

Civile Ord. Sez. 1 Num. 2668 Anno 2023
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: DI MARZIO MAURO
Data pubblicazione: 30/01/2023



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 6461/2019 R.G. proposto da:
SEA SPA, elettivamente domiciliato in ROMA VIA MAZZINI 96,
presso lo studio dell'avvocato ROSSI MARINA
(RSSMRN63M66H501S) rappresentato e difeso dall'avvocato
FUMAGALLI ALBERTO (FMGLRT58D03F205G)

-ricorrente-

BATTAGLINO SBC SRL, SCHENKER ITALIANA SPA, elettivamente
domiciliati in ROMA CORSO VITTORIO EMANUELE II, 187, presso
lo studio dell'avvocato GIORDANO MASSIMO
(GRDMSM63P26F158M) che li rappresenta e difende

-ricorrente-

contro

SEA SPA, elettivamente domiciliato in ROMA VIA MAZZINI, 96, presso lo studio dell'avvocato ROSSI MARINA (null) rappresentato e difeso dall'avvocato FUMAGALLI ALBERTO (FMGLRT58D03F205G)

-controricorrente-

nonché contro

BATTAGLINO SBC SRL, SCHENKER ITALIANA SPA, elettivamente domiciliati in ROMA CORSO VITTORIO EMANUELE II, 187, presso lo studio dell'avvocato GIORDANO MASSIMO (GRDMSM63P26F158M) che li rappresenta e difende

-controricorrenti-

avverso SENTENZA di CORTE D'APPELLO MILANO n. 3450/2018 depositata il 17/07/2018.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 09/01/2023 dal Consigliere MAURO DI MARZIO.

RILEVATO CHE

1. — S.E.A. Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. ricorre per dieci mezzi, nei confronti di Battaglino SBC S.r.l. e Shenker Italiana S.p.A., contro la sentenza del 17 luglio 2018, con cui la Corte d'appello di Milano, per quanto rileva, ha condannato essa ricorrente al pagamento, in favore di Battaglino SBC S.r.l. e Shenker Italiana S.p.A., rispettivamente di € 125.604,60 ed € 109.637,58, quali somme indebitamente corrisposte per la subconcessione di spazi ad uso ufficio all'interno delle aerostazioni di Malpensa e Linate.

2. — Battaglino SBC S.r.l. e Shenker Italiana S.p.A. resistono con controricorso e spiegano ricorso incidentale per tredici mezzi.

3. — Le parti hanno depositato memorie.

CONSIDERATO CHE

4. — La ricorrente così riassume i propri motivi.

Primo motivo: difetto di giurisdizione del giudice ordinario (art. 360 comma 1, n.1., c.p.c.). Si è andato recentemente consolidando un orientamento giurisprudenziale che devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti le controversie, anche in materia antitrust riguardanti i corrispettivi regolamentati applicati dal gestore aeroportuale.

Secondo motivo: Nullità della sentenza per violazione degli artt. 132 e 116 c.p.c. in relazione all'utilizzabilità del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale prova privilegiata nel giudizio (art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c.). La Corte d'Appello ha illegittimamente esteso il rafforzato valore probatorio che la giurisprudenza ha negli anni attribuito alle decisioni dell'Autorità al di là delle ipotesi per le quali la medesima giurisprudenza, e la ratio ad essa sottostante, ha creato la figura della «prova privilegiata» altrimenti assente, sino al recente D. Lgs. 3/2017, nella normativa. La violazione del combinato disposto degli artt. 132 c.p.c. e 116 c.p.c., derivante dall'utilizzo del provvedimento dell'AGCM quale prova privilegiata nel giudizio e pilastro su cui si fonda la decisione impugnata, rende la sentenza nulla determinando a cascata molteplici conseguenze all'interno della medesima decisione impugnata.

Terzo motivo: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c. 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 (denegata) condotta anticoncorrenziale di SEA che, diversamente, sarebbe stato onere delle controparti provare. Ciò, per altro verso,

ha comportato un'indebita inversione dell' onere della prova a carico di SEA.

