

Civile Ord. Sez. 1 Num. 9474 Anno 2020
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: FALABELLA MASSIMO
Data pubblicazione: 22/05/2020

sul ricorso 18711/2016 proposto da:

Vodafone Italia S.p.a., già Vodafone Omnitel B.V. e Vodafone Omnitel N.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Via Boezio n.14, presso lo studio dell'avvocato Libertini Mario, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Boso Caretta Alessandro, De Nova Giorgio, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

Teleunit S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 284 presso lo studio dell'avvocato Monaco Eutimio, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 2108/2016 della CORTE D'APPELLO di MILANO,

ORD.
781
2020



depositata il 27/05/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/02/2020 dal cons. FALABELLA MASSIMO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale CAPASSO LUCIO che ha concluso per estinzione del ricorso ex art. 390 c.p.c.;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato Libertini Mario che si riporta;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato Monaco Eutimio che si riporta.

LA CORTE OSSERVA

1. — Con atto di citazione notificato l'11 novembre 2008 Teleunit s.p.a. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Milano Vodafone Omnitel s.p.a. per chiedere di accertare e dichiarare che quest'ultima aveva abusato della propria posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE e dell'art. 2598 c.c., per sentire inibita alla convenuta la continuazione o ripetizione delle condotte illegittime e per ottenere la condanna della stessa Vodafone al risarcimento dei danni subiti in ragione delle condotte abusive poste in atto. L'abuso di posizione dominante denunciato consisteva, secondo l'attrice, nell'imposizione di prezzi per il solo servizio di terminazione su rete mobile Vodafone Omnitel che erano maggiori rispetto a quelli applicati da quest'ultima alle proprie divisioni commerciali per il medesimo servizio di terminazione *on-net*. Teleunit assumeva che alcuni dei piani tariffari commercializzati dalla convenuta nel periodo 2000-2005 per il servizio di telefonia fissa e rivolti a clienti aziendali avrebbero previsto l'applicazione al cliente di un prezzo al dettaglio per le chiamate fisso-mobile di tipo *on-net* inferiore alla tariffa all'ingrosso di terminazione fisso-mobile fatto pagare agli operatori concorrenti. Veniva quindi imputata a Vodafone l'attuazione di pratiche tariffarie di compressione dei margini (*margin squeeze*): doglianza che, si deduceva, era stata oggetto di istruttoria da parte dell'AGCM, o Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato: detta Autorità, dopo aver rilevato, nel provvedimento di avvio dell'istruttoria del 23

febbraio 2005, che Vodafone Omnitel, TIM-Telecom e Wind erano operatori in posizione di dominanza congiunta nel mercato dei servizi all'ingrosso di terminazione per le chiamate su rete mobile e in posizione dominante nel mercato dell'offerta dei servizi di terminazione sulla propria rete, stante la titolarità di ciascuna rete in capo a un solo gestore, e dopo aver altresì rimarcato l'insostituibilità dal lato della domanda per i servizi di terminazione su una determinata rete e, in generale, l'assenza di efficaci vincoli al potere di mercato dell'operatore di rete mobile di terminazione, deliberava, con successivo provvedimento del 3 agosto 2007, sanzioni amministrative a carico di Telecom e di Wind, mentre, con riferimento a Vodafone Omnitel il procedimento si concludeva con l'impegno assunto da quest'ultima società ai sensi dell'art. 14 *ter*, comma 1, l. n. 287/1990 e con la successiva delibera del 24 maggio 2007 che rendeva obbligatorio il suddetto impegno. L'autorità garante, pertanto, concludeva il procedimento avviato nei confronti di Vodafone senza accertare le infrazioni contestate e valutando l'assunzione degli impegni volti a scongiurare il perpetuarsi di condotte anticoncorrenziali.

Nel costituirsi in giudizio Vodafone eccepiva proprio l'assenza di un accertamento dell'infrazione contestata; rilevava, poi, che la controparte non aveva indicato con precisione i fatti posti a fondamento della domanda, essendosi la stessa limitata a richiamare le risultanze del procedimento svoltosi innanzi all'AGCM, e deduceva di non aver mai concluso alcun contratto di interconnessione con l'attrice per la fornitura di servizi di terminazione.

Il Tribunale di Milano, con sentenza del 3 ottobre 2013, accertava che Vodafone Omnitel aveva posto in essere condotte di abuso di posizione dominante nei confronti di Teleunit, avendo praticato alla stessa condizioni economiche discriminatorie rispetto a quelle, più vantaggiose, applicate alle proprie divisioni commerciali nel periodo intercorrente tra il 2002 e il 2007 e la condannava al pagamento della somma di euro 284.803,24 oltre interessi legali.

