Cassazione civile sez. I – Ordinanza del 28/12/2022, n. 37943. Pres. Scaldaferri. Est. Zuliani.

FATTI DI CAUSA

In estrema sintesi, e per quanto qui ancora interessa, Antonelli Transit Air Malpensa S.r.l., Laser S.r.l., Ceva Freight Italy S.r.l. e Aviosped S.n.c. (quest'ultima così indicata in primo grado) agirono nei confronti di Società per azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A. (d'ora innanzi, per brevità, indicata anche come S.E.A.) S.p.A., affermando di svolgere servizi di assistenza nel settore della spedizione di merci, con particolare riferimento alle operazioni doganali, al fine di sentire accertare che la convenuta, abusando della propria posizione dominante, aveva applicato, a corrispettivo della subconcessione di spazi ad uso ufficio all'interno degli aeroporti di (Omissis) e (Omissis), tariffe eccedenti le previsioni dettate da un provvedimento dell'ENAC, il tutto con condanna alla restituzione di quanto corrisposto oltre il dovuto.

Secondo S.E.A. S.p.A., viceversa, sempre in breve e per quanto ancora rilevante, la quantificazione prevista dal menzionato provvedimento concerneva la subconcessione di spazi per l'esercizio di attività di handling aeroportuale, attività che le attrici non risultavano svolgere, con conseguente legittimità dei corrispettivi stabiliti nei contratti intercorsi tra le parti. Inoltre, secondo la convenuta, la quantificazione proposta dalle attrici non era applicabile anche per ulteriori ragioni e i crediti fatti valere erano comunque in parte prescritti.

Il Tribunale di Milano accolse la domanda principale e, accertato che S.E.A. S.p.A. aveva applicato tariffe per la subconcessione di spazi ad uso ufficio in violazione degli obblighi di legge, la condannò al pagamento delle somme dovute a ciascuna delle attrici.

Interposto appello da S.E.A. S.p.A., la Corte d'appello di Milano, pronunciando in parziale accoglimento dell'impugnazione, ridusse l'entità delle condanne, per effetto dell'applicazione della prescrizione quinquennale, sul presupposto della natura aquiliana della responsabilità accertata a carico dell'appellante.

Contro questa sentenza S.E.A. S.p.A. ha proposto ricorso per cassazione articolato in dieci motivi. Le società originarie attrici hanno reagito con controricorso e con ricorso incidentale, a sua volta articolato in dodici motivi. S.E.A. S.p.A. ha depositato controricorso al ricorso incidentale. Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa nel termine di legge precedente la data fissata per l'adunanza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c.

Il ricorso principale di S.E.A. S.p.A. contiene i seguenti motivi:

1) col primo motivo si eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario (art. 360, comma 1, n. 1 c.p.c.), invocando un orientamento giurisprudenziale che devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti i corrispettivi regolamentati applicati dal gestore aeroportuale;

2) il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 2504-bis c.c. e degli artt. 75, 83 e 182 c.p.c., con riferimento al fatto che al processo di primo grado aveva partecipato Aviosped S.n.c., dichiarata contumace in grado d'appello, ove per essa si era costituita CAD Aviosped S.r.l.,

che aveva incorporato la collettiva già prima dell'introduzione del giudizio di primo grado;

3) il terzo motivo denuncia nullità della sentenza per violazione degli artt. 132 c.p.c., 118 disp. att. c.p.c. e 111 Cost., per avere la corte d'appello motivato in modo solo apparente la decisione di rigettare la censura di S.E.A. S.p.A. riguardante l'inutilizzabilità del provvedimento A 377 dell'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) quale prova privilegiata dell'abuso di posizione dominante da parte sua;

4) il terzo motivo denuncia nullità della sentenza per violazione degli artt. 132 e 116 c.p.c., sempre in relazione alla utilizzabilità del provvedimento dell'AGCM quale prova privilegiata nel giudizio, avendo la corte milanese attribuito a tale provvedimento il valore di prova privilegiata nonostante lo stesso riguardasse altra fattispecie e altri soggetti;

5) il quinto motivo denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., in quanto, sull'errato presupposto dell'esistenza di una prova privilegiata costituita dal provvedimento dell'AGCM, la corte d'appello, confermando la decisione del tribunale, ha ritenuto dimostrati gli elementi costitutivi della condotta anticoncorrenziale, che diversamente sarebbe stato onere dell'attrice provare;

6) il sesto motivo denuncia nullità della sentenza, nuovamente per violazione degli artt. 132 c.p.c., 118 disp. att. e 111 Cost., e dunque per motivazione apparente, questa volta con riferimento al profilo della affermata non necessità della certificazione ENAC per l'esercizio dell'attività di handling e della affermata sussumibilità dell'attività

svolta dalle controparti in quelle di cui al D.Lgs. n. 18 del 1999; si attribuisce alla corte d'appello una motivazione solo apparente per essersi limitata a riprendere una parte della sentenza di primo grado, senza fornire alcuna ulteriore ragione a spiegazione della decisione di rigettare le doglianze di SEA;