Quarto motivo: Nullità della sentenza per violazione degli artt. 132 c.p.c., 118 disp. att. e 111 Cost. per motivazione apparente, intrinsecamente contraddittoria e manifestamente illogica (art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c.) Nel giudizio di appello SEA ha dedotto plurime ragioni di diritto e di fatto a fondamento della richiesta di riforma della sentenza di primo grado in relazione al profilo della affermata non indispensabilità 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 18/99. La Corte d'appello ha assunto sul punto una motivazione solo apparente, intrinsecamente contraddittoria e manifestamente illogica.

Quinto motivo: Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 7, 10, 13, All. A del D. Lgs 18/99 e degli artt. 2, 4, 16 della Direttiva CE 96/67, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2907 c.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 12 e 14 Disposizione sulla legge in generale, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 D.Lgs. 250/1997, violazione e/o falsa applicazione del Reg. CE 2913/92 e reg. attuativo 2454/93, violazione e/o falsa applicazione dell' art. 102 TFUE, dell'art 9 L. 192/98 e dell'art. 2597 c.c.in relazione all'art. 360 c. 1 n. 3 cpc. La Corte d'Appello ha violato la normativa nazionale e comunitaria sull'*handling* ritenendola applicabile, con un'inammissibile interpretazione analogica, alle controparti che sono prive dei requisiti necessari, e che non svolgono attività di assistenza a terra, attribuendo alle stesse il diritto di vedersi applicati. Inoltre, la Corte d'Appello, nel ricondurre le attività svolte dalle controparti all'interno della predetta corrispettivi regolamentati per l'uso degli uffici previsti dalle medesime norme. normativa, ha esercitato un potere discrezionale amministrativo che compete esclusivamente ad ENAC. La Corte per effetto dei plurimi errori e violazioni descritti nel presente e nei

precedenti motivi ha violato ed erroneamente applicato molteplici norme.

Sesto motivo: Nullità della sentenza per violazione degli artt. 112 e 115 c.p.c. ai sensi dell'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c. La decisione della Corte d'Appello non solo è illegittima e errata per le ragioni esposte nei precedenti motivi di ricorso ma è anche frutto di un evidente e grave errore di percezione ai sensi degli artt. 112 e 115 c.p.c., circa le eccezioni svolte da SEA in relazione alla possibilità di qualificare le controparti esclusivamente come doganalisti e, poi, sulla possibilità di inquadrare la loro attività all'interno del D.Lgs 18/99 con conseguente nullità della sentenza.

Settimo motivo: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 102 TFUE, dell'art. 2729 c.c., dell'art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c. Il Giudice di secondo grado ha illegittimamente ed erroneamente affermato che le controparti sarebbero degli *handlers* (o comunque assimilabili agli *handlers*) e, poi, sulla base di quel falso presupposto, unitamente alla errata considerazione che le controparti svolgono esclusivamente, in quanto spedizionieri doganali o doganalisti, una serie di compiti che necessiterebbero dell'utilizzo di uffici all'interno dell'aeroporto, ha affermato che le stesse avrebbero diritto all'applicazione per tutto il periodo oggetto di causa del corrispettivo indicato da ENAC. La decisione della Corte di merito circa la sussistenza di una condotta anticoncorrenziale di SEA non è sorretta da alcuna prova, che avrebbe dovuto essere fornita dalle controparti, bensì solo da una presunzione, che in realtà è una illazione.

Ottavo motivo: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 343, 346 e 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c. La Corte d'Appello pur avendo correttamente ritenuto censurabile la decisione del tribunale di stabilire la nullità delle clausole contrattuali tra le parti e l'inserzione automatica dei corrispettivi previsti dalla nota ENAC del 2007, nel riqualificare la fattispecie

quale responsabilità extracontrattuale ha violato il principio tra il chiesto e pronunciato ai sensi dell'art. 112 c.p.c..

