



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati:

UMBERTO L. C. G. SCOTTI	Presidente
MARCO MARULLI	Consigliere
GIULIA IOFRIDA	Consigliere
FRANCESCO TERRUSI	Consigliere-Rel.
MASSIMO FALABELLA	Consigliere

Oggetto:

CONCORRENZA
ANTITRUST -
telefonia - abuso di
posizione
dominante

Ud.12/06/2024 PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 37464/2019 R.G. proposto da:

██████████ SPA IN AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA, FALLIMENTO ██████████
SRL IN LIQUIDAZIONE, elettivamente domiciliati in ROMA, ██████████
presso lo studio dell'avvocato ██████████ che li
rappresenta e difende

-ricorrente-

contro

██████████ SPA, elettivamente domiciliata in ROMA, ██████████
presso lo ██████████ rappresentata
e difesa dagli avvocati ██████████



- controricorrente e ricorrente
incidentale-

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di MILANO n. 3410/2019 depositata il 05/08/2019.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 12/06/2024 dal Consigliere FRANCESCO TERRUSI.

Uditi il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Andrea Postiglione, che ha concluso nel senso dell'inammissibilità del ricorso principale e del ricorso incidentale.

Uditi gli avvocati

Fatti di causa

All'esito di una complessa vicenda processuale con risvolti cautelari e di competenza, l'amministrazione straordinaria di s.p.a. e il Fallimento di s.r.l. in liquidazione hanno riassunto, dinanzi al tribunale di Milano, il giudizio contro s.p.a. diretto a far accertare l'avvenuta realizzazione in proprio danno di condotte costituenti abuso di posizione dominante nei mercati della telefonia fissa e della telefonia mobile, con conseguente risarcimento.

La pretesa è stata avanzata in ragione dell'attività svolta in qualità di "operatori chiamati" nel mercato delle numerazioni non geografiche (breviter NNG) utilizzate per la fornitura agli utenti di servizi cd. a valore aggiunto (VAS): oroscopo, previsioni meteorologiche, televoto e via dicendo. Ed è stata sostenuta dal fatto che le chiamate telefoniche dirette alle NNG provenivano dalla rete telefonica gestita per l'appunto da in qualità di operatore chiamante: quella stessa che, però, era presente anche nel mercato delle NNG in quanto gerente



a sua volta un certo numero di NNG utilizzate per la fornitura del VAS, così da risultare in tale mercato come concorrente di entrambe le attrici.

Secondo la prospettazione, dunque, [REDACTED] – che in qualità di operatore chiamante, prima della modifica del sistema di fatturazione, aveva fatturato e riscosso il corrispettivo nella bolletta telefonica dai propri abbonati anche per la parte relativa al contatto di questi con una NNG, e che di conseguenza aveva trasferito detta parte del riscosso ai gestori della NNG dietro pagamento del servizio – aveva infine sospeso, negli anni tra il 2005 e il 2009, il trasferimento ai gestori (ovvero la riscossione dal cliente), adducendo l'esistenza di frodi. Ma in questo modo, unilateralmente decidendo in relazione a incassi già effettuati, aveva abusato della posizione dominante determinata dal possesso della struttura di rete e dei mezzi tecnici per l'accesso ai dati contabili relativi al traffico telefonico.

L'adito tribunale ha respinto le domande sulla base del preliminare assunto che non fosse contestato che le NNG, oggetto della controversia, fossero raggiungibili indifferentemente sia da utenze fisse, sia da utenze mobili, e che il mercato del prodotto rilevante per la raccolta delle chiamate telefoniche comprendesse anche il settore della telefonia mobile.

Secondo il tribunale era dubbio che in tale secondo settore vi fosse una posizione dominante di [REDACTED] non essendo chiara l'afferente quota di mercato; mentre all'epoca dei fatti doveva ritenersi certo che la stessa non avesse una posizione dominante nel settore delle NNG, a fronte della quota di mercato ben più ampia detenuta da [REDACTED]. Né a fronte dell'ipotizzata esistenza a livello nazionale di più mercati rilevanti (uno per ciascuno dei singoli operatori), poteva accedersi alla tesi delle attrici, avendo la Commissione Europea ritenuto insufficienti le prove atte a individuare uno specifico mercato dell'originazione delle chiamate da rete mobile verso le NNG, separato rispetto all'accesso generale da mobile, ovvero un mercato per ciascuna rete mobile, ovvero ancora un significativo potere di mercato in capo ai singoli operatori telefonici.