7) il settimo motivo denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2,7,10,13, All. A del d. lgs n. 18 del 1999 e degli artt. 2, 4, 14, 16 della Direttiva 96/67/CE, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2907 c.c., violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 del d. lgs. n. 250 del 1997, violazione e/o falsa applicazione del Reg. CE 2913/92 e reg. attuativo 2454/93, dell'art. 102 TFUE e dell'art. 9 della L. n. 192 del 1998, per avere la corte d'appello violato la normativa nazionale e comunitaria sull'handling, ritenendola applicabile a società prive dei requisiti necessari e che non svolgono attività di assistenza a terra; con questo motivo si imputa inoltre al giudice a quo di avere esercitato, nel ricondurre le attività svolte dalle controparti all'interno della predetta normativa, un potere discrezionale amministrativo che compete esclusivamente all'ENAC; infine, si censura la ritenuta sussumibilità della fattispecie in esame nella previsione normativa dell'abuso di dipendenza economica;

8) l'ottavo motivo denuncia violazione degli artt. 343, 346 e 112 c.p.c., per avere la corte d'appello accolto la domanda delle attrici di condanna al risarcimento del danno da responsabilità aquiliana, nonostante tale domanda non fosse stata riproposta con apposito appello incidentale o comunque in modo esplicito davanti alla corte territoriale;

9) il nono motivo denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., degli artt. 14 e 16 della Direttiva 96/67/CE e degli artt. 10 e 13 D.Lgs. n. 18/1999, per avere la corte d'appello addebitato a SEA una responsabilità extracontrattuale senza indagare l'esistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa richiesto dall'art. 2043 c.c.; sostiene la ricorrente che la colpa sarebbe esclusa dal fatto che essa si è limitata a dare applicazione a quanto previsto dalla Direttiva 96/67/CE e dal D.Lgs. n. 18 del 1999;

10) il decimo motivo denuncia ancora una volta la nullità della sentenza per violazione degli artt. 112 e 132 c.p.c., 118 disp. att. c.p.c. e 111 Cost., per avere la corte d'appello motivato in modo contraddittorio il rigetto del motivo d'appello riguardante l'errata individuazione e qualificazione delle attività svolte dalle originarie attrici.

Il ricorso incidentale delle società originarie attrici contiene i seguenti motivi:

I) il primo mezzo denuncia violazione degli artt. 359, 189 c.p.c., dell'art. 122 c.p.c. per vizio di ultrapetizione, e dell'art. 342 c.p.c., censurando la sentenza impugnata per aver fatto applicazione della prescrizione quinquennale nonostante l'applicazione di tale termine fosse stato dedotto tardivamente e in modo generico;

II) il secondo motivo denuncia difetto di determinatezza dei motivi d'appello, con violazione degli artt. 163, n. 3, e 164, comma 4, c.p.c., per avere la corte d'appello individuato un atto interruttivo della prescrizione nella notifica dell'atto di citazione in mancanza di una indicazione in tal senso dell'appellante;

III) il terzo motivo denuncia violazione degli artt. 1339, 1418, 1419, comma 2, 2033, 2946 c.c., in relazione agli artt. 16 della direttiva 96/67/CE e 102 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), nonché in relazione alla sentenza 5.7.2007 della Corte di Giustizia UE in causa C-181/06, censurando la sentenza impugnata per avere negato la rilevanza sul piano contrattuale delle tariffe indicate da ENAC in attuazione del potere conferitole dal complesso normativo interno ed Eurounitario;

IV) il quarto mezzo denuncia violazione degli artt. 1418, 1419, comma 2, 2033, 2946 c.c., in relazione agli artt. 16 della direttiva 96/67/CE, e 102 TFUE, nonché omissione di pronuncia con violazione dell'art. 112 c.p.c., censurando la sentenza impugnata per non avere considerato che l'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c. è sottoposta a prescrizione decennale e non quinquennale;

V) il quinto mezzo denuncia violazione degli artt. 1339, 1374, 1418, 1419, comma 2, 2597 c.c. e 16 della direttiva 96/67/CE, censurando la sentenza impugnata per non avere considerato che le disposizioni di legge che si assumono violate riguardano la sfera della responsabilità contrattuale, anche a prescindere dalla sostituzione delle clausole sul prezzo;

VI) il sesto mezzo (violazione degli artt. 1339, 1374, 1418, 1419, comma 2, 2033, 2597, 2946 c.c., 16 della direttiva 96/67/CE, 9 della L. n. 192 del 1998) ritorna sull'omessa considerazione che l'azione di ripetizione d'indebito si prescrive in dieci anni;

VII) il settimo mezzo denuncia violazione degli artt. 2043 c.c., 102 TFUE e 16 della direttiva 96/67/CE, censurando la sentenza

impugnata per non essersi avveduta che è sempre ammesso il concorso tra diversi tipi di responsabilità laddove il fatto illecito abbia carattere plurioffensivo, spettando al giudice di interpretare la normativa in conformità alla disciplina Eurounitaria;

VIII) l'ottavo mezzo denuncia violazione degli artt. 112 c.p.c., 1175, 1374, 1375, 2946 c.c., anche in relazione agli artt. 16 della direttiva 96/67/CE e 112 (recte: 102) TFUE, censurando la sentenza impugnata per avere omesso di pronunciarsi sulla considerazione che anche la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e dell'obbligazione si inseriscono nell'ambito della responsabilità contrattuale;

IX) il nono mezzo denuncia violazione degli artt. 9 della L. n. 192 del 1988, 2033, 2946 c.c., 16 della direttiva 96/67/CE, censurando la sentenza impugnata ancora una volta per avere omesso di qualificare la responsabilità di S.E.A. S.p.A. come responsabilità contrattuale e, conseguentemente, di applicare la prescrizione decennale;