Nono motivo: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., degli artt. 14 e 16 della Direttiva 96/67/CE, degli artt 10 e 13 D. Lgs. 18/1999 in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 cpc La Corte d'Appello ha addebitato a SEA una responsabilità extracontrattuale senza indagare l'esistenza dell'elemento soggetto del dolo o della colpa richiesto dall'art. 2043 c.c. Nel caso che ci occupa il dolo non è mai stato affermato e la colpa è esclusa dal fatto che SEA si è limitata a dare applicazione a quanto previsto dalla Direttiva 96/67/Ce e dal D. Lgs. 18/99, come anche costantemente interpretate da ENAC.

Decimo motivo: Nullità della sentenza per violazione degli artt. 132 c.p.c., 118 disp. att. e 111 Cost. per omessa motivazione ai sensi dell'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c. La Corte d'Appello, ha affermato la responsabilità extracontrattuale di SEA e ha ridotto per effetto dell' applicazione del termine quinquennale di prescrizione gli importi oggetto di condanna. Nell'assumere questa decisione il Giudice di secondo grado ha di fatto utilizzato, senza farne neppure menzione, quale criterio per determinare il risarcimento del danno l'importo di euro 250,00 mq/anno indicato da ENAC nelle proprie note del 2.10.2007 e 2.7.2008 anche per il periodo anteriore alla loro emissione. La Corte d'Appello ha assunto questa decisione senza dare conto e valutare le molteplici doglianze svolte sul punto da SEA con conseguente difetto di omessa motivazione

5. — Il ricorso incidentale contiene i seguenti motivi:

- i)* violazione degli articoli 359 289 c.p.c., dell'articolo 112 c.p.c. per vizio di ultrapetizione, violazione dell'articolo 342 c.p.c.;
- ii)* difetto di interesse ad agire, violazione dell'articolo 100 c.p.c.;
- iii)* violazione degli articoli 1339, 1374, 1418, 1419, comma 2, 2597 c.c., 16 della direttiva 96/66/CE, 102 TFUE;

- iv) violazione degli articoli 1418, 1419, comma 2, 2033, 2946 c.c., in relazione agli articoli 16 della direttiva 96/67/CE e 102 TFUE nonché in relazione alla pronuncia della Corte di giustizia della sentenza del 5 luglio 2007 in causa C-181/06, omissione di pronuncia in violazione dell'articolo 112 c.p.c.;
- v) violazione degli articoli 1339, 1374, 1418, 1419, comma 2, 2033, 2597, 2946 c.c., 16 della direttiva 96/67/CE, 9 della legge numero 192 del 1998 e 102 TFUE;
- vi) violazione dell'articolo 2043 c.c., 16 della direttiva 96/67/CE, 9 della legge numero 192 del 1998 e 102 TFUE;
- vii) violazione degli articoli 1175, 1374, 2946 c.c., anche in relazione agli articoli 16 della direttiva 96/67/CE e 102 TFUE;
- viii) violazione dell'articolo 112 c.p.c. e degli articoli 1175, 1374, 1375, 2946 c.c., anche in relazione agli articoli 16 della direttiva 96/67/CE e 102 TFUE, omissione di pronuncia;
- ix) violazione degli articoli 9 della legge numero 192 del 1998, 2033, 2946 c.c., 16 della direttiva 96/67/CE;
- x) violazione dell'articolo 112 c.p.c. e degli articoli 9 della legge numero 192 del 1998, 2033, 2946 c.c., 16 della direttiva 96/67/CE, omissione di pronuncia;
- xi) violazione sotto un diverso profilo degli articoli 1175, 1337, 1374, 1375 2946 c.c. in relazione agli articoli 16 della direttiva 96/67/CE e 102 TFUE;
- xii) violazione degli articoli 2935 e 2947 c.c.;
- xiii) violazione degli articoli 2947 e 2935 c.c. sotto altro profilo.

RITENUTO CHE

6. — Il ricorso principale è inammissibile.

