

DELIBERA n°_38_

**XXXXXXXXX / FASTWEB SPA
(GU14/344228/2020)**

IL CORECOM SICILIA

NELLA seduta del 24/03/2021;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”*;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante *“Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”*, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante *“Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la Legge Regionale 26 Marzo 2002 n. 2, successivamente modificata ed integrata, ed in particolare l'art. 101 che ha istituito il " Comitato Regionale per le Comunicazioni della Regione Siciliana" (CORECOM);

VISTO il decreto del Presidente della Regione Siciliana n. 315 del 28 giugno 2017, istitutivo del Corecom attualmente in carica, integrato con successivi decreti del Presidente della Regione Siciliana n. 437 del 31 agosto 2017 e n. 457 del 11 luglio 2019;

VISTO l'Accordo Quadro del 28 Novembre 2017, tra l'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione, la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province Autonome, prorogato fino al 31 dicembre 2021;

VISTO l'art. 5 lettera e) della Convenzione tra l'AGCOM e il CORECOM. SICILIA, per l'esercizio delle Funzioni Delegate in tema di comunicazioni, in vigore dal 1° Gennaio 2018, prorogata fino al 31 dicembre 2021, con la quale l'Autorità ha delegato il CORECOM SICILIA alla definizione delle Controversie;

VISTA l'istanza di XXXXXXXX del 26/10/2020 acquisita con protocollo n. 0441262 del 26/10/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La XXXXXXXX, in data 12.11.2018 sottoscriveva con la società Fastweb spa, un contratto di subentro ai servizi di telefonia già forniti a favore della società XXXXXXXX (doc.2-3). 2)In particolare, la società XXXXXXXX succedeva ad XXXXXXXX nella proprietà e gestione dell'Hotel XXXXXXXX, subentrando anche nei contratti telefonici già in essere. Nel rendere noto che buona parte degli introiti dell'istante proviene dai servizi resi in ambito di attività congressuali, ristorazione e banqueting e dalla convenzione stipulata con Alitalia per il pernottamento del personale in transito dall'aeroporto di Palermo e dei passeggeri cd. disguidati. è venuto meno a seguito delle gravi limitazioni dei voli, imposte dallo stato di emergenza La chiusura di alcuni rami di attività imposta dai provvedimenti ministeriali volti al contrasto della diffusione del Covid-19 ed il calo di clientela causato dall'assenza di turismo, hanno quindi imposto la momentanea chiusura della struttura, le cui spese di gestione erano incompatibili con un'affluenza ridotta al minimo. Il contratto di telefonia concluso con Fastweb comporta la corresponsione di un canone mensile di € 2.150,00 oltre iva e come tale, fino all'avvento dell'emergenza epidemiologica il contratto è sempre stato regolarmente rispettato. Il calo di attività e la successiva chiusura, avvenuta il 18 marzo 2020, non hanno lasciato altra alternativa se non la risoluzione contrattuale, non potendo la società istante sostenere un tale costo a fronte di un servizio che, di fatto, rimaneva inutilizzato e tale sarebbe rimasto fino a data da destinarsi. In data 13.05.2020, la XXXXXXXX srl, a mezzo dello scrivente procuratore, inviava all'operatore comunicazione di risoluzione contrattuale ai sensi dell'art. 1467 c.c., palesando le motivazioni in virtù delle quali il contratto in essere era divenuto eccessivamente oneroso. A tale comunicazione, faceva seguito la pec di Fastweb spa, la quale, dichiarato di avere avviato la procedura di recesso, preannunciava che avrebbe provveduto ad applicare la penale contrattualmente prevista

per il recesso anticipato, addebitando al cliente la somma di € 29.350,00, ovvero l'importo totale dei canoni a scadere fino alla naturale scadenza del contratto (dicembre 2021). L'istante quindi, in pari data, sporgeva formale reclamo sottolineando la legittimità della risoluzione operata ai sensi dell'art. 1467 c.c., tuttavia Fastweb replicava di non poter effettuare sconti, sospensioni o dilazioni in assenza di espresse indicazioni in tal senso emanate dal Governo. In sede di tentativo di conciliazione, la XXXXXXXX formulava un'offerta che non veniva accettata dall'odierna deducante poiché ritenuta non congrua. Tale posizione, è ribadita nel corso delle repliche alle memorie difensive del gestore ed anzi viene evidenziato che la Fastweb, peraltro, non ha nemmeno utilizzato lo strumento di conservazione contrattuale offerto dall'ultimo comma dell'art. 1467 c.c., accettando, di conseguenza, la risoluzione senza eccezione alcuna.

