



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

in composizione monocratica, in persona del giudice istruttore in funzione di giudice unico Marco Viani, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 3452/10 r.g.

promossa da

~~_____~~, residente a Pisa, con domicilio eletto ivi in via Oberdan 41 presso lo studio dell'avv. Giovanni Longo che lo rappresenta e difende per procura a margine dell'atto di citazione *attore*

contro

~~_____~~, in persona della procuratrice speciale avv. ~~_____~~, con sede ad ~~_____~~ e sede amministrativa e gestionale a ~~_____~~, con domicilio eletto a ~~_____~~ via ~~_____~~ presso lo studio dell'avv. ~~_____~~ che la rappresenta e difende per procura in calce alla copia notificata dell'atto di citazione *convenuta*

CONCLUSIONI DELLE PARTI

PER L'ATTORE: [omesse le istanze istruttorie] *"Piaccia al Tribunale ill.mo, rigettata ogni contraria istanza, accertare che mai dai telefoni cellulari contrassegnati dalle numerazioni ~~_____~~ e ~~_____~~, sono state effettuate le c.d. 'telefonate e/o connessioni indirizzate verso codici a tariffazione speciali o similari', 'servizi voce, messaggistica e dati', men che mai l'istante abbia richiesto la 'assistenza Kasko', nonché la illegittimità delle altre voci così come invece genericamente addebitate nelle fatture indicate in narrativa e, conseguentemente, condannare quindi la ~~_____~~ a restituire all'istante la somma di € 10.000,00 o quella maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia e/o di equità, oltre agli interessi legali maturati dal dì degli indebiti pagamenti. Con vittoria di spese ed onorari di*



giudizio, oltre spese generali 12,5%, c.a.p. 2% ed i.v.a. 20% come per legge".

PER LA CONVENUTA: "La s.v. voglia: nel merito rigettare integralmente, in fatto e in diritto, la domanda proposta da parte attrice. Con vittoria di spese, diritti ed onorari".

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'attore, dando atto di aver svolto il tentativo obbligatorio di conciliazione, espone di aver acquistato nel 2006 due telefoni cellulari con utenze ~~XXXXXXXXXX~~ a lui intestate, con le numerazioni indicate in epigrafe, e di aver scoperto con l'invio della prima fattura bimestrale che era stata addebitata la somma di € 2.821,00 per "connessioni wap, servizi voce, messaggistica e dati", e con il secondo conto che era stata addebitata la somma di € 2.242,00 sempre per "servizi voce, messaggistica e dati messaggi e dati", mentre con la terza fattura era stata addebitata la somma di € 265,00, e poi nelle fatture successive somme pagate automaticamente con addebito su carta di credito (per il totale complessivo di € 3.837,81). Argomenta che i contratti avevano garantito costi contenutissimi e addirittura sul numero 347/0094153 le telefonate fino a una soglia prestabilita di ore di conversazione dovevano essere gratuite, ed espone che dopo il primo estratto conto aveva cessato l'utilizzo dei due telefoni e di uno dei due numeri, e tuttavia la ~~XXXXXXXXXX~~ aveva continuato ad addebitare ingenti costi per chiamate di cui era prevista la gratuità. Osserva che i servizi dovrebbero essere forniti su consenso esplicito del cliente e che comunque, ammesso che abbia attivato servizi per sbaglio, nessuno gli aveva mai spiegato i costi, richiamando la delibera 16.2.2006 del Garante della Privacy. Rammenta infine che, di fronte alla contestazione del cliente, il gestore è tenuto a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra il dato fornito e quello trascritto nella bolletta, e assume le conclusioni in epigrafe.

La convenuta espone che il pacchetto prescelto dall'attore a fronte di un pagamento mensile di € 19,00 consentiva 250 minuti di chiamate verso tutti i numeri nazionali mentre oltre la soglia venivano fatturati € 0,16 alla risposta e € 0,19 al minuto, sicché non può contestarsi l'addebito "contributo per



piano tariffario”, ed eccepisce che l'attore è decaduto dalla contestazione quanto alle fatture posteriori al 27.4.2007 non avendo per esse inoltrato reclamo entro quattro mesi ai sensi degli artt. 18 e 21 delle condizioni generali di contratto. Per le prime due fatture osserva che le connessioni erano state effettuate a distanza ravvicinata e normalmente in tali casi il telefono era stato impostato con la funzione *check mail* per connettersi periodicamente a internet per scaricare la posta elettronica, cosa di cui il gestore non può certo rispondere. In ogni caso contestava la richiesta restitutoria siccome generica e non provata.