Posizione alla quale si era poi adeguata anche l'Agcom, mediante l'affermazione di insussistenza di un tale autonomo mercato e di esistenza, invece, quale mercato rilevante per i servizi di raccolta delle chiamate dirette verso le NNG, del mercato unico relativo a tutte le reti mobili, senza distinzione tra quelle dei singoli operatori.

In ogni caso, sempre secondo il tribunale, le attrici non avevano assolto agli oneri probatori a loro carico in relazione alle pratiche discriminatorie attuate da [REDACTED] mediante la regolare prosecuzione dell'attività di riscossione a proprio favore nei casi di titolarità di NNG e il conseguente spostamento massivo dei centri dei servizi incentivati a collaborare soltanto con lei. Al più avevano provato l'inadempimento di [REDACTED] attuato mediante la sospensione unilaterale dei pagamenti, valutata come tale anche da Agcom ma rilevante solo sul piano dei rapporti contrattuali.

La corte d'appello di Milano ha respinto i gravami delle parti attrici, in sintesi ammettendo che quella di [REDACTED] fosse una posizione dominante nel mercato globale dei ricavi dei gestori telefonici, ma concordando con la valutazione del tribunale in ordine alla deficienza della prova dell'abuso.

Ha invero affermato che nessun accertamento da parte dell'Autorità garante era stato prospettato in relazione a condotte di [REDACTED] in violazione della normativa anticoncorrenziale, e che sarebbe stato onere delle appellanti fornire la prova sia del carattere abusivo delle condotte attribuite a [REDACTED] in quanto frutto della sua posizione dominante nel mercato, sia dei fatti da cui far derivare la sussistenza di un nesso causale tra le condotte, asseritamente abusive, della medesima [REDACTED] e l'uscita di entrambe [REDACTED] dal mercato delle NNG.

Avverso la sentenza d'appello [REDACTED] s.p.a. in amministrazione straordinaria e il Fallimento di [REDACTED] s.r.l. in liquidazione hanno proposto ricorso per cassazione, deducendo quattro motivi.



██████████ s.p.a. (*breviter* ██████████) ha replicato con **controricorso**, nel quale ha proposto cinque motivi di ricorso incidentale tardivo.

Su istanza di parte ricorrente la causa, inizialmente avviata alla trattazione con rito camerale, è stata rimessa in pubblica udienza giusta ordinanza interlocutoria n. 7027 del 2023.

Le parti hanno depositato memorie.

Ragioni della decisione

I. - Le ricorrenti principali denunciano:

- col primo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 102 del TFUE, nonché degli artt. 16 del Regolamento 2003/1-CE, delle Raccomandazioni 2003/311-CE e 2007/879-CE della Commissione Europea, della Comunicazione 97/C732-03 della Commissione medesima, in relazione alla corretta definizione del mercato del prodotto rilevante più appropriato ai fini della liquidazione del danno risarcibile, in conformità alle disposizioni di diritto interno e comunitario: lamentano in vero che la corte d'appello abbia illegittimamente definito un unico mercato del prodotto rilevante costituito dal mercato unificato dei servizi di originazione e raccolta delle chiamate, tanto da rete fissa quanto da rete mobile, in luogo degli autonomi e distinti mercati del prodotto rilevante rappresentati, invece, dai mercati di servizi di originazione e raccolta delle chiamate da rete fissa e da rete mobile;

- col secondo motivo, la violazione o falsa applicazione delle stesse norme in punto di errato assorbimento del primo e del quinto motivo d'appello per effetto della decisione relativa ai motivi secondo e terzo, avendo le istanti dedotto, nei ripetuti motivi primo e quinto, rispettivamente l'omesso esame del profilo della corretta definizione del mercato rilevante da parte del giudice di primo grado e la conseguente violazione dell'art. 267 del TFUE;

- col terzo mezzo, la violazione o falsa applicazione delle citate norme, e dell'art. 2697 cod. civ., in relazione alla corretta definizione del prodotto rilevante ai fini della liquidazione del danno risarcibile, nonché in relazione all'omessa valutazione di circostanze di fatto



decisive per la controversia e all'insufficiente o apparente motivazione:
in particolare la corte d'appello avrebbe – a loro dire - “completamente mancato di identificare le effettive e distinte condotte abusive poste in essere da [REDACTED] e di cogliere i reali effetti escludenti scaturiti dalle medesime nell'effettivo contesto di mercato e temporale di riferimento, e cioè nel contesto di mercato in cui gli stessi hanno avuto rispettivamente luogo ed hanno prodotto i propri effetti in termini di esclusione”; e dunque avrebbe non correttamente inquadrato la fattispecie in esame nell'alveo del mercato rilevante, a fronte del fatto che la documentazione prodotta da esse ricorrenti sarebbe stata da considerare sufficiente a fornire la prova della condotta abusiva escludente di [REDACTED] ai fini della conseguente tutela risarcitoria;