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare, la Fastweb, nel corso delle memorie depositate, contesta che il Corecom non è competente ad adottare un provvedimento all'esito di un procedimento amministrativo quale quello presente. Infatti, la questione non ha per oggetto la semplice debenza ad es. di una voce prevista in fattura, ma la cessazione operata da controparte che, errando, ha fatto valere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ex. art. 1467 cod.civ., determinata a dire di controparte, dalla situazione di emergenza sanitaria in atto (doc.1). Come i primi arresti giurisprudenziali evidenziano, in simili ipotesi l'operatore economico non ha legittimità ad eccepire alcunché, bensì al contrario, rimane tenuto al pagamento degli ordinari canoni derivanti dal recesso. Pertanto, è di tutta evidenza come il Corecom non possa essere competente a decidere alcunché in una fattispecie come la presente nella quale si discute in ordine all'applicazione di norme che esulano la materia riservata al sindacato dell'organo amministrativo, non potendosi il Corecom sostituire al giudice naturale, predeterminato per legge, risolvendosi al contrario, quello eventualmente adottato dal Corecom in un atto impugnabile per dinanzi al Giudice Amministrativo ed anche, trattandosi di un provvedimento che inciderebbe in materia di diritti soggettivi, anche di fronte al Giudice Ordinario. Si eccepisce quindi l'incompetenza per materia e per funzione del Corecom privo di ogni potere a decidere questioni come quella presente. Nel merito viene eccepito che l'istanza è comunque infondata. L'istante recedeva con pec del 13.5.2020 (doc.1 cit.). Fastweb rispondeva con mail del 25.05.2020 (doc.2); seguiva reclamo del 24.07.2020 (doc.3) che Fastweb riscontrava il 28 successivo (doc.4). La convenuta non ha fatto altro se non valere il rispetto delle regole contrattuali a cui il cliente ha aderito il 12.12.2018 (doc.5), tra cui appunto, l'art.17 (Durata del Contratto e recesso), commi 1 e 3. Il contratto ha durata di 36 mesi (v. pag. 5 doc.4 cit.). Fatto salvo ogni errore di mero calcolo, l'importo dovuto ai sensi del suddetto art. 17 comma 3 delle Condizioni Generali di Contratto, è di € 29.350,00 oltre iva, giusta fattura del 30.06. 2020 (doc.6). La somma a debito dell'istante, maturata alla data attuale, è pari a € 38.430,00 (doc.7), fatti salvi gli importi nel frattempo maturati e maturandi. Si insiste in via preliminare nell'eccezione di incompetenza per materia e per funzione del Corecom e nell'ipotesi in cui il Corecom si ritenga competente, si chiede il rigetto dell'istanza. Nello

stesso contratto è specificatamente previsto che, in questo caso i 29.350,00 euro, venga corrisposto a titolo di Contributo al Progetto (Una Tantum), relativo all'attività di consulenza legata alla progettazione della Soluzione Tecnica contrattualizzata verrà fatturato contestualmente alla sottoscrizione del contratto (inserimento nei sistemi aziendali Fastweb), ed il pagamento dello stesso dovrà avvenire a 120gg data emissione fattura. Resta inteso che, in caso di mancata attivazione dei servizi per motivazioni tecniche imputabili a Fastweb, l'importo del Contributo al Progetto verrà restituito in un'unica soluzione, con modalità da concordare tra le parti.

3. Motivazione della decisione

Prioritariamente, per quanto concerne, l'eccezione di incompetenza dell'organismo adito, sollevata dal gestore, si osserva che la controversia in questione, rientra a pieno tra quelli la cui risoluzione deve essere obbligatoriamente sottoposta al tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 2 delibera AGICOM 203/2018 per la risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori. Pertanto si respinge l'eccezione posta dalla Fastweb e si procede all'analisi dei contenuti della vicenda di che trattasi. Nel merito della controversia in atto, al fine di poter assumere una decisione, si ritiene indispensabile fare ricorso all'analisi di quanto previsto nel vigente codice civile. In particolare, in materia di inadempimento contrattuale, non può non rilevarsi che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., l'obbligazione si estingue quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa "impossibile"; se tale impossibilità è solo temporanea, inoltre, il debitore, nelle more della stessa, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. La liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della prestazione, dunque, può verificarsi – ai sensi dell'art. 1256 c.c. – solo se ed in quanto concorrano l'elemento obiettivo della impossibilità di eseguire la prestazione medesima, in sé considerata, e quello soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione. Tra le cause invocabili ai fini della richiamata "impossibilità della prestazione", rientrano – per quanto qui di interesse – gli ordini o i divieti sopravvenuti dell'autorità amministrativa c.d. "factum principis": si tratta, in concreto, di provvedimenti legislativi o amministrativi, dettati da interessi generali, che rendano impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato. In sintesi, trattasi di circostanza che funge da esimente della responsabilità del debitore a prescindere dalle previsioni contrattuali in essere. L'impossibilità sopravvenuta va ben distinta dall'eccessiva onerosità sopravvenuta. Quest'ultima, in estrema sintesi, non impedisce la prestazione, ma la rende più "onerosa", consentendo al debitore di chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione della prestazione. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per poter determinare, ai sensi dell'art. 1467 c.c., la risoluzione del contratto richiede, tuttavia, due requisiti: 1) un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto; 2) la riconducibilità della eccessiva onerosità ad "eventi straordinari ed imprevedibili", che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale. In particolare, il carattere della "straordinarietà" deve essere valutato in modo oggettivo, dovendosi qualificare in base