2. In via preliminare la convenuta ha eccepito che, ai sensi dell'art. 18 e dell'art. 21 delle condizioni generali di contratto, il cliente che intenda contestare una fattura deve procedere a reclamo nel termine di quattro mesi. A dire il vero, nelle condizioni generali di contratto depositate non si rinviene né un art. 18, né un art. 21, ma il riferimento deve leggersi, probabilmente, all'art. 6.4 (*“Eventuali reclami in merito agli importi fatturati dovranno essere inoltrati a ~~XXXXXXXXXX~~, entro e non oltre 45 (quarantacinque) giorni”* [e non quattro mesi] *“dalla data di emissione della fattura, con l'indicazione delle voci e degli importi contestati. In difetto, la fattura si intenderà accettata per l'intero importo...”*).

L'attore ha eccepito che tale clausola è vessatoria e che manca l'approvazione specifica; anzi, ha negato che il testo delle condizioni generali fosse allegato al contratto da lui stipulato.

Dato che la clausola sopra riportata comporta, evidentemente, una limitazione alla facoltà di opporre eccezioni e introduce, altrettanto evidentemente, un termine di decadenza, e dato che è pacifico che si tratta di una condizione generale unilateralmente predisposta da ~~XXXXXXXXXX~~ per regolare una serie indefinita di contratti, la si deve ritenere vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.: pertanto, la mancata approvazione specifica per iscritto da parte dell'~~XXXXXXXXXX~~ ne comporta l'inefficacia.

E ciò a prescindere dal fatto che il legame fra le condizioni generali esibite e il rapporto specifico è meramente affermato.

Le argomentazioni della convenuta secondo cui l'~~XXXXXXXXXX~~, tanto più in quanto professionista, avrebbe dovuto informarsi per venire a conoscenza del



testo delle condizioni generali appaiono del tutto prive di fondamento normativo e sembrano partire dal presupposto che le condizioni generali predisposte da ~~XXXXXXXXXX~~ siano vincolanti per forza propria, quando invece è ovvio che il rapporto che si instaura tra cliente e gestore telefonico sorge da un contratto di diritto privato tra due soggetti privati (si veda, e si argomenti *a fortiori*, Cass., 28.5.2004 n. 10313).

3. Dato che l'~~XXXXXXXXXX~~ ha già pagato le fatture, la domanda che propone è riconducibile all'azione di indebito oggettivo (per la qualificazione in termini di indebito oggettivo anche dell'azione per la restituzione di somme versate in eccesso nell'ambito di un contratto di somministrazione, si vedano l'antica Cass., ss. uu., 12.6.1967 n. 1310, e, in termini più generali, la recente Cass., 4.4.2014 n. 7897 secondo cui va qualificata come ripetizione di indebito qualsiasi azione volta alla restituzione di somme pagate in forza di un titolo inesistente, anche se si tratti di inesistenza solo parziale).

La conseguenza di tale qualificazione consiste nel fatto che l'onere della prova dell'inesistenza del titolo grava sull'attore, secondo le regole generali in materia di azione di ripetizione.

Non è pertanto del tutto congruente il richiamo dell'attore alla giurisprudenza ormai consolidata secondo cui, qualora l'utente contesti la bolletta, grava sul gestore del servizio l'onere di dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra il dato fornito e quello trascritto.

Giova precisare che l'onere della prova non cambia per il fatto che i prelievi siano avvenuti automaticamente.

Non si rinvencono precedenti specifici in tema di pagamenti per addebito automatico su carta di credito, ma in materia di addebiti bancari indebiti Cass., 15.1.2013 n. 798 ha confermato la sentenza di merito che aveva riferito al correntista che agisca in ripetizione l'onere di dimostrare la rimessa, l'imputazione e l'interesse in concreto applicato.