X) il decimo mezzo denuncia, "sotto un altro profilo" e "per mero scrupolo difensivo", violazione degli artt. 1175, 1337, 1374, 1375, 2946 c.c., anche in relazione agli artt. 16 della direttiva 96/67/CE e 102 TFUE, censurando la sentenza impugnata per avere omesso di considerare che anche la responsabilità precontrattuale costituirebbe un'ipotesi di responsabilità contrattuale;

XI) l'undicesimo motivo denuncia violazione degli artt. 2935 e 2947 c.c., censurando la sentenza impugnata per non avere riconosciuto che la prescrizione poteva decorrere soltanto dal 2.10.2007, data del

provvedimento con cui ENAC indicò l'ammontare del canone da applicare agli handlers;

XII) l'ottavo motivo denuncia, sotto altro profilo, violazione dei medesimi artt. 2947 e 2935 c.c. (erroneamente indicati come artt. 2497 e 2395 c.c.), censurando la sentenza impugnata per avere omesso di considerare la natura permanente dell'illecito commesso da S.E.A. S.p.A. e il conseguente differimento della decorrenza del termine di prescrizione.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso principale è di S.E.A. S.p.A. va accolto nei ristretti limiti di seguito esposti.

1.1. Sulla questione di giurisdizione si sono già pronunciate le Sezioni Unite di questa Corte decidendo su un altro ricorso in cui quella questione era posta esattamente negli stessi termini, trattandosi di altro contenzioso tra S.E.A. S.p.A. ed alcuni subconcessionari per l'utilizzo in via esclusiva di aree all'interno degli aeroporti di (Omissis) (sentenza n. 1599/2022).

1.1.1. Le Sezioni Unite hanno stabilito, in quel caso, che il motivo di ricorso "è inammissibile per intervenuto giudicato interno sulla giurisdizione", posto che "l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito non risulta formulata con l'atto d'appello, dopo che il primo giudice aveva accolto nel merito la domanda attrice, riconoscendo dunque implicitamente la sussistenza della propria giurisdizione. Tale conclusione costituisce applicazione del principio secondo cui il giudicato interno sulla giurisdizione si forma tutte le

volte in cui il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando anche implicitamente la propria giurisdizione, e le parti abbiano prestato acquiescenza a tale statuizione, non impugnando la sentenza sotto questo profilo, sicché non può validamente prospettarsi l'insorgenza sopravvenuta di una questione di giurisdizione all'esito del giudizio di secondo grado (cfr. Cass. S.U. n. 10265 del 2018, n. 19792 del 2011)".

1.1.2. La medesima preclusione in limine all'esame del motivo di ricorso si presenta nel caso di specie, posto che - come risulta dalle conclusioni dell'appellante riportate nella sentenza d'appello - la sentenza di primo grado non venne impugnata sulla statuizione implicita della giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, S.E.A. S.p.A. si limitò a rimettere la questione alla valutazione della corte territoriale (e solo "in comparsa conclusionale": pag. 7 della sentenza impugnata). Del resto, anche nell'illustrare il motivo di ricorso incidentale per cassazione, S.E.A. S.p.A. precisa di essere "sempre stata convinta della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario".

1.1.3. Si verifica pertanto il caso in cui la sezione semplice può decidere essa stessa sulla questione di giurisdizione, essendosi già pronunciate le sezioni unite sulla medesima questione (art. 374, comma 1, secondo periodo, c.p.c.). A ciò si aggiunga che la constatazione della formazione del giudicato sulla giurisdizione è questione autonoma e preliminare che impedisce l'insorgere stesso della questione di giurisdizione in sede di legittimità, sicché anche per questa ragione l'inammissibilità del primo motivo di ricorso incidentale

può essere dichiarata dalla sezione semplice (Cass. S.U. n. 1599/2022).

1.2. Il secondo motivo, che riguarda esclusivamente il rapporto processuale tra S.E.A. S.p.A. e CAD Aviosped S.r.l., è infondato.

1.2.1. Come riportato in narrativa, l'atto di citazione di primo grado indicava, quale parte attrice, Aviosped S.n.c. In grado d'appello è emerso che la società di persone, già al momento dell'introduzione del giudizio di primo grado, non esisteva più in quanto tale, essendo stata incorporata in CAD Aviosped S.r.l., che si è costituita in appello. S.E.A. S.p.A. ha quindi eccepito la "carenza di legittimazione e di interesse processuale di CAD Aviosped S.r.l.", negando che la sua costituzione potesse sanare il vizio originario consistente nel fatto che il processo era stato avviato da un soggetto giuridico non più esistente.

1.2.2. La corte d'appello ha risolto la questione rilevando, da un lato, che la fusione tra società è "una vicenda non estintiva ma evolutivo-modificativa" (v. Cass. n. 24498/2014); dall'altro lato, che "nel presente giudizio l'iniziativa assunta dalla società incorporata risulta pienamente condivisa dagli organi della società incorporante". Parte ricorrente contesta la pertinenza al caso di specie del precedente citato dalla Corte d'Appello di (Omissis) (che riguardava la notifica di un atto d'appello proposto contro una società incorporata in un'altra dopo l'avvio del processo in primo grado) e rileva che la giurisprudenza di legittimità non ammette, invece, che una società possa iniziare un giudizio dopo essere stata incorporata in altra

società e cancellata dal registro delle imprese (Cass. n. 3820/2013, alla quale è possibile aggiungere Cass. n. 32208/2019).