6.1. — È inammissibile il primo mezzo, in recepimento del *dictum* di Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2022, numero 1599, pronunciata su identica censura in parallelo ricorso per cassazione proposto da

Esercizi Aeroportuali S.E.A. S.p.a. nei confronti di altre società che avevano proposto analoga domanda.

6.2. — È inammissibile il secondo mezzo.

Occorre fare applicazione dello scontato principio secondo cui la riformulazione dell'articolo 360, comma 1, n. 5, c.p.c., disposta dall'articolo 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, è stata interpretata da questa Corte, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle 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 «*mancaza 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., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053).

Nel caso in esame, nello svolgimento della motivazione 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. 5 luglio 2019, n. 18176; Cass. 22 settembre 2011, n. 19262; Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640; la stessa elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale è ribadita ad altro riguardo da Cass. 22 maggio 2019, n. 13846; v.

pure Cass. 31 agosto 2021, n. 23655), tanto più che il giudice di merito ha ritenuto, con accertamento sottratto al controllo di questa Corte, che le società appellate, alla luce dell'istruttoria esperita in primo grado, svolgessero effettivamente attività di *handling*.

Per il resto, è agevole rammentare che una censura relativa alla violazione e falsa applicazione dell'articolo 116 c.p.c. non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma solo se si allegghi 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. 1° marzo 2022, n. 6774 tra le tantissime): 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.

6.3. — Il terzo mezzo è inammissibile.

Non ha bisogno di essere rammentato, in generale, che la violazione del precetto di cui all'articolo 2697 c.c. si configura soltanto nell'ipotesi che il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne è gravata secondo le regole dettate da quella norma, 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 n. 5 c.p.c. (Cass. 17 giugno 2013, n. 15107; Cass. 5 settembre 2006, n. 19064; Cass. 14 febbraio 2000, n. 2155; Cass. 2 dicembre 1993, n. 11949).

A ciò occorre aggiungere che, nel caso considerato, non ha in realtà alcun senso discorrere di violazione dell'articolo 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, fonda la propria statuizione sul materiale istruttorio acquisito al giudizio: il che è in questo caso accaduto.

6.4. — Il quarto mezzo ripropone ulteriormente la denuncia di violazione dell'articolo 132 c.p.c. in relazione alla qualificazione dell'attività svolta dalle controparti, ossia alla sua riconducibilità a quella di *handling* disciplinata dal decreto legislativo numero 18 del 1999, cui si ricollegerebbe la necessità di una certificazione per lo svolgimento di attività di assistenza a terra.

È in proposito 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. 5 luglio 2019, n. 18176).

Il mezzo è perciò inammissibile ex art. 360 *bis* c.p.c..

6.5. — Il quinto mezzo è inammissibile.

Vale difatti 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, rettamente individuata ed interpretata, si riferisce ad altro, od altresì nella deduzione dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, di conseguenze giuridiche che contraddicano la sua pur corretta interpretazione (Cass. 26 settembre 2005, n. 18782).

Dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto va difatti tenuta nettamente 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. 11 gennaio 2016, n. 195; Cass. 30 dicembre 2015, n. 26110; Cass. 4 aprile 2013, n.8315; Cass. 16 luglio 2010, n. 16698; Cass. 26 marzo 2010, n. 7394; Cass., Sez. Un., 5 maggio 2006, n. 10313).

Nel caso di specie, la censura 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.

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» (Cass. 5 luglio 2019, n. 18176).

6.6. — Il sesto mezzo è inammissibile.

Il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato comporta il divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda di merito: in giurisprudenza è stato in tal senso più volte affermato che il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato deve ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri alcuno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione, attribuendo o negando ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente, nella domanda, ovvero, pur mantenendosi nell'ambito del *petitum*, rilevi d'ufficio un'eccezione in senso stretto che, essendo diretta ad impugnare il diritto fatto valere in giudizio dall'attore, può essere sollevata soltanto dall'interessato, oppure ponga a fondamento della decisione fatti e situazioni estranei alla materia del contendere, introducendo nel processo un titolo (*causa petendi*) nuovo e diverso da quello enunciato dalla parte a sostegno della domanda (Cass. 19 giugno 2004, n. 11455; Cass. 6 ottobre 2005, n. 19475; Cass. 11 gennaio 2011, n. 455; Cass. 24 settembre 2015, n. 18868): nel caso in esame, viceversa, il giudice ha deciso rimanendo ben all'interno delle domande ed eccezioni proposte, accogliendo sia, per la parte non prescritta, l'originaria domanda attrice, sia l'eccezione di prescrizione proposta dall'odierna ricorrente.