Deve tuttavia convenirsi con l'~~XXXXXXXXXX~~ che la giurisprudenza di merito prevalente riconosce, in capo all'operatore del servizio telefonico – e anche da epoca anteriore alla delibera AGCOM del 2010 – il dovere di buona fede di adoperarsi per tutelare l'interesse del suo cliente, e quindi, in particolare,



di consentirgli di monitorare con esattezza il traffico e la spesa da lui sostenuta e di avvisarlo in caso di spesa sproporzionata.

D'altra parte, anche in relazione ad azione di indebito, l'onere probatorio dell'utente deve ritenersi esaurito con la dimostrazione della mancata richiesta volontaria dei servizi, nell'evidente impossibilità per lui di dimostrare che non vi era stata un'attivazione automatica o che non vi è stato il traffico addebitato.

Spetterebbe, semmai, al gestore, una volta che sia stata raggiunta la prova della mancata richiesta volontaria dei servizi addebitati, dimostrare che il consumo vi è effettivamente stato, che lo si debba imputare a connessioni automatiche, e che il cliente aveva la possibilità di rendersi conto di quel che stava accadendo.

La conclusione è conforme al criterio di vicinanza alla prova, visto che la prova del consumo effettivo è agevole per il gestore del servizio.

Con tale premessa, deve osservarsi che ~~l'utente~~ ha offerto la prova orale che nei mesi di gennaio e febbraio 2007 dai due cellulari su cui erano installate le SIM relative ai due numeri in questione non furono effettuate connessioni internet (wap), e comunque che non apparvero mai sul display avvisi di connessione wap.

La prova si deve ritenere complessivamente raggiunta, in quanto i testimoni escussi hanno confermato che, nel bimestre gennaio-febbraio 2007, non furono mai fatte connessioni wap, né da parte della ~~utente~~, né da parte del ~~utente~~ che avevano in uso, a quanto hanno dichiarato, i due cellulari di cui si discute.

I testi hanno anche confermato che non apparvero mai avvisi di connessione wap (il relativo capitolo era dedotto senza limitazioni temporali).

Tenuto conto della dimostrata mancanza di avvisi, e dalla considerazione che appare del tutto irragionevole ritenere che, dopo che nel bimestre gennaio-febbraio sono state addebitate connessioni internet non richieste per 1.685 euro, nel bimestre successivo, sempre in assenza di avvisi di connessione, sia stato richiesto dall'utente un traffico di volume paragonabile, è possibile ritenere dimostrato, in via presuntiva, che anche nel bimestre marzo-aprile non vi furono connessioni volontarie.



Un'analoga conclusione non è invece possibile per le somme addebitate, in misura molto più contenuta, nei bimestri successivi.

Avendo l'attore dimostrato di non aver mai richiesto i servizi internet addebitati, e di non aver mai avuto possibilità di aver contezza delle connessioni, sarebbe stato a questo punto onere della ~~XXXXXX~~ dimostrare che vi era stato comunque un consumo, che i servizi erano stati attivati in automatico per colpa dell'utente e che l'utente poteva rendersene conto nonostante l'assenza di avvisi, conformemente alle conclusioni cui si è sopra pervenuti.

~~XXXXXX~~ si limita ad argomentare (senza per vero neppure documentare l'effettività del traffico) che probabilmente i telefoni dell'~~XXXXXX~~ erano impostati per connettersi automaticamente a internet, precisando di essere estranea alle impostazioni del telefono.

Si tratta di una considerazione in larga parte ipotetica, e comunque resterebbe da dimostrare che il gestore non potesse adottare accorgimenti, a protezione dell'interesse del cliente, per impedire connessioni internet non volute.

E ciò a prescindere dalla soluzione che si voglia dare alla questione del soggetto su cui debba ricadere il rischio delle connessioni non volute (che, in linea di prima approssimazione, appare comunque equo individuare nel gestore in caso di incolpevolezza del cliente; si veda, nella materia in parte affine delle connessioni internet a costo maggiorato per effetto di *dialer* installati sul computer all'insaputa del cliente, la analoga conclusione di Trib. Genova, 20.2.2006, citata dalla difesa dell'attore).

A questo punto, sulla scorta delle considerazioni che precedono, si deve ritenere che le somme addebitate, in quei due bimestri, per connessioni wap, *downloading*, *download* di giochi e video (tali tre ultime voci, per fatto notorio, richiedono comunque un accesso a internet) siano indebite.