- col quarto motivo, infine, la violazione o falsa applicazione ancora delle citate norme e dell'art. 2697 cod. civ. in relazione alla corretta definizione del prodotto rilevante ai fini della liquidazione del danno, in conformità delle previsioni di diritto interno e comunitario, stante l'omessa valutazione delle risultanze istruttorie relative a circostanze di fatto decisive e l'insufficienza o apparenza della motivazione della sentenza; la quale difatti si sarebbe basata sulla circostanza che la prova dell'abusività della condotta di [REDACTED] era stata sostenuta solo dal riferimento delle attrici alle delibere dell'Autorità garante n. 30/7/CIR e n. 40/9/CIR; quando invece la corretta impostazione della controversia avrebbe dovuto condurre la corte d'appello a correlare il nesso causale e il danno alla giusta definizione del mercato, attesi gli effetti “a cascata” sull'accertamento dell'abuso di posizione in rapporto alla ponderazione degli interessi in gioco.

II. - Il ricorso principale, i cui motivi possono essere esaminati unitariamente per connessione, è inammissibile.

III. - La corte d'appello di Milano, richiamando le prove acquisite, ha esplicitamente ritenuto accertate – in causa – le seguenti circostanze:



(i) la posizione dominante di [REDACTED] nel mercato della raccolta delle chiamate anche dirette alle NNG, tanto nel mercato separato della telefonia fissa, quanto nel mercato unico, comprendente sia la telefonia fissa che la telefonia mobile;

(ii) l'avvenuta sospensione da parte di [REDACTED] di alcuni pagamenti spettanti a [REDACTED] (di ammontare complessivo incerto) per le chiamate provenienti da abbonati [REDACTED] e dirette alle NNG gestite dalle medesime, in violazione delle disposizioni contrattuali intercorrenti tra le parti;

(iii) l'interruzione del rapporto con le due società da parte di alcuni centri servizi fornitori di VAS sulle NNG delle stesse, in conseguenza delle sospensioni, e in alcuni casi la successiva instaurazione di analoghi rapporti con [REDACTED]

Ha però ritenuto non provate le ulteriori decisive circostanze dedotte dalle attrici a fondamento delle domande, e cioè:

(iv) la pretestuosità delle sospensioni di pagamento attuate da [REDACTED] in quanto non giustificate dalla spiegazione allegata di far fronte alla sussistenza di attività fraudolente e invece miranti a estromettere [REDACTED] dal mercato della NNG;

(v) la contrapposta perdurante prassi di regolare corresponsione dei pagamenti spettanti ai centri servizi utilizzatori di NNG attribuite alla stessa [REDACTED]

(vi) la correlazione causale tra l'uscita dal mercato delle NNG di [REDACTED] e la condotta tenuta da [REDACTED] con riguardo ai pagamenti a esse spettanti.

Per questa seconda serie di affermazioni la sentenza d'appello ha confermato la valutazione del tribunale.

IV. - Il primo, il terzo e il quarto motivo si infrangono con tale valutazione nella misura in cui oppongono profili tesi a sostenere che invece la prova si sarebbe dovuta apprezzare in correlazione con la corretta definizione del mercato rilevante.



Nel complesso la critica non può trovare ingresso in quanto finisce per prospettare un sindacato di fatto.

Si discute del risarcimento dei danni che le due società avrebbero subito in conseguenza della condotta abusiva con effetto escludente posta in essere da [REDACTED] tra il 2005 e il 2009 nel mercato dei servizi di raccolta delle chiamate da postazione fissa verso numerazioni non geografiche (NNG), per servizi a sovrapprezzo (cd. servizi a valore aggiunto o VAS), i contenuti dei quali si sostiene venissero elaborati da appositi centri di fornitura, i cd. "centri servizi", decisivi per il successo delle società attive nel settore dei VAS.

La pretesa è stata ancorata al duplice fatto (a) di essere le società sprovviste di una propria infrastruttura di rete, con conseguente necessità di avvalersi della infrastruttura di [REDACTED] dietro pagamento di un corrispettivo e (b) di essere il mercato dei VAS caratterizzato, sul piano economico, da una struttura dei pagamenti cd. "a cascata".