2. — La pronuncia era impugnata da entrambe le parti e il



gravame era definito dalla Corte di appello di Milano con sentenza del 27 maggio 2016. Il giudice dell'impugnazione disattendeva le doglianze di Vodafone circa l'asserita mancanza di valore probatorio degli atti istruttori compiuti dall'AGCM (che avevano preceduto l'assunzione degli impegni ex art. 14 *ter* cit. da parte di detta società e il provvedimento con cui gli stessi erano stati resi obbligatori, ma senza accertamento dell'infrazione); quanto al danno risarcibile, la Corte di merito rilevava che esso consisteva nella differenza dei prezzi di terminazione praticati da Vodafone in relazione alla condotta abusiva dalla stessa tenuta; osservava come la quantificazione del detto pregiudizio patrimoniale dovesse operarsi avendo riguardo al principio di vicinanza della prova, «in tal caso ravvisabile sulla parte che ha commesso l'abuso, e nell'ottica di garanzia di massima effettività della tutela dei diritti del soggetto vittima dell'abuso» e rilevava che la sentenza di primo grado non aveva tenuto conto del conteggio operato dal CTU circa il «maggior costo sopportato da Teleunit confrontato con quello che la stessa avrebbe potuto sostenere nel caso di applicazione dell'offerta riscontrata come applicabile»; rideterminava, pertanto il danno in ragione di euro 1.826.605,74.

3. — Vodafone Italia, già Vodafone Omnitel, ha impugnato per cassazione la sentenza di appello della Corte di Milano facendo valere sette motivi. Teleunit ha notificato controricorso e ha poi depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

Con il primo motivo è denunciata violazione o falsa applicazione dell'art. 2727 c.c. e dell'art. 14 *ter*, l. n. 287/1990. Viene osservato che, in base alla giurisprudenza, costituiscono prova privilegiata gli atti del procedimento in esito al quale l'AGCM ha accertato la sussistenza dell'illecito concorrenziale: nella fattispecie, invece, il procedimento si era chiuso senza accertamento dell'illecito antitrust, ma solo con l'accettazione degli impegni di cui al cit. art. 14 *ter*. È spiegato che gli elementi raccolti dall'Autorità garante avrebbero potuto essere valutati «solo come indizi, bisognosi di ulteriore verifica al fine di raggiungere la prova dell'asserito abuso di posizione dominante».

Col secondo motivo è lamentata la violazione o falsa applicazione, sotto diverso profilo, dell'art. 2727 c.c. e dell'art. 14 *ter*, l. n. 287/1990. Rileva la ricorrente che l'illecito ad essa imputato non potrebbe consistere nell'aver praticato un prezzo di terminazione troppo elevato: nel provvedimento dell'AGCM non era fatta menzione di una tale condotta e, del resto — spiega — il prezzo della terminazione mobile è autorizzato dall'autorità di regolazione. Il fatto produttivo del danno risarcibile, per quanto poteva desumersi dal provvedimento dell'AGCM, consisteva, ad avviso della ricorrente, nell'aver piuttosto rivolto al mercato offerte di fonia aziendale fisso-mobile non replicabili da parte dei concorrenti: in conseguenza, secondo la società istante, il danno concorrenziale subito da Teleunit avrebbe dovuto essere parametrato su tale comportamento, non potendo risolversi in una correzione del prezzo di terminazione.

Il terzo mezzo oppone la violazione o falsa applicazione dell'art. 102 TFUE e dell'art. 3 l. n. 287/1990. La censura ripropone la doglianza di cui al motivo che precede, declinandola in termini di violazione della disciplina sostanziale con cui è vietato l'abuso di posizione dominante. La ricorrente ribadisce che all'illecito ad essa imputato era estranea la pratica di prezzi di terminazione non equi; ciò che poteva rilevare, sul piano della responsabilità antitrust, era la condotta consistente nell'aver Vodafone accordato alle proprie divisioni commerciali condizioni di favore, determinando così uno svantaggio per i propri concorrenti ex art. 102, lett. c) TFUE.

Il quarto motivo lamenta l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, dato dalla «esatta determinazione del danno concorrenziale». Vi si deduce che, una volta correttamente determinato il fatto produttivo del danno risarcibile (quale formulazione di offerte commerciali non replicabili nel mercato *retail*), il danno stesso doveva essere determinato con criteri completamente diversi da quelli utilizzati dal CTU: l'accertamento avrebbe dovuto infatti riguardare il danno concorrenziale derivante dallo sviamento di clientela, dalla perdita di avviamento o di *chance* e nella riduzione dell'utile d'impresa.