alla frequenza dell'evento, alle dimensioni, all'intensità ecc.; l'"imprevedibilità" ha natura, invece, soggettiva, «facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza». Per configurare l'eccessiva onerosità sopravvenuta, dunque, è necessario che gli avvenimenti straordinari ed imprevedibili determinino un aggravio patrimoniale che alteri, sostanzialmente, l'originario rapporto di equivalenza, incidendo sul valore di una prestazione rispetto all'altra, ovvero facendo diminuire o cessare l'utilità della controprestazione. Va da sé, dunque, che la domanda di risoluzione di un contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione deve essere corredata dalla rigorosa prova del fatto la cui sopravvenienza abbia «determinato una sostanziale alterazione delle condizioni del negozio originariamente convenuto tra le parti e della riconducibilità di tale alterazione a circostanze assolutamente imprevedibili». Alla luce di quanto narrato, sembrerebbe innegabile il fatto che la pandemia di Corona Virus che ha provocato effetti devastanti sotto il profilo umano ed economico, di rilevanza mondiale, rientri in quegli avvenimenti straordinari ed imprevedibili, che di fatto hanno coinvolto anche la odierna ricorrente e ne abbia determinato la decisione di richiedere una immediata rescissione del contratto in parola. E' indubbio che un costo fisso pari a circa 2150,00 euro oltre iva ed oneri vari, per una struttura alberghiera chiusa, assume una certa incidenza, a cui, il buon amministratore deve necessariamente provvedere. Da quanto trascritto nelle memorie inoltrate, l'istante ha, tra l'altro affermato, di essere subentrato nel contratto tramite surroga dalla precedente attività, di aver sempre ottemperato ai suoi obblighi di pagamento e di aver richiesto la rescissione contrattuale soltanto nel momento in cui la pandemia aveva già provocato il lockdown sull'intero territorio nazionale, a cui sarebbero seguiti, progressivamente, vari blocchi di libera circolazione anche a livello mondiale, determinando di fatto l'impossibilità di viaggiare e di poter fare turismo a chiunque. A tal proposito, c'è da evidenziare che, il gestore telefonico, preso atto della volontà espressa dall'istante di rescindere il contratto, non si opponeva a tale decisione, non formulando neanche una controproposta che avrebbe potuto o abbattere i costi in vigore (considerato il completo inutilizzo dei servizi, causa chiusura della struttura ricettiva) o in alternativa sospendere, in attesa dello sviluppo degli eventi, l'incasso dei derivati contrattuali, piuttosto inviava formale richiesta di pagamenti degli oneri derivanti dalla cessazione del rapporto, commisurati alle mensilità mancanti sino alla naturale scadenza (dicembre 2020) del contratto in essere. Altra circostanza, non sconfessata dal gestore, che giova a favore della buona fede dell'istante, è quella di avere proposto anche un accordo transattivo tra le parti e che tale offerta economica, non sia stata valutata positivamente dallo stesso gestore, sulla scorta dell'iniziale pretesa vantata in sede di sottoscrizione contrattuale. A fronte di un accordo regolarmente sottoscritto tra le parti tale da poter rendere esigibile l'importo oggi richiesto dal gestore telefonico, si ritiene preminente l'eccezionale sviluppo degli eventi derivanti dalla pandemia, i cui effetti sono tuttora in atto, sino alla misura di ritenere valida la motivazione espressa dall'istante avverso il pagamento della penale, riconducibile al saldo delle mensilità mancanti al termine del contratto. Allo storno integrale da operare sul debito evidenziato dal gestore nei confronti dell'istante, dovrà parimenti essere eseguito il ritiro, senza oneri della pratica di recupero crediti, in atto esistente. Lo stesso istante sarà tenuto a restituire tutti gli eventuali apparati e tecnologie di proprietà del Fastweb, con un accordo di rilascio,

che dovrà essere formalizzato tra le parti, in separata sede, senza arrecare nocumento alcuno ed entro massimo 90 giorni dalla pubblicazione del presente provvedimento.

DELIBERA

1. Per le ragioni sopra esposte, si ritiene di accogliere le richieste dell'istante XXXXXXXX nei confronti della Fastweb spa e pertanto si ordina al gestore lo storno integrale da operare sul debito evidenziato nei confronti dell'istante, ed il ritiro, senza oneri, della pratica di recupero crediti, in atto esistente. Lo stesso istante sarà tenuto a restituire tutti gli eventuali apparati e tecnologie di proprietà del Fastweb, con un accordo di rilascio, che dovrà essere formalizzato tra le parti, in separata sede, senza arrecare nocumento alcuno ed entro massimo 90 giorni dalla pubblicazione del presente provvedimento.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità.

Palermo 24/03/2021

IL PRESIDENTE