V. - In questa cornice la tesi fin dall'inizio sostenuta dalle società è che [REDACTED] in virtù della posizione dominante assunta sul mercato di accesso (per il fatto (i) di gestire l'attività di riscossione dai propri abbonati di tutti i corrispettivi dovuti per i servizi di raccolta delle chiamate da postazione fissa verso NNG, con successivo riversamento delle somme ai soggetti posti a valle della "cascata", e (ii) di essere oltre che operatore di accesso anche soggetto operatore su tutta la filiera dei servizi, in diretta concorrenza con le ricorrenti), avrebbe abusato della concentrazione di ruolo gestendo i pagamenti a proprio uso e consumo. Al punto da sospendere abusivamente, invero, i pagamenti verso [REDACTED] a far data dal 2005, come accertato sia dall'Agcom, che, in sede cautelare, dalla stessa corte d'appello di Milano, oltre che dal giudice amministrativo.

Il danno sarebbe stato cagionato dall'abuso della posizione dominante di [REDACTED] sul mercato rilevante, giacché le sospensioni, lette in continuità tra loro nei diversi anni, avevano provocato l'uscita delle società dai ripetuti segmenti di mercato.



VI. - Sennonché la decisione d'appello non deflette dai fatti esposti, salvo per quanto concerne la qualificazione dell'accertamento dell'Agcom a monte dei medesimi.

Si risolve in una complessiva affermazione di inidoneità delle prove raccolte in giudizio onde sostenere l'assunto di consequenzialità del carattere abusivo delle sospensioni dei pagamenti, oltre che del danno allegato.

A sua volta la critica delle ricorrenti, a valle della nozione di "mercato rilevante", appare concentrata su un profilo neutro rispetto alla *ratio decidendi*, mentre nel resto si palesa riferibile al versante della valutazione della prova, notoriamente riservato al giudice del merito.

VII. – Deve essere precisato che certamente la definizione del "mercato rilevante" costituisce una operazione preliminare per l'accertamento dell'illecito concorrenziale.

La definizione è resa per applicazione dei principi vigenti nell'Unione europea, che informano le norme nazionali in materia di concorrenza.

Quindi va assunta tenendo conto del grado di sostituibilità della domanda (ed eventualmente dell'offerta) in presenza di beni e servizi intercambiabili dal consumatore in ragione di diversi parametri, secondo i condizionamenti potenzialmente ritraibili in ordine alle abitudini e alle tendenze dei consumatori con riferimento a una determinata area geografica e alle condizioni di concorrenza (cfr. indicativamente Cass. Sez. 1 n. 29237-19).

In questo senso rilevano, oltre alle condizioni di sostituibilità del prodotto o del servizio sul versante della domanda e dell'offerta, anche le cd. pressioni concorrenziali, a fronte, per esempio, della possibilità di interferenza tra i mercati e della struttura stessa del mercato che interessa (v. Cass. Sez. 3 n. 3052-24).

Questa Corte ha recentemente chiarito che l'abuso escludente rientra, così, nell'ambito della fattispecie di abuso della posizione dominante quando, come detto dalla Corte di giustizia con la sentenza



n. 377 del 12-5-2022 (causa C-719/2022), la pratica realizzata da un'impresa in posizione dominante sia idonea a produrre un effetto escludente e sia basata sull'utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza normale, ossia fondata sul merito.

Tali sono quelli per i quali non vi è alcun interesse economico se non quello di eliminare i concorrenti per poter poi trarre profitto dalla situazione di dominio, così da pregiudicare il mantenimento sul mercato di imprese concorrenti in ragione del merito.

In presenza di tali condizioni l'impresa in posizione dominante può sottrarsi al divieto di cui all'art. 102 del TFUE dimostrando che la pratica in questione sia stata obiettivamente giustificata da circostanze a essa esterne, o dall'interesse dei consumatori, e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori (v. Cass. Sez. 1 n. 9-24).

VIII. - Tutto ciò rileva sul piano della premessa maggiore del sillogismo.

Ma non determina conseguenze nella fattispecie concreta, perché la corte d'appello di Milano non si è discostata dai riferiti criteri.

La corte d'appello è giunta ad affermare, motivatamente, che nessun elemento era stato acquisito per sostenere l'assunto di estromissione delle attrici dal mercato di riferimento come conseguenza di un abuso escludente imputabile a [REDACTED] in quanto titolare della posizione dominante.

Essa ha escluso, ancor prima, che fosse stata dimostrata l'effettività di una condotta abusiva per il tramite della pratica comportamentale incentrata sulla sospensione (asseritamente selettiva) dei pagamenti.

