposta in sede stragiudiziale dinanzi alla Camera di Commercio e ciò in quanto la domanda giudiziale dinanzi il Giudice di Pace aveva ad oggetto la contestazione delle fatture n. 1441283108, 1443461434 e 1534076641, mente in sede stragiudiziale dinanzi al Camera di Commercio era stato esperito il tentativo di conciliazione solo per le prime due fatture anzidette.

L'odierno appellante ha dedotto, inoltre, l'inesistenza della prova dei danni lamentati e l'erroneità della decisione del Giudice di Pace che ha ritenuto la nullità delle clausole contrattuali inerenti i servizi non richiesti, in quanto, secondo , *“non esistono clausole contrattuali relativi agli addebiti contestati nel giudizio di primo grado in ragione del fatto che tali addebiti sono effettuati da soggetti terzi, inoltre, per tutti i servizi non inclusi nel piano tariffario né per le eventuali opzioni prescelte non è affatto esigibile la stipula di un contratto nuovo, né è indispensabile una forma diversa da quella telematica”*. Per tali motivi, ha dedotto che il giudice di primo grado avrebbe dovuto rigettare la domanda proposta.

Inoltre il Giudice di Pace, nell'impugnata sentenza, avrebbe erroneamente ritenuto che i servizi aggiuntivi non erano stati richiesti dall'odierno appellato ed avrebbe erroneamente richiamato in proposito una normativa dell'AGCOM superata dalla Delibera 326/10 in ordine al traffico extrasoglia. In particolare, dall'esame delle fatture depositate non risulterebbe alcun addebito per traffico extrasoglia, ma solo di servizi a pagamento consapevolmente acquistati dall'istante, che sono fatturati nei documenti sotto la voce *“Traffico a consumo ed extrasoglia”*.

L'appellante ha sottolineato che i predetti servizi possono essere attivati solo per volontà del cliente alternativamente o dal “Portale 3” o cliccando su banner di fornitori terzi presenti su siti internet mobili



o su applicazioni per smartphone, pertanto non sarebbe da imputare a la asserita attivazione di servizi ulteriori forniti da provider che non hanno alcun rapporto contrattuale con essa.

Ha dedotto che sulle fatture contestate non corrisponde addebito alla voce per traffico extrasoglia che sotto la sezione "traffico a consumo ed extrasoglia" sono stati indicati gli importi fatturati per Contenuto Portale 3 e Pagine Portale 3, addebiti che non si riferiscono al traffico extrasoglia.

L'appellante in ogni caso ha specificato che gli eventuali addebiti per il c.d. traffico extrasoglia devono considerarsi legittimi e dovuti quale corrispettivo del traffico effettivamente sviluppato dall'utente.

Ha evidenziato che non è stata posta in essere una pratica commerciale scorretta e contraria ai principi di buona fede e correttezza contrattuale; che infatti il gestore offre gratuitamente all'utente di predefinire una soglia massima di consumo mensile, applicando automaticamente, in caso di mancata scelta, il limite massimo di euro 50,00; la delibera 326/10/Cons inoltre obbliga il gestore ad avvisare l'utente che ha raggiunto il tetto massimo di spesa, con obbligo per il gestore, in caso di mancata indicazione della soglia di spesa entro il 31.12.2010, di interruzione automatica della connessione ed analogamente avviene per il traffico dati in roaming.

Ha rilevato che gli addebiti contestati sono relativi a servizi che non sono offerti né controllati dal gestore e che trattasi di acquisti (contenuti di intrattenimento mobile quali suonerie, giochi per cellulari) che vengono effettuati dall'utente presso siti terzi, mediante WPA billing e che vengono poi addebitati sulla fattura emessa al gestore, che provvederà successivamente al pagamento in favore del Provider per l'acquisto effettuato.

Ed ancora, quanto alle Pagine Portale 3, trattasi di pagine navigabili a pagamento dal Portale 3 e la relativa tariffa è applicata sulla base del numero di pagine visitate mentre la relativa attivazione è consentita dal gestore solo dopo avere verificato che il cliente abbia effettuato un clic sul tasto di conferma.

E' erronea, pertanto, sostiene l'appellante, la condanna da parte del giudice di prime cure di restituzione delle somme, regolarmente fatturate, pagate per i servizi contestati ed erronea la condanna al risarcimento dei danni, non essendo stata fornita prova di un danno né della sua entità.