1.2.3. Su queste premesse, l'infondatezza del motivo deriva dal fatto che, per come descritta la fattispecie negli atti di causa, non si è trattato di un'iniziativa della società ormai cancellata dal registro delle imprese "in persona del suo ex amministratore" (v. Cass. S.U. n. 21970/2021), bensì di una errata indicazione del nome della società rappresentata da parte dell'amministratore della incorporante CAD Aviosped S.r.l., che, costituendosi in appello a nome di quest'ultima, ha semplicemente corretto l'errore commesso in primo grado.

1.3. Con il terzo motivo di ricorso principale si sostiene che la corte d'appello avrebbe offerto una motivazione meramente apparente a fronte del motivo d'appello basato sulla considerazione che l'AGCM, con il provvedimento A377 del 2009, posto a fondamento della domanda dalle originarie attrici, non avrebbe assunto alcuna decisione in merito al corrispettivo applicato da S.E.A. S.p.A. per l'uso degli uffici da parte di soggetti diversi dai vettori cargo in autoassistenza, quali le attrici medesime, che svolgevano l'attività di spedizionieri doganali/doganalisti.

1.3.1. La motivazione meramente apparente sarebbe ravvisabile nel seguente passaggio della motivazione: "Ritiene la Corte che i motivi siano infondati. Innanzitutto va rilevato che nella citazione del primo grado le società qui appellate hanno dichiarato di svolgere "in aeroporto servizi di assistenza nel settore delle merci, con particolare riferimento alle operazioni doganali cargo aereo" (pag. 5 della

citazione di primo grado) e la circostanza non è stata specificamente contestata da Sea nella comparsa di risposta.

Nell'atto di appello Sea, nell'indicare i soggetti che sarebbero esclusi dall'applicazione delle tariffe del Contratto di Programma, richiama gli operatori di assistenza alle merci come gli spedizionieri e gli spedizionieri doganalisti, "categorie nelle quali rientrano le appellate".

Il Tribunale ha, pertanto, correttamente rilevato che in riferimento all'attività svolta dalle società attrici la stessa Sea riconosce essere (quantomeno) quella di doganalisti.

Ritiene la Corte che, come si è già sopra osservato, si ritrova già nella normativa (D.Lgs. n. 18/99 all. A) il riferimento alle formalità doganali connesse alle merci in transito nell'elenco delle attività alle quali applica la disciplina de qua, sicché risulta corretta la decisione del Tribunale di includere le società appellate tra i soggetti ai quali devono applicarsi i corrispettivi orientati ai costi.

In ogni caso anche il provvedimento AGCM, di cui non viene in questo motivo d'appello contestata l'efficacia di prova privilegiata in astratto, si riferisce ai c.d. doganalisti (e non soltanto ai vettori cargo in autoproduzione), laddove richiama gli operatori doganali fra i soggetti della filiera produttiva del cargo aereo (v. punto 180) e laddove conclude richiamando il D.Lgs. n. 18 del 1999 per l'individuazione delle attività di assistenza al volo rispetto alle quali i corrispettivi devono essere orientati ai costi (punto 251)".

1.3.2. Il motivo è inammissibile.

Occorre rammentare - una volta per tutte, poiché il ricorso contiene plurime denunce di apparenza della motivazione del tutto

inappropriate a fronte del sostegno motivazionale che la sentenza impugnata espone, all'evidente scopo di attaccare la medesima, non perché mancante di motivazione, ma perché la motivazione non è quella che la ricorrente patrocina. La riformulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, disposta dal D.L. n. 83 del 2012 art. 54, convertito in L. n. 134 del 2012, è stata interpretata da questa Corte, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione; pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali.

Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione (Cass. S.U. n. 8053/2014).

Nel caso in esame, a parte il fatto che, nello svolgimento della motivazione precedentemente trascritta non v’è nulla di meramente apparente, dal momento che essa rappresenta piana applicazione del principio secondo cui le conclusioni assunte dall'AGCM, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, possiedono una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale (Cass. nn.

18176/2019; Cass. 19262/2011, n. 19262; 3640/2009; la stessa elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale è ribadita ad altro riguardo da Cass. n. 13846/2019), la censura non si cimenta affatto con la motivazione svolta dal giudice di merito in ordine alla circostanza che ciascuna delle società appellate svolgesse effettivamente l'attività di handling doganale, riconducibile alla decisione dell'autorità.

In definitiva, la sostanza della tesi difesa dalla ricorrente, illustrata anche a corredo dei motivi successivi, è che le tariffe la cui applicazione è stata invocata dalle attrici fossero destinate a quegli operatori che non solo svolgessero la propria attività all'interno dell'aeroporto, ma che non potessero svolgerla altrove, giacché solo per essi ricorrerebbe l'esigenza di un trattamento uniforme invece non applicabile agli operatori, quali gli spedizionieri, che per propria scelta avessero deliberato di installarsi negli spazi dell'aerostazione. Ma i giudici di merito hanno con statuizione conforme accertato il contrario, e cioè che le ricorrenti rientrano nel numero di quegli operatori ai quali sono rivolte le tariffe in questione. E questo accertamento di merito non ha modo di essere attaccato in sede di legittimità, tanto più che, vertendosi in ipotesi di doppia conforme, qui non è neppure praticabile, per via di ipotetica riqualificazione del motivo, la strada dell'impugnazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (art. 348-ter, commi 4 e 5, c.p.c.)