Tanto ha fatto in base alla considerazione che il procedimento concluso con la delibera dell'Agcom menzionata dalle attrici era stato aperto in seguito a un'istanza di [REDACTED] a proposito di un semplice inadempimento contrattuale di [REDACTED] fonte di responsabilità per i



conseguenti danni, e non già di un comportamento anticoncorrenziale al fondo della responsabilità extracontrattuale.

Ha aggiunto che l'Agcom a sua volta aveva in effetti accertato che vi era stato un inadempimento parziale di [REDACTED] alle obbligazioni assunte coi contratti in corso tra le parti, senza – di nuovo – individuazione di un comportamento anticoncorrenziale.

In sostanza, la corte d'appello ha stabilito non solo che l'Agcom non aveva accertato la sussistenza di una violazione da parte di [REDACTED] della normativa a tutela della concorrenza, ma anche che una tale questione neppure stata sollevata dalla stessa [REDACTED]

IX. - Simile valutazione risulta svolta in doppia conforme a quella del tribunale.

Anche il tribunale difatti risulta aver ritenuto che la pratica delle sospensioni unilaterali dei pagamenti in danno di [REDACTED] "aveva formato oggetto di una valutazione da parte di Agcom (..) pacificamente riferita al solo piano dei rapporti contrattuali".

X. - L'identificazione degli elementi della condotta come integranti o meno l'abuso è conchiusa nella questione di fatto.

La valutazione negativa al riguardo, motivata in doppia conforme, non è sindacabile in cassazione.

Non lo è neppure nel concreto versante dell'omesso esame di fatti decisivi (art. 360, n. 5, cod. proc. civ.).

Da un lato codesti ipotetici fatti non sono stati specificati dalle ricorrenti secondo l'ottica validata dalle Sezioni Unite a proposito dell'attuale margine di rilevanza del vizio di motivazione (v. Cass. Sez. U n. 8053-14).

Dall'altro la difesa delle ricorrenti ha mancato di considerare che la regiudicanda è soggetta all'art. 348-ter, quarto e quinto comma, cod. proc. civ.

L'appello è stato introdotto in epoca successiva all'11-9-2012 (art. 54, comma 2, del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134



del 2012) e la sentenza di primo grado è stata confermata per intero dal giudice del gravame.

Per quanto detto, ci si trova dinanzi a una "doppia conforme".

Né ciò è avversato secondo la consueta ripartizione degli oneri processuali.

Giova rammentare che per evitare l'inammissibilità del motivo di cui all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., e quindi per ottenere dalla Corte di cassazione un sindacato indiretto sulla ricostruzione della vicenda storica, il ricorrente deve in queste situazioni comunque preventivamente indicare le ragioni di fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse (Cass. Sez. 2, n. 5528-14, Cass. Sez. 1 n. 26774-16, Cass. Sez. L n. 20994-19, Cass. Sez. 3 n. 5947-23).

In prospettiva di autosufficienza nemmeno questo è stato fatto.

Diventa dunque risolutivo il profilo storico della vicenda così come evidenziato dalla sentenza impugnata, contraddistinto dalle menzionate lacune sul versante della prova della natura abusiva della condotta di [REDACTED] siccome paventata (vale a dire alla stregua di condotta escludente), oltre che (ma solo in aggiunta) del nesso di derivazione causale tra tale condotta e l'uscita di [REDACTED] (prima) e della cessionaria [REDACTED] (poi) dal "mercato rilevante".

XI. - La presa d'atto di tale condizione di difetto di prova rende ragione dell'assorbimento di ogni questione ulteriormente dedotta in appello, assorbimento peraltro censurato nel secondo motivo di ricorso sulla base di un medesimo e unico presupposto - la ripetuta diversa nozione di mercato rilevante - da considerare ininfluente nell'economia della valutazione di merito.

XII. - Il ricorso principale è dunque inammissibile, e l'inammissibilità si riflette sull'incidentale tardivo, da dichiarare inefficace ai sensi dell'art. 334 cod. proc. civ. senza necessità di riportare il contenuto delle doglianze con esso sollevate.



XIII. – Le spese, parametrare all'entità della pretesa risarcitoria, seguono la soccombenza.

p.q.m.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso principale e inefficace l'incidentale tardivo; condanna le ricorrenti principali, in solido, al pagamento delle spese processuali, che liquida in 100.200,00 EUR, di cui 200,00 EUR per esborsi, oltre accessori e rimborso forfetario di spese generali nella massima percentuale di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle ricorrenti principali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello relativo al ricorso, se dovuto.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 12 giugno 2024.

Il Presidente

Il Consigliere estensore