SpA ha dunque chiesto: *"Voglia il Tribunale adito: a) accogliere l'appello proposto per tutti i motivi esposti e riformare integralmente la sentenza appellata n. 1179/2017; b) per l'effetto accertare e*



dichiarare l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato la procedibilità della domanda; c) nel merito, accertare e dichiarare la legittimità degli addebiti contestati dal Sig. _____ e rigettare integralmente tutte le domande proposte in primo grado dall'appellato nei confronti di _____ s.p.a.; d) sempre nel merito, accertare e dichiarare l'assenza di prova in ordine ai danni non patrimoniali riconosciuti dal giudice a parte attrice; e) ancora per l'effetto, accertare e dichiarare non fondata ed in ogni caso non provata la domanda proposta in primo grado; f) per l'effetto, condannare parte appellata alla restituzione di tutti gli importi a qualsiasi titolo corrisposti dalla _____ s.p.a. in suo favore, quale conseguenza della sentenza di primo grado; g) condannare l'appellante alle spese onorari del doppio grado di giudizio; h) emettere ogni consequenziale ed ulteriore provvedimento”.

Il Sig. _____ costituitosi alla prima udienza tenutasi in data 15.11.2018 (rappresentato e difeso dall'Avv. _____ poi sostituita, a seguito di rinuncia al mandato nelle more del presente giudizio, dall'Avv. _____), ha richiesto il rigetto dell'appello perché infondato in fatto e in diritto.

In particolare, ha dedotto l'infondatezza dell'eccezione, sollevata da parte appellante, di improcedibilità della domanda per la non corrispondenza tra l'oggetto del tentativo di conciliazione e il giudizio di primo grado, in quanto due delle tre fatture contestate risulterebbero coincidenti così come rappresentato anche dal Giudice di Pace nella sentenza appellata.

Quanto all'illegittimità degli addebiti extrasoglia fatturati dalla società di telefonia, l'appellato ha ritenuto contraddittoria la posizione dell'appellante che in primo grado imputa i consumi contestati a “traffico internet (extrasoglia e verso altri operatori) e a servizi aggiuntivi”, e in secondo grado li intende fatturati come “traffico a consumo ed extrasoglia”, definendoli come “servizi a pagamento consapevolmente acquistati dal cliente”.

Ha quindi evidenziato che, in mancanza di accordo tra le parti, le “clausole aggiuntive” al contratto devono essere dichiarate nulle ex art. 1418 c.c. come stabilito dal Giudice di pace.

Il Sig. _____ ha poi dedotto che trattandosi di inadempimento contrattuale è dovuto il risarcimento dei danni non patrimoniali, consistente nell'aver subito disagio, stress, frustrazione, sia per l'attivazione dei servizi mai richiesti che per l'illiceità dei comportamenti tenuti dalla società di telefonia.

Nella fattispecie, l'appellato ha dichiarato di provare un senso di frustrazione poiché, nonostante avesse adempiuto al rapporto contrattuale, si era visto addebitare somme per servizi mai richiesti o usufruiti,



oltre a non aver ancora ricevuto dalla controparte quanto stabilito dal Giudice di pace, così contestando l'affermazione di parte appellante in ordine alla avvenuta liquidazione delle somme riconosciute al Sig. _____ in sentenza.

Il Sig. _____ ha pertanto chiesto: *“Voglia l'Ill.mo Giudice adito, contrariis reiectis. 1) Rigettare l'appello proposto dalla società _____ S.p.a., avverso la sentenza n. 1179/201, emessa dal Giudice di Pace di Cosenza, per manifesta infondatezza dello stesso; 2) Condannare la _____ S.p.a. alle spese e competenze del presente grado di giudizio, in favore dell'odierno appellato”.*

Il giudice, con ordinanza allegata al verbale dell'udienza del 15.11.2018, ha dichiarato la temporanea improcedibilità dell'azione sospendendo il processo e assegnando i termini per esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione con riferimento alla parte di domanda per la quale non era stata già tentata la conciliazione.

Alla successiva udienza del 4.4.2019, il nuovo procuratore costituito di parte appellata ha depositato l'attestazione dell'esito negativo del tentativo di conciliazione e, pertanto, il giudice ha rinviato la causa per la precisazione delle conclusioni alla successiva udienza del 23.4.2020.

A seguito di rinvio d'ufficio disposto ex art 83 DL 18/2020 e successivo art 36 DL 23/2020 in concomitanza dell'emergenza per la diffusione del Covid-19, all'udienza cartolare del 18.05.2021, rassegnate dalle parti le rispettive conclusioni mediante il deposito di note di trattazione scritta, la causa è stata trattenuta in decisione, con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Le parti hanno depositato rispettive comparse conclusionali.