1.4. Il quarto mezzo sostiene che la corte d'appello avrebbe violato, oltre all'art. 132 c.p.c., l'art. 116 c.p.c., avendo attribuito al provvedimento AGCM già menzionato valore di prova privilegiata in

assenza del logico presupposto fondamentale per operare questa valutazione, ossia il fatto che la causa civile rivesta effettivamente caratteristica di giudizio di follow on (causa conseguente a valle della decisione dell'autorità).

1.4.1. Sull'apparenza della motivazione è sufficiente richiamare quanto già precedentemente osservato: è del tutto fuor di luogo richiamare nella specie le quattro ipotesi della "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", della "motivazione apparente", del "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e della "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", a fronte della decisione impugnata la quale si è soffermata sulla sussumibilità della fattispecie, in funzione dell'attività svolta dalle società originarie attrici, entro il dictum dell'AGCM.

A tal riguardo, il collegio è consapevole di talune opinioni dottrinali le quali hanno sottolineato che l'attribuzione di una elevata attitudine del provvedimento accertativo dell'illecito adottato dall'AGCM a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità dannosa della stessa comporta una compressione del diritto di difesa della parte convenuta lesiva del principio del giusto processo: ma si è già scritto sopra che sul punto questa Corte si è oramai pronunciata, e il ricorso non offre argomenti per tornare sulla questione, che è dunque chiusa, nei termini sanciti dall'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.

1.4.2. Per il resto, l'art. 116 c.p.c. stabilisce, al comma 1, che il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti, ed al comma 2 che può trarre argomenti di prova dalle risposte che le parti gli

danno a norma dell'art. 117, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo. La censura non precisa espressamente a quale dei due commi la società ricorrente abbia inteso riferirsi, ma non sembra potersi dubitare che abbia inteso richiamare il comma 1 della disposizione: sicché è agevole rammentare che una censura relativa alla violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c. non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma solo se si alleghi che quest'ultimo abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione (Cass. n. 6774/2022, tra le tante): il che non ha nulla a che vedere con la censura in questo caso spiegata, la quale investe in pieno la valutazione di merito compiuta dalla corte d'appello al fine di reputare la riconducibilità della fattispecie oggetto di causa a quella decisa dall'AGCM.

1.5. Il quinto motivo di ricorso principale (asserita violazione dell'art. 2697 c.c.) è anch'esso inammissibile, perché la violazione delle regole legali sulla distribuzione dell'onere della prova si configura soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne è gravata secondo quelle regole, non anche quando, a seguito di una incongrua valutazione delle acquisizioni istruttorie, il giudice abbia errato nel ritenere che la parte onerata abbia assolto tale onere, poiché in questo caso vi è soltanto un erroneo apprezzamento sull'esito della prova, sindacabile in sede

di legittimità solo per il vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (Cass. nn. 15107/2013; 19064/2006; 2155/2000; 11949/1993). Data pubblicazione 28/12/2022

In altre parole, nel caso considerato non ha in realtà alcun senso discorrere di violazione dell'art. 2697 c.c., dal momento che la norma è posta allo scopo di stabilire chi, tra le parti in lite, debba provare determinati fatti e, conseguentemente, sopportare gli effetti della mancata dimostrazione del fatto da provare, con la conseguenza che una sua violazione non è neppure astrattamente pensabile quando il giudice, lungi dal decidere la causa in applicazione del principio dell'onere della prova, fondi la propria statuizione sul materiale istruttorio acquisito al giudizio. Il che è quanto è accaduto in questo caso. Con la precisazione che l'attribuzione di efficacia probatoria "privilegiata" al provvedimento dell'AGCM rientra nella motivazione sull'accertamento del fatto e non implica applicazione di una regola legale di inversione dell'onere della prova.

1.6. Il sesto mezzo ripropone ulteriormente la denuncia di violazione dell'art. 132 c.p.c. in relazione alla qualificazione dell'attività svolta dalle controparti, ossia alla sua riconducibilità a quella di handling disciplinata dal D.Lgs. n. 18 del 1999, cui si ricollegherebbe la necessità di una certificazione per lo svolgimento di attività di assistenza a terra.

1.6.1. In proposito è sufficiente rammentare che questa Corte, nel decidere altra parallela controversia, ha già stabilito che: "L'applicazione del corrispettivo regolamentato non è collegata alla certificazione del vettore ma solo alla circostanza obiettiva che l'ufficio

sia utilizzato per attività operativa, come accertato in fatto dai giudici del merito" (Cass. n. 18176/2019).

Il mezzo è perciò inammissibile ex art. 360-bis, n. 1, c.p.c.

1.7. Il settimo mezzo (violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2,7,10,13, All. A del d. lgs n. 18 del 1999 e degli artt. 2, 4, 14, 16 della Direttiva 96/67/CE, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2907 c.c., violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 250 del 1997, violazione e/o falsa applicazione del Reg. CE 2913/92 e reg. attuativo 2454/93, dell'art. 102 TFUE e dell'art. 9 della L. n. 192 del 1998) è inammissibile, fatta eccezione per la denunciata violazione dell'art. 9 della L. n. 192 del 1998, ove il motivo è ammissibile e anche fondato.