Quanto alla denunciata violazione dell'articolo 115 c.p.c., è facile rammentare che, per dedurre la violazione dell'articolo 115 c.p.c., occorre denunciare che il giudice, in contraddizione espressa o implicita con la prescrizione della norma, abbia posto a fondamento della decisione prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli, salvo il dovere di considerare i fatti non contestati e la possibilità di ricorrere al notorio (tra le tante Cass., Sez. Un., 30 settembre 2020, n. 20867), il che non ha nulla a che vedere con la censura in esame, con il quale non è neppure dedotto che il giudice abbia deciso sulla base di prove non richieste dalle parti.

6.7. — Il settimo motivo è inammissibile.

Della violazione dell'articolo 2697 c.c. si è già detto al § 6.3.. Nella specie nessun ribaltamento dell'onere probatorio è denunciato, ma solo un asseritamente errato governo del materiale probatorio.

Quanto alla violazione dell'articolo 2729 c.c., va fatta applicazione del principio secondo cui, in tema di prova presuntiva, è incensurabile in sede di legittimità l'apprezzamento del giudice del merito circa la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge per valorizzare elementi di fatto come fonti di presunzione, rimanendo il sindacato del giudice di legittimità circoscritto alla verifica della tenuta della relativa motivazione (Cass. 17 gennaio 2019, n. 1234). Quanto alla dedotta violazione di legge è sufficiente richiamare quanto osservato al § 6.5.

6.8. — L'ottavo mezzo è inammissibile in applicazione dei principi richiamati, con riguardo all'articolo 112 c.p.c., nel § 6.6.: anche in questo caso il giudice di merito non ha fatto altro che decidere sull'originaria domanda attrice nei limiti in cui l'ha ritenuta fondata.

6.9. — Il nono mezzo è inammissibile.

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: la denuncia di violazione di legge, dunque, passa per la rimessa in discussione del fatto, ed è per questo inammissibile in ossequio ai principi richiamati nell'esame del sesto motivo.

6.10. — Il decimo mezzo è inammissibile. Si tratta di una censura di inesistente motivazione che non si cimenta con la motivazione adottata dalla Corte d'appello, la quale, dopo aver ritenuto la sussistenza di una condotta di abuso di posizione dominante, ha affermato, con motivazione eccedente la soglia del minimo, come tale sottratta al controllo di questa Corte, che il pregiudizio patito dalle società originarie attrici potesse essere rapportato al differenziale tra quanto da loro pagato per gli spazi ad essi subconcessi rispetto al corrispettivo ritenuto congruo dall'ENAC.

7. — Il ricorso incidentale è infondato.

7.1. — Il primo mezzo è infondato.

Si lamenta in buona sostanza che la Corte d'appello avrebbe applicato la prescrizione quinquennale quantunque non tempestivamente eccepita dall'interessata.

Ma è cosa nota che l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte, come nella specie, ne abbia allegato il fatto costitutivo, ossia l'inerzia del titolare, senza che rilevi l'individuazione del termine applicabile, ovvero del momento iniziale o finale di esso, trattandosi di questione di diritto sulla

quale il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte (Cass. 27 ottobre 2021, n. 30303, tra le tante).

7.2. — Il secondo mezzo è inammissibile.

Si attribuisce alla Corte d'appello di aver ignorato l'eccezione delle allora appellate, secondo cui S.E.A. Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. non aveva interesse al motivo d'appello relativo all'interruzione della prescrizione: ma si tratta di questione che non ha inciso sulla decisione adottata e che dunque le ricorrenti incidentali — esse sì — non hanno interesse a far valere.