In via preliminare deve ritenersi l'ammissibilità dell'appello, ed infatti risultano indicate le parti della sentenza che si intendono impugnare e le modifiche richieste alla ricostruzione dei fatti, ai sensi dell'art. 342 c.p.c. Ciò premesso, l'appello è in parte fondato e, pertanto, la sentenza impugnata merita di essere riformata per le ragioni che seguono.

Quanto all'eccezione di improcedibilità, sollevata nell'atto di appello, occorre precisare che *“Il tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dall'art. 1, comma 11, l. 31 luglio 1997 n. 249 quale condizione di proponibilità della domanda nelle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze nel settore delle telecomunicazioni, trova applicazione anche nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto il risarcimento del danno derivante dall'attivazione di un servizio non richiesto dall'utente, in quanto, trattandosi di applicare un diverso regime tariffario rispetto a quello*



originariamente concordato, occorre verificare la corretta applicazione di un patto aggiuntivo nell'ambito di un contratto di utenza telefonica già stipulato in precedenza” (Cassazione civile sez. III, 08/04/2010, n.8362).

Nel caso di che trattasi, l'eccezione di improcedibilità della domanda per mancata corrispondenza tra le fatture contestate in sede stragiudiziale e quelle contestate in sede giudiziale è stata superata in sede di appello a seguito dell'esperimento tentativo obbligatorio di conciliazione, conclusosi con verbale negativo depositato nel fascicolo telematico in data 3.4.2019 dal nuovo procuratore costituito di parte appellata. Nel merito, va confermata la sentenza del Giudice di Pace nella parte in cui con riferimento ai servizi non richiesti dal Sig. condanna la S.p.A. a rimborsare all'attore le somme indebitamente fatturate.

In particolare, è da condividere la considerazione del giudice di prima cure secondo cui *“gli addebiti effettuati dalla Società convenuta sono illegittimi perché non risulta che l'attore abbia mai richiesto o sottoscritto servizi di questo tipo ma risulta che ne è venuto a conoscenza solo al momento della ricezione delle bollette, prontamente contestate. Né la S.P.A. ha fornito alcuna prova che il sig. abbia mai chiesto questi servizi aggiuntivi per cui è causa che sono stati aggiunti senza alcun titolo legittimo”.*

Ed invero, nelle obbligazioni contrattuali è a carico del creditore l'onere di fornire la prova della fonte della obbligazione e della relativa scadenza, allegando la mera circostanza dell'inadempimento del debitore, al quale ultimo spetta di dare prova dell'estinzione del credito (Cass. SSUU 13533/2001).

Nel caso in esame, a fronte delle contestazioni dell'utente circa il mancato utilizzo dei servizi contestati e riportati nelle fatture, il gestore non ha fornito la prova della fruizione da parte dell'utente di tali servizi, quali “Contenuti Portale 3” e “Pagine App e Store di 3, Musica di EM3, Musica giochi e altri servizi di Vetrya, Giochi di EM3”.

L'appello sul punto pertanto é infondato.

La sentenza di primo grado deve essere riformata nella parte in cui condanna il gestore spa a risarcire l'utente del danno non patrimoniale, riconosciuto dal Giudice di Pace in via equitativa, per l'importo di euro 500,00.

Osserva questo giudice che secondo giurisprudenza consolidata: *“La liquidazione in via equitativa del danno postula, in primo luogo, il concreto accertamento dell'ontologica esistenza di un pregiudizio risarcibile, il cui onere probatorio ricade sul danneggiato e non può essere assolto dimostrando*



semplicemente che l'illecito ha soppresso una cosa determinata, se non si provi, altresì, che essa fosse suscettibile di sfruttamento economico, e, in secondo luogo, il preventivo accertamento che l'impossibilità o l'estrema difficoltà di una stima esatta del danno stesso dipenda da fattori oggettivi e non dalla negligenza della parte danneggiata nell'allegarne e dimostrarne gli elementi dai quali desumerne l'entità. (Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 4534 del 22/02/2017)

Ed ancora, *“L'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., presuppone che sia provata l'esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile provare il danno nel suo preciso ammontare, sicché grava sulla parte interessata l'onere di provare non solo l'“an debeatur” del diritto al risarcimento, ove sia stato contestato o non debba ritenersi “in re ipsa”, ma anche ogni elemento di fatto utile alla quantificazione del danno e di cui possa ragionevolmente disporre nonostante la riconosciuta difficoltà, sì da consentire al giudice il concreto esercizio del potere di liquidazione in via equitativa, che ha la sola funzione di colmare le lacune insuperabili ai fini della precisa determinazione del danno stesso. (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 127 del 08/01/2016)*