1.7.1. Si deve osservare che il vizio di violazione di legge (quanto alla violazione di legge in senso proprio) ricorre in ipotesi di erronea negazione o affermazione dell'esistenza o inesistenza di una norma, nonché di attribuzione ad essa di un significato non appropriato, ovvero (quanto alla falsa applicazione), alternativamente, nella sussunzione della fattispecie concreta entro una norma non pertinente (perché, se rettamente individuata ed interpretata, si riferisce ad altro) o altresì nella deduzione dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, di conseguenze giuridiche che contraddicano la sua pur corretta interpretazione (Cass. n. 18782/2005).

Dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto va tenuta distinta la denuncia dell'erronea ricognizione della fattispecie concreta in funzione delle risultanze di causa, ricognizione che si colloca al di fuori dell'ambito dell'interpretazione e applicazione della norma di

legge. Il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi - violazione di legge in senso proprio a causa dell'erronea ricognizione dell'astratta fattispecie normativa, ovvero erronea applicazione della legge in ragione della carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta - è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (Cass. nn. 195/2016; 26110/2015; 8315/2013, 16698/2010; 7394/2010; S.U. 10313/2006).

Nel caso di specie, la censura (con l'eccezione di cui si dirà tra poco) non si cimenta affatto con il significato e la portata applicativa delle norme richiamate in rubrica, ma consiste nella critica della valutazione del materiale istruttorio svolta dalla corte territoriale nel ritenere che l'attività delle originarie società attrici rientrasse in quelle prese in considerazione dal provvedimento più volte menzionato.

1.7.2. Quanto alla necessità di certificazione dell'ente di vigilanza per lo svolgimento di attività di handling, è sufficiente limitarsi a ribadire che la questione è stata già esaminata nella precedente decisione prima citata: "L'applicazione del corrispettivo regolamentato non è collegata alla certificazione del vettore ma solo alla circostanza obiettiva che l'ufficio sia utilizzato per attività operativa, come accertato in fatto dai Giudici del merito; quali che siano le ragioni per cui ENAC non ha ritenuto necessario certificare NCA (la società nell'occasione attrice: n.d.r.) per le attività da esse svolte, esse non rilevano nel giudizio perché non vi è nessuna norma che subordini l'applicazione del canone corretto, equo e non discriminatorio alla certificazione ENAC per i servizi in questione".

1.7.3. Il motivo coglie, invece, nel segno laddove (lett. D, pagg. 67 e ss.) denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 9 della L. n. 192 del 1998.

La corte d'appello, rigettando l'impugnazione sul punto di S.E.A. S.p.A., ha affermato che "la dipendenza economica discende dal monopolio naturale che il concessionario ha sull'area aeroportuale". Con ciò la corte territoriale ha fissato una sorta di equivalenza in astratto tra posizione dominante sul mercato (sicuramente ravvisabile nel monopolista) e rapporto di dipendenza economica tra imprenditori. Viceversa, l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica sono fenomeni distinti e profondamente eterogenei, sicché l'applicazione del citato art. 9 avrebbe richiesto l'allegazione e l'accertamento dei relativi presupposti di fatto e non essere semplicemente dedotto dalla riscontrata sussistenza dell'abuso di posizione dominante.

1.7.3.1. Alla cassazione, in parte qua, della sentenza impugnata non consegue la necessità della rimessione del processo alla fase di merito, posto che l'accoglimento parziale anche di questo motivo d'appello non richiede ulteriori accertamenti e non ha riflessi sul dispositivo finale.

1.8. Con l'ottavo mezzo S.E.A. S.p.A. afferma che la corte d'appello non avrebbe potuto pronunciare condanna a titolo di responsabilità extracontrattuale, posto che il tribunale aveva accolto la domanda basata sul titolo contrattuale e le originarie attrici non avevano proposto appello incidentale contro l'implicito rigetto della domanda di

condanna al risarcimento del danno a titolo di responsabilità extracontrattuale.

1.8.1. Il motivo è inammissibile, ai sensi dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., perché è errata la premessa secondo cui il tribunale avrebbe implicitamente rigettato la domanda fondata sulla responsabilità aquiliana accogliendo pienamente la domanda sulla base della ritenuta responsabilità contrattuale.

E' stato, infatti, più volte affermato da questa Corte che "L'accoglimento della domanda in base ad una sola delle "causae petendi", fungibilmente poste a fondamento della stessa, non implica, per la parte vittoriosa, l'onere di proporre appello incidentale per far valere le "causae petendi" non esaminate dal giudice di primo grado, né quello di riproporre con espresse deduzioni le ragioni pretermesse, essendo sufficiente che ad esse la parte non rinunci, esplicitamente o implicitamente, manifestando in qualsiasi modo la volontà di provocarne il riesame. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto - in un caso in cui era stata proposta in primo grado domanda di risarcimento danni facendo valere, in via di principalità, la responsabilità contrattuale del convenuto e, in via gradata, la responsabilità aquiliana dello stesso - che la richiesta di integrale conferma della sentenza impugnata non potesse far presumere una rinuncia alla domanda subordinata, per superare la quale occorreva un'espressa riproposizione della domanda)" (Cass. nn. 20172/2014; 24858/2015).

Il motivo di ricorso non si confronta con questa giurisprudenza (citandone altra che, oltre a riferirsi alla diversa fattispecie della riproposizione della domanda nei confronti del terzo chiamato in

garanzia impropria, comunque nega la necessità dell'appello incidentale, ritenendo sufficiente la riproposizione della domanda in appello: Cass. S.U. n. 7700/2016) e quindi non offre elementi per riconsiderare l'orientamento già espresso.