7.3. — I motivi dal terzo all'undicesimo, tutti volti a sostenere che la Corte d'appello avrebbe dovuto applicare il termine di prescrizione decennale e non quinquennale sono inammissibili ai sensi dell'articolo 360 *bis*, numero 1, c.p.c..

La questione è stata ormai esaminata e conformemente decisa numerose volte con l'affermazione secondo cui il diritto fatto valere è sottoposto a prescrizione quinquennale (tra le altre Sez. 1, Ordinanza n. 37951 del 2022; Sez. 1, Ordinanza n. 37950 del 2022; Sez. 1, Ordinanza n. 37943 del 2022; sez. 1, Ordinanza n. 37295 del 2022).

I motivi proposti non offrono argomenti tali da indurre un ripensamento, e, come si premetteva, sono pertanto inammissibili ai sensi dell'articolo 360 *bis*, numero 1, c.p.c..

7.4. — Il dodicesimo motivo è inammissibile.

Premesso che questa Corte ha già stabilito che, in tema di illecito anticoncorrenziale, il *dies a quo* dal quale inizia a decorrere la prescrizione dell'azione di risarcimento del danno causato dalla violazione della normativa *antitrust* non necessariamente coincide con la data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM (Cass. 19 ottobre 2022, n. 30783), occorre dire che il

tema dell'individuazione del momento di decorrenza della prescrizione nelle cause di risarcimento *antitrust* è stato già reiteratamente affrontato da questa 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 (Cass. n. 7677/2020).

Nel caso qui in esame, la Corte territoriale si è limitata ad osservare che la domanda era stata proposta il 28 giugno 2012 e che, dunque, doveva essere considerato prescritto tutto quanto pagato prima del 28 giugno 2007, con ciò evidentemente mantenendo ferma l'affermazione del primo giudice in ordine al momento di decorso della prescrizione, ossia dalla segnalazione dell'IBAR da cui era scaturita la menzionata delibera AGCM: a fronte di ciò il ricorso omette del tutto di indicare quali elementi istruttori avrebbero dovuto essere considerati al fine di affermare che l'esordio della prescrizione dovesse essere collocato in un momento successivo a tale data, limitandosi a ricordare il dato, come si è visto di per sé irrilevante alla luce della giurisprudenza di questa Corte, che il provvedimento ENAC che aveva individuato il corrispettivo non discriminatorio risalisse al 2 ottobre 2007.

7.5. — Inammissibile ex art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. è infine l'ultimo motivo, con cui si assume che l'illecito concorrenziale in questione avrebbe natura di illecito permanente. 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.

8. — Nella memoria illustrativa Battaglini SBC S.r.l. e Shenker Italiana S.p.A. hanno chiesto disporsi rinvio pregiudiziale al fine di sentir dire alla Corte di Giustizia UE «se l'art. 102 TFUE osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto della presente causa, secondo la quale, nel caso in cui l'abuso sia consumato tra le parti di un rapporto contrattuale, mediante la imposizione dalla impresa dominante di un corrispettivo non equo ed ingiustificatamente gravoso, l'effetto utile della detta disposizione sia esterno al contratto, escludendo che dalla stessa discendano diritti ed obblighi nei rapporti diretti tra le parti, con la conseguenza che dalla violazione del divieto possa solo derivare, secondo il diritto interno, una responsabilità extra-contrattuale, con esclusione della responsabilità contrattuale. Dica la Corte se l'art. 102 TFUE, al fine di garantire il suo effetto utile e la massima efficacia del diritto della Unione, debba essere interpretato nel senso che il divieto di abuso di posizione dominante imponga alla impresa dominante anche di non abusare di detta posizione all'interno della relazione contrattuale con l'impresa che subisce l'abuso. Dica la Corte se l'art. 102 TFUE, al fine di garantire il suo effetto utile e la massima efficacia del diritto della Unione, debba essere interpretato nel senso che, nel momento in cui l'abuso di posizione dominante si concretizza nella imposizione di clausole contrattuali, che integrano una o più fattispecie di abuso, dia alla parte, che subisce il detto abuso per il tramite di dette clausole, il diritto di agire contro l'impresa che commette l'abuso anche con una azione di natura contrattuale. Dica la Corte se l'art. 102 TFUE, al fine di garantire il suo effetto utile e la massima efficacia del diritto della Unione, debba essere interpretato nel senso che la speciale responsabilità che grava, per pacifica giurisprudenza, sulla impresa in posizione dominante, ponga in capo alla detta impresa obblighi di protezione di correttezza e di buona fede diretti nei confronti delle sue controparti contrattuali che hanno diritto al rispetto di tali obblighi.