La Corte di Cassazione, inoltre, in ordine alla quantificazione del danno liquidato in via equitativa, anche di recente, ha ritenuto: *“La liquidazione equitativa, anche nella sua forma cd. “pura”, consiste in un giudizio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto, sicché, pur nell'esercizio di un potere di carattere discrezionale, il giudice è chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento. Ne consegue che, allorché non siano indicate le ragioni dell'operato apprezzamento e non siano richiamati gli specifici criteri utilizzati nella liquidazione, la sentenza incorre sia nel vizio di nullità per difetto di motivazione (indebitamente ridotta al disotto del “minimo costituzionale” richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost.) sia nel vizio di violazione dell'art. 1226 c.c.” (Sez.6-3, Ordinanza n.18795 del 02/07/2021).*

Né, nel caso di specie, si configura l'ulteriore ipotesi di particolare difficoltà o impossibilità per l'attore di provare il danno nel suo ammontare, che consentirebbe al giudice di liquidare il danno non patrimoniale in via equitativa *(L'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato*



dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa; esso, pertanto, da un lato è subordinato alla condizione che per la parte interessata risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, provare il danno nel suo ammontare, e dall'altro non ricomprende l'accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta, presupponendo già assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno (Cass. Sez. 2 Sentenza n. 4310 del 22/02/2018 – Sez. 6 – L, Ordinanza n. 27447 del 19/12/2011).

E peraltro non emergono i presupposti per il risarcimento di un danno esistenziale (relativo alla lesione di un bene-interesse costituzionalmente protetto), in quanto, come chiarito con la sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. n. 26972/2008, “non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale..... Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale”.

Il Sig. si è limitato a dedurre che a causa della pratica commerciale posta in essere dalla controparte si era trovato a doversi difendere da comportamenti subdoli, che avevano inciso sull’assetto relazionale della sua vita e sulla sua libertà economica, senza tuttavia fornire prova di una effettiva lesione di un suo diritto specificamente individuato.

Ha dedotto in sede di appello il senso di frustrazione derivante dalla circostanza di avere regolarmente adempito al contratto e di vedersi addebitati in fattura in maniera subdola importi per causali ingiustificate.

Ed “Alla mancata prova del danno non può sopperire la valutazione equitativa dello stesso considerato che l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., presuppone che sia dimostrata l'esistenza di danni risarcibili, ma che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, provare il danno nel suo preciso ammontare, fermo restando dunque l'onere della parte di dimostrare l'«an debeatur» del diritto al risarcimento” (Cass. sez. lav. n. 24146/2020, ex multis)

In conclusione, l’appello va accolto parzialmente dovendosi rigettare, in riforma della sentenza impugnata, la domanda di risarcimento dei danni formulata da parte attrice.

Va rigettata inoltre la domanda di parte appellante di condanna di parte appellata alla restituzione degli



importi corrisposti a titolo di risarcimento del danno in conseguenza della sentenza appellata, ed infatti, stante la contestazione di parte appellata, non é stata fornita prova del relativo pagamento.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio, compensate per 1/3 in ragione della reciproca soccombenza, vanno poste a carico di SpA parte convenuta odierna appellante per la prevalente sua soccombenza e si liquidano come in dispositivo per le fasi studio introduttiva e decisionale di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Tribunale di Cosenza in composizione monocratica, quale giudice dell'appello, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore istanza, eccezione e deduzione disattesa, così decide:

-accoglie parzialmente l'appello proposto da SpA avverso la sentenza del Giudice di Pace di Cosenza n. 1179/2017 del 25.10.2015 ed, in parziale riforma della sentenza impugnata, rigetta, nei limiti di seguito enunciati e per come in motivazione, la domanda di risarcimento del danno proposta da

-rigetta, per quanto in motivazione, la domanda di parte appellante di condanna di parte appellata alla restituzione degli importi corrisposti a titolo di risarcimento del danno in conseguenza della sentenza appellata

-rigetta nel resto, per come in motivazione, l'appello proposto;

-condanna SpA alla refusione in favore di delle spese di entrambi i gradi di giudizio che, già compensate per 1/3, si liquidano in complessivi euro 89,33 oltre rimborso forfettario al 15%, Cap e IVA per il primo grado ed in complessivi euro 147,33 oltre rimborso forfettario al 15%, Cap e IVA per il secondo grado.

Cosenza, 19 luglio 2022.

Il giudice

dott.ssa Lucia Angela Marletta