1.9. Con il nono mezzo - che denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 c.c., 14 e 16 della Direttiva 96/67/CE, 10 e 13 del D.Lgs. n. 18 del 1999 - si assume che la sentenza d'appello sarebbe censurabile per avere omesso ogni valutazione circa la sussistenza del profilo soggettivo dell'affermata responsabilità extracontrattuale.

Si tratta di un mezzo palesemente inammissibile, poiché predica l'insussistenza dell'elemento soggettivo necessario per la configurazione di responsabilità aquiliana a partire dalla premessa che gli operatori, per poter svolgere l'attività di handling, dovrebbero dotarsi di una certificazione di idoneità ENAC. Di conseguenza, S.E.A. S.p.A. afferma testualmente che la colpa non sussiste perché essa "si è rigorosamente attenuta al disposto normativo"

La denuncia di violazione di legge non riguarda, dunque, l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 2043 c.c. (non essendo in discussione i presupposti della responsabilità per fatto illecito extracontrattuale), ma ripropone - senza alcuna aggiunta di argomenti - la questione, già trattata, della rilevanza della natura oggettiva dell'attività svolta dalle originarie attrici ai fini del diritto alla tariffa regolamentata e del relativo accertamento del fatto da parte dei giudici di merito. In sostanza, S.E.A. S.p.A., per escludere l'elemento soggettivo del fatto illecito, ripropone, in realtà, la tesi dell'insussistenza dell'antigiuridicità del suo comportamento.

1.10. Infine, il decimo motivo, proposto da S.E.A. S.p.A. "solo per scrupolo", è anch'esso inammissibile, perché di nuovo volto a provocare - sotto l'apparente denuncia di un'assenza di pronuncia e di motivazione, tra l'altro in modo promiscuo e indistinto - un riesame del fatto, con particolare riguardo all'accertamento dell'attività concretamente svolta dalle originarie attrici.

2. Ciò detto per quanto riguarda il ricorso principale, il ricorso incidentale delle originarie attrici deve essere respinto.

2.1. Il primo mezzo è infondato, alla luce del ribadito principio secondo cui grava sulla parte che eccepisce la prescrizione estintiva solamente l'onere di allegare l'inerzia del titolare del diritto dedotto in giudizio e di manifestare la volontà di avvalersene, non anche di tipizzare l'eccezione secondo una delle varie ipotesi previste dalla legge, ossia di specificare a quale tra le prescrizioni, diverse per durata, intenda riferirsi, spettando al giudice stabilire se, in relazione alla domanda che può conoscere nel merito e al diritto applicabile nel caso concreto, la prescrizione sia maturata (Cass. nn. 14576/2007; 15790/2016). È in particolare agevole mutuare l'insegnamento delle Sezioni Unite, formulato in materia di rimesse solutorie, della non necessarietà dell'indicazione del dies a quo del decorso della prescrizione, in ossequio al principio secondo cui l'onere di allegazione gravante su colui che voglia opporre l'eccezione di prescrizione è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, e la dichiarazione di volerne profittare (Cass. S.U. 15895/2019).

Sicché, una volta formulata l'eccezione di prescrizione, spettava al giudice di merito individuare il termine applicabile e stabilire la sua decorrenza, sulla base degli elementi istruttori acquisiti al giudizio.

2.2. Il secondo motivo è palesemente infondato - e, a dire il vero, difficilmente comprensibile - in quanto la corte d'appello, che ha applicato la prescrizione calcolando i cinque anni a ritroso dalla notificazione dell'atto di citazione, non aveva certo bisogno - per farlo - di un'esplicita indicazione, da parte di S.E.A. S.p.A., di un determinato "atto idoneo ad interrompere la prescrizione quinquennale".

2.3. I motivi dal terzo all'ottavo - che sono accomunati dalla funzione di censurare l'applicazione, da parte della corte d'appello, della prescrizione breve quinquennale prevista per la responsabilità extracontrattuale - sono inammissibili.

2.3.1. Sono le stesse originarie attrici a riferire di avere agito nei confronti di S.E.A. S.p.A., sulla base del provvedimento dell'AGCM, lamentando che la società avesse "imposto tariffe ingiustificatamente gravose e discriminatorie, relative alla subconcessione di uffici operativi in aeroporto, per i periodi indicati nei conteggi in atti" (pagina 4 del ricorso incidentale). Pertanto si è trattato di un'azione c.d. follow on fondata sull'accertamento dell'AGCM. Ora, non è dubitabile che siffatto illecito antitrust sia collocato, secondo la giurisprudenza di questa Corte, nel comparto aquiliano, in ragione della lesione dell'interesse "ultraindividuale alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo

negoziale e della legge della domanda e dell'offerta" (Cass. n. 2305/2007). Tale impostazione è stata sempre successivamente seguita e si colloca appunto a fondamento dell'applicazione costante, nella materia, del termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947, comma 1, c.c. (v., da ultimo, Cass. n. 5381/2020).

Il giudice del merito ha quindi deciso in conformità alla giurisprudenza di questa Corte ed il ricorso ora in esame non offre argomenti per ritornare sulla materia, con conseguente inammissibilità ex art. 360-bis, n. 1, c.p.c.