Per quanto riguarda le fatture successive, a fronte della deduzione dell'attore secondo cui le chiamate dal numero 347... dovevano essere gratuite sino a un determinato monte orario, è la stessa ~~XXXXXX~~ a dichiarare, nelle proprie difese, che il piano tariffario prescelto dall'~~XXXXXX~~ prevedeva 250



minuti (4 ore e 10 minuti) di conversazione gratuita al mese verso numeri nazionali a fronte di un canone mensile di 19 euro IVA inclusa.

Poiché, dall'esame delle fatture, risulta che il traffico a voce verso numeri nazionali abbia superato tale soglia solo nel bimestre novembre-dicembre 2006, gli addebiti esposti a tale titolo sono evidentemente del tutto privi di giustificazione.

Per quanto riguarda la polizza kasko, è agevole verificare che il contratto che ha esibito l'attore non fa alcun riferimento a tale assicurazione. Non ha rilievo che essa sia prevista nelle condizioni generali di contratto, che non risultano neppure richiamate nel contratto.

~~Il contratto~~ non ha neppure contrastato la deduzione.

Anche gli addebiti a tale titolo sono quindi privi di giustificazione.

Le contestazioni relative alle altre voci, se vi sono, sono eccessivamente generiche. In particolare, la voce "contributi dei piani tariffari", presente per vero solamente nella bolletta del primo bimestre 2010, ma riportata nelle fatture precedenti come attivazione/canoni/rinnovi o simili sembra corrispondere a circa 19 euro mensili per ciascuno dei due numeri: si tratta quindi del canone mensile di abbonamento indicato da ~~il contratto~~ e non contestato dall'attore; il quale dichiara di aver dismesso uno dei due telefoni, ma non chiarisce se sia receduto dal contratto o si sia limitato a non fare più uso dell'apparecchio, nel quale ultimo caso non si vede perché non avrebbe dovuto più pagare il canone pattuito.

Complessivamente, quindi, debbono ritenersi indebiti le seguenti voci (al netto di IVA), con la precisazione che per il bimestre marzo-aprile 2007 è rinvenuto in atti un dettaglio degli addebiti incompleto (relativo al solo numero 340...)

nov-dic 2006: assistenza Kasko € 15,50

gen-feb 2007: WAP € 1.685,00 + 331,82, download giochi € 42,04, video € 1,67, chiamate vocali nazionali € 26,54 + 13,25, assistenza Kasko € 15,50

mar-apr 2007: WAP € 1.587,91, downloading € 32,86, download giochi € 3,74, assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 18,40

mag-giu 2007: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 11,60

lug-ago 2007: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 16,40



set-ott 2007: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 14,67
nov-dic 2007: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 17,60
gen-feb 2008: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 16,40
mar-apr 2008: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 11,60
mag-giu 2008: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 16,40
lug-ago 2008: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 13,60
set-ott 2008: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 12,66
nov-dic 2008: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 12,93
gen-feb 2009: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 11,20
mar-apr 2009: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 16,93
mag-giu 2009: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 10,80
lug-ago 2009: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 11,47
set-ott 2009: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 12,54
nov-dic 2009: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 16,27
gen-feb 2010: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 15,60
mar-apr 2010: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 15,73
mag-giu 2010: assistenza Kasko € 15,50, chiamate vocali nazionali € 18,93.
Per un totale di € 4.357,56, che, al lordo di IVA, corrispondono a € 5.229,07.

La convenuta deve quindi restituire all'~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ la somma di € 5.229,07 oltre interessi al tasso legale dalla domanda, in assenza di deduzione e prova della mala fede.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo con riferimento al valore corrispondente alla somma attribuita.

pqm

definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza rigettata,
dichiara tenuta e condanna la ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare all'~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ la somma di € 5.229,07 oltre interessi al tasso legale dalla domanda.

Condanna la ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere all'~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ le spese di lite, che liquida in € ~~XXXXXX~~ per esborsi, € ~~XXXXXX~~ per compensi, oltre spese generali,



contributo previdenziale forense, IVA se non detraibile e successive
occorrenze.

Pisa, 18.3.2015

Il giudice

Marco Viani