Col quinto motivo viene prospettata la violazione o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c.. La corretta individuazione del danno concorrenziale rilevante nella fattispecie rendeva, ad avviso della ricorrente, impropri sia il richiamo operato dalla Corte di appello al principio della vicinanza della prova, sia la conseguente applicazione dei criteri presuntivi presi in considerazione nella sentenza impugnata. Viene rilevato l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte di appello nell'identificare il danno concorrenziale con l'*overcharge* praticato da Vodafone. E' precisato che poiché, di contro, il fatto produttivo del danno era costituito da offerte commerciali non replicabili da parte del concorrente, la circostanza da provare ben avrebbe potuto essere dimostrata dal concorrente interessato. Per un verso, infatti, le offerte commerciali di Vodafone erano note a qualsiasi operatore del mercato, onde Teleunit aveva la piena possibilità di provare il numero, la consistenza e la durata di tali offerte. Per altro verso, la stessa controricorrente era nella condizione di provare i danni occorsi per lo sviamento di clientela, per eventuali costi irrecuperabili, per la perdita di avviamento e di *chance* e per il mancato guadagno dipendente dalla necessità di praticare prezzi *retail* particolarmente bassi, allo scopo di far fronte alla pressione concorrenziale dell'impresa dominante.

Il sesto motivo, svolto in via subordinata rispetto ai precedenti, oppone l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, lamentando l'individuazione erronea del *benchmark* sulla cui base è stato individuato il sopracosto imputato a Vodafone. Rileva la ricorrente che il parametro preso in considerazione dal giudice, sulla base delle risultanze peritali, era costituito da un'offerta commerciale di connessione mobile-mobile, come tale non pertinente al mercato *business* di connessione fisso - mobile, cui si riferiva l'accusa di abuso di posizione dominante.

Col settimo mezzo, pure proposto in via subordinata, viene dedotto l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Viene spiegato che, benché il mercato rilevante individuato nel procedimento dell'AGCM fosse quello del traffico aziendale fisso-mobile, la sentenza impugnata aveva



erroneamente calcolato il danno sull'intero traffico di terminazione pagato da Teleunit a Vodafone, che era comprensivo di quello relativo alla clientela non aziendale.

4. — In prossimità dell'udienza, con atto del 31 gennaio 2010, la ricorrente ha dichiarato di rinunciare al ricorso.

5. — La detta rinuncia importa l'estinzione del giudizio, a mente dell'art. 391 c.p.c., senza necessità di accettazione dell'altra parte: secondo quanto rilevato da questa Corte, tale rinuncia, determinando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, comporta il venir meno dell'interesse a contrastare l'impugnazione, rimanendo, comunque, salva la condanna del rinunciante alle spese del giudizio (così Cass. 26 febbraio 2015, n. 3971).

6. — In assenza della detta accettazione non ricorre la condizione di legge di cui all'art. 391, comma 4, c.p.c., che esclude la condanna alle spese in danno del rinunciante.

A seguito della modificazione introdotta col d.lgs. n. 40/2006, tuttavia, la detta statuizione di condanna non è più necessitata, potendo il giudice discrezionalmente negarla. Compete pertanto alla Corte apprezzare l'esistenza di ragioni, particolarmente meritevoli di apprezzamento, atte a determinare il superamento della regola per cui, in base al principio di causalità, le dette spese dovrebbero far carico alla parte che ha dapprima introdotto il giudizio per cassazione e poi determinato, con la rinuncia, la sua estinzione.

Nella specie, la rinuncia è stata motivata da elementi giustificativi (riferiti all'operatività della controricorrente e all'interesse di Vodafone a coltivare l'impugnazione) di cui la Corte non ha riscontro e che comunque risultano recessivi rispetto all'interesse della parte non rinunciante ad ottenere il rimborso dei costi processuali affrontati per resistere al ricorso: tanto più in considerazione della particolarità e complessità delle questioni prospettate con l'atto di impugnazione e all'impegno che l'approntamento delle difese, quindi, imponeva.

Va conclusivamente resa condanna sul punto; l'ammontare delle spese è liquidato in dispositivo.

La declaratoria di estinzione del giudizio esclude l'applicabilità dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, relativo all'obbligo della parte impugnante non vittoriosa di versare una somma pari al contributo unificato già versato all'atto della proposizione dell'impugnazione (Cass. 12 ottobre 2018, n. 25485).

P.Q.M.

La Corte

dichiara estinto il giudizio; condanna parte ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 9.000,000 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 1^a Sezione Civile, in data 6 febbraio 2020.

Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Fabrizia BARONE



Il Presidente