Dica la Corte se l'art. 102 TFUE, al fine di garantire il suo effetto utile e la massima efficacia del diritto della Unione, debba essere interpretato nel senso, che a seguito della nullità della clausola impositiva di un prezzo ritenuto abusivo ed ingiustificatamente gravoso, la parte che ha subito l'abuso può esercitare una azione restitutoria per quanto pagato in eccesso in relazione al corrispettivo corretto calcolato dallo stesso Giudice sulla base delle evidenze fornite dalle parti o dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, qualora si tratti di una azione follow on, e/o dall'Ente Nazionale Aviazione Civile, qualora abbia verificato detti corrispettivi nell'ambito della sua attività di vigilanza».

9. — In premessa, ed in generale, occorre dire che, a fronte della richiesta di rinvio pregiudiziale, il giudice non è ineluttabilmente tenuto a darvi corso. Difatti: «L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità laddove la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio. L'esistenza di una siffatta eventualità deve essere valutata in base alle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, alle difficoltà particolari relative alla sua interpretazione e al rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione europea. Tale giudice nazionale non è tenuto a dimostrare in maniera circostanziata che gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte adotterebbero la medesima interpretazione, ma deve aver maturato la convinzione, sulla base di una valutazione che tenga conto dei citati elementi, che la stessa evidenza si imponga anche agli altri giudici nazionali in parola e alla Corte» (CGUE 15 dicembre 2022, causa C-144/22).

9.1. — Al riguardo, questa Corte, in situazione sovrapponibile, ha già denegato il chiesto rinvio pregiudiziale, osservando, in breve, che l'articolo 102 TFUE nulla dispone in proposito, sicché non può sorgere alcun dubbio di incompatibilità della normativa interna rispetto a quella eurounitaria (Cass. n. 37950/2022; Cass. n. 37943/2022).

9.2 — In effetti, l'articolo 102 TFUE stabilisce che: *«È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».*

9.3. — Dalla norma, dunque, non si desume affatto, neppure per implicito, né che la responsabilità da illecito *antitrust* debba essere qualificata come responsabilità (eventualmente anche) contrattuale, né tantomeno che la prescrizione debba essere quella ordinaria decennale, tant'è che, come pure è stato osservato in dottrina, i diversi ordinamenti giuridici nazionali, ai quali oggi è affidata in via esclusiva — salvo quanto si dirà — la disciplina della

prescrizione, hanno affrontato questo tema con un approccio diverso, non sempre coerente, basato su di una differente scala di valori degli interessi che vi sono coinvolti.

9.4. — Dopodiché l'attenzione del legislatore europeo si è focalizzata, in un orizzonte di effettività della normativa *antitrust*, non tanto sulla misura del termine di prescrizione applicabile, e tantomeno su una ipotetica incompatibilità con la disciplina eurounitaria del termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno — durata, evidentemente, nient'affatto esigua o addirittura giugulatoria —, bensì su un tema distinto, quale quello dell'individuazione del termine *a quo* del corso della prescrizione.