2.3.2. Non può essere rilevante, in senso contrario, la circostanza, più volte e sotto diversi profili evidenziata dalle originarie attrici, che l'illecito antitrust si sia realizzato mediante la conclusione di un contratto con un prezzo illegittimo. È, infatti, proprio questa la fattispecie giudicata anche in altri precedenti giurisprudenziali specifici e, in particolare, nella citata sentenza n. 2305/2007, ove si trattava della stipulazione di polizze assicurative con premi a prezzi maggiorati per effetto di un'intesa anticoncorrenziale tra assicuratori.

2.3.3. Il parziale accoglimento del settimo motivo di ricorso principale assorbe il nono motivo di ricorso incidentale, che evidenziava una contraddizione, nella sentenza impugnata, tra l'accertamento di abuso di dipendenza economica, con conseguente nullità del "patto attraverso il quale si realizzi l'abuso" (art. 9 della L. n. 192 del 1998) e la mancata applicazione del termine di prescrizione decennale previsto per l'azione di ripetizione d'indebito.

2.4. L'undicesimo motivo di ricorso incidentale è inammissibile.

2.4.1. È bene premettere che la già citata Cass. n. 5381/2020, cui si dà qui continuità, ha evidenziato che il decreto legislativo numero 3 del 2017 (con cui si è data "Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea") non è retroattivo laddove stabilisce che il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata e che la prescrizione rimane sospesa durante l'indagine o istruttoria antitrust avviata dall'Autorità Garante in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione risarcitoria e si protrae per un anno dal momento della decisione sulla violazione definitiva o dal momento di chiusura del procedimento in altro modo. La disposizione sopravvenuta non incide quindi su questa decisione.

Ciò detto, il problema dell'individuazione del momento di decorrenza della prescrizione nelle cause di risarcimento antitrust è stato già reiteratamente affrontato da questa Suprema Corte ed è stato affermato che l'exordium praescriptionis, secondo il criterio generale fissato dall'art. 2935 c.c., si ha solo dal momento in cui il titolare del diritto ha la concreta possibilità di esercitarlo, momento da rapportarsi all'esteriorizzazione del danno. Il principio da applicare è il seguente: "In tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, il termine di prescrizione della relativa azione comincia a decorrere dal momento in cui il titolare sia stato adeguatamente informato o si possa pretendere ragionevolmente e secondo l'ordinaria diligenza che

lo sia stato, non solo dell'altrui violazione ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto" (Cass. n. 7677/2020).

2.4.2. Nel caso qui in esame, la corte territoriale - implicitamente aderendo alla valutazione del tribunale in primo grado - ha ritenuto che la possibilità di fare valere il diritto risalisse a data anteriore al quinquennio precedente la notificazione dell'atto di citazione.

Le società originarie attrici propongono la tesi, in fatto, che l'effettiva conoscibilità dell'illecito e la conseguente proponibilità dell'azione si siano verificate solo al momento della decisione dell'ENAC (2.10.2007). Sennonché, la relativa questione - affrontata e risolta negativamente dal tribunale - non è stata discussa in appello (lo si riconosce nello stesso ricorso incidentale), sicché essa anche per questo motivo è inammissibile in sede di legittimità, oltre a doversi ribadire che "L'accertamento, devoluto al giudice del merito, relativo alla decorrenza del termine di prescrizione, è insindacabile in sede di legittimità" (Cass. n. 4269/1974).

2.5. Inammissibile ex art. 360-bis, n. 1, c.p.c. è il dodicesimo motivo, con cui si assume che l'illecito concorrenziale in questione avrebbe natura di illecito permanente. Infatti, si tratta, invece, di un illecito istantaneo ad effetti permanenti, giacché ciò che perdura non è la condotta di illecito, cristallizzatasi nel praticare tariffe eccessive, ma sono soltanto i suoi effetti, che durano nel tempo in relazione alla durata del contratto. Anche questo punto è già stato chiarito da Cass. n. 5381/2020, che qui si richiama.

2.6. Nella memoria illustrativa le originarie attrici invocano un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE perché dica se osti con l'art.

102 TFUE o con l'art. 16 della direttiva 96/67/CE una normativa interna che non attribuisca al soggetto danneggiato dall'illecito anticoncorrenziale azioni contrattuali e che assoggetti il suo diritto al risarcimento del danno alla prescrizione breve quinquennale.

Sennonché, nella stessa memoria si sostiene che la normativa Europea "non esclude" la possibilità, per gli stati membri, di conferire azioni contrattuali a colui che subisce l'abuso e di prevedere termini di prescrizione più lunghi del quinquennio. Ed è evidente che non può sorgere un dubbio di incompatibilità con il diritto Eurounitario di una normativa interna che si limiti a non utilizzare una facoltà concessa dal primo.

3. La sentenza deve essere pertanto cassata, senza rinvio, solo nella parte in cui ha accertato l'abuso di dipendenza economica a carico di S.E.A. S.p.A.

4. La sostanzialmente reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese di lite relative a questo grado di giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte:

rigetta il ricorso proposto da Società per azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A., fatta eccezione per il settimo motivo, che accoglie in parte, come da motivazione, e rigetta il ricorso incidentale;

cassa in parte qua senza rinvio la sentenza impugnata in relazione al motivo parzialmente accolto;

ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle

ricorrenti incidentali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis, dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il 23 novembre 2022.

Depositato in Cancelleria il 28 dicembre 2022