9.5. — A partire dalla sentenza *Courage* (Corte di giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*) è stato quindi chiarito che, in assenza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi tesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, con la precisazione che le modalità scelte dal legislatore nazionale non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna. Sulla scia, la sentenza *Manfredi* (Corte di giustizia, 13 luglio 2006, Manfredi, cause C-295/04 a C-298/04) ha ribadito, al § 81, che: «*in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica concordata vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività*».

9.6. — Di qui, la 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, articolo 10, ha così disposto: *«Termini di prescrizione 1. Gli Stati membri stabiliscono, conformemente al presente articolo, norme riguardanti i termini di prescrizione per intentare azioni per il risarcimento del danno. Tali norme determinano quando inizia a decorrere il termine di prescrizione, la durata del termine e le circostanze nelle quali il termine è interrotto o sospeso. 2. Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione. 3. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile alle azioni per il risarcimento del danno sia almeno di cinque anni. 4. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione sia sospeso o, a seconda del diritto nazionale, interrotto se un'autorità garante della concorrenza interviene a fini di indagine o di istruttoria avviata in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il risarcimento del danno. La sospensione non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo».*

9.7. — Ergo, la direttiva (pur non applicabile al caso di specie *quoad tempus*: CGUE 22 giugno 2022, Causa C-267/20, ha chiarito che l'articolo 10 citato deve essere interpretato come una

disposizione sostanziale e non procedurale, il che esclude un'applicazione retroattiva delle disposizioni nazionali che recepiscono detto articolo), oltre a confermare espressamente che la prescrizione ben possa essere quinquennale, si sofferma essenzialmente sulla conoscibilità dell'*exordium praescriptionis*, impregiudicata la facoltà degli Stati membri di regolare autonomamente la materia entro la cornice dettata dalla direttiva, dalla quale è poi scaturito l'articolo 8 del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, decreto legislativo il quale — varrà aggiungere — detta all'articolo 14, in tema di quantificazione del danno risarcibile, una disposizione che ricalca in buona sostanza l'articolo 2056 c.c., confermando ulteriormente ed inequivocabilmente la natura extracontrattuale della responsabilità da illecito *antitrust* (altrimenti non avrebbe senso il rinvio ai soli articoli 1223, 1226 e 1227 c.c.), in conformità ad una consolidata giurisprudenza di questa Corte avviata in seguito alla sentenza *Manfredi*. In proposito CGUE 22 giugno 2022, Causa C-267/20, già citata, si è nuovamente soffermata non sulla durata del termine di prescrizione, ma sulla sua decorrenza.

9.8. — Ovvio, in questo quadro, che si sia al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 267 del TFUE, che attribuisce alla CGUE la competenza a pronunciarsi, in seguito a richiesta di un organo giurisdizionale di uno stato membro, «sull'interpretazione dei trattati» e «sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione», e ciò esclude che possa darsi corso al chiesto rinvio pregiudiziale, dacché «sebbene le questioni pregiudiziali riguardanti il diritto dell'Unione godano di una presunzione di rilevanza (sentenza del 28 luglio 2011, *Lidl & Companhia*, C-106/10, punto 25 nonché la giurisprudenza ivi citata), va sottolineato che, per giurisprudenza costante, la ratio del rinvio pregiudiziale non consiste

nell'esprimere pareri consultivi su questioni generiche o ipotetiche, ma risponde all'esigenza di dirimere concretamente una controversia (sentenza del 20 gennaio 2005, García Blanco, C-225/02, punto 28 e giurisprudenza ivi citata)» (CGUE, sentenza del 28 marzo 2017, Rosneft, C-72/15, punto 194).

10. — Spese compensate atteso l'esito della lite. Sussistono i presupposti processuali a carico sia della ricorrente principale che delle ricorrenti incidentali per il raddoppio del contributo unificato se dovuto.

PER QUESTI MOTIVI

dichiara inammissibile il ricorso principale e rigetta l'incidentale; spese compensate; dichiara, ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 *quater*, che sussistono i presupposti per il versamento, a carico della parte ricorrente principale ed incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso articolo 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, il 9 gennaio 2023.