Numero registro generale 23703/2021
Numero sezionale 1988/2023
Numero di raccolta generale 22713/2023
Data pubblicazione 26/07/2023

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

LUIGI ALESSANDRO SCARANO	Presidente
PASQUALE GIANNITI	Consigliere
CRISTIANO VALLE	Consigliere
ANTONELLA PELLECCHIA	Consigliere
PAOLO PORRECA	Consigliere-Rel.

Oggetto:

CONTRATTI
Ud.25/05/2023 CC

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 23703/2021 R.G. proposto da:

STARTEL INTERNATIONAL S.R.L., elettivamente domiciliata in ROMA VIA DI PANICO 72, presso lo studio dell'avvocato MONACO EUTIMIO (MNCTME74M16F839Y) che la rappresenta e difende

-ricorrente-

contro

TELECOM ITALIA S.P.A., elettivamente domiciliata in ROMA VIALE DI VILLA GRAZIOLI 29, presso lo studio dell'avvocato ZACCHEO MASSIMO (ZCCMSM56P25H501T) che la rappresenta e difende

-controricorrente-

avverso SENTENZA di CORTE D'APPELLO MILANO n. 1825/2021 depositata il 10/06/2021.

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 25/05/2023 dal Consigliere PAOLO PORRECA.

Rilevato che

la Startel International s.r.l. ricorre, sulla base di tre motivi, corredati da memoria, per la cassazione della sentenza n. 1825 del 2021 della Corte di appello di Milano esponendo che:

- aveva convenuto Telecom Italia s.p.a., per il risarcimento dei danni indicati come causati da un abuso di posizione dominante sul mercato di riferimento posto in essere a mezzo di contratti di fornitura di servizi di telefonia, con cui la deducente acquistava, dalla suddetta società per azioni, traffico telefonico, e lo rivendeva re-instradando telefonate di propri clienti aziendali tramite codici e un apposito dispositivo;
- il Tribunale aveva rigettato la domanda con pronuncia confermata dalla Corte di appello, secondo cui:
- l'adesione della deducente all'eccezione d'incompetenza territoriale formulata dalla s.p.a., in ragione di una specifica clausola pattizia, in sede di precisazione delle conclusioni in seconde cure, doveva considerarsi inammissibile, al pari dell'eccezione stessa, in quanto, sebbene strutturalmente «preliminare» rispetto all'esame del merito, era stata svolta in via subordinata alla richiesta di rigetto dell'avversa domanda;
- la pretesa afferiva a diritti risarcitori oggetto di una transazione che aveva riguardato non solo le pretese di pagamento dei corrispettivi fondati da Telecom Italia sui contratti coinvolti, oggetto di altro giudizio, ma anche le domande svolte nel procedimento pendente davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, oltre che gli eventuali diritti risarcitori connessi;

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

- la transazione era stata comunque e inequivocamente ratificata, superando eventuali carenze di potere del soggetto che aveva posto in essere il negozio compositivo, sebbene alcune obbligazioni non fossero state adempiute dalla deducente, che, in particolare, non aveva formulato rinuncia alle proprie posizioni davanti all'autorità amministrativa;

resiste con controricorso Telecom Italia s.p.a., che ha pure depositato memoria;

Rilevato che

con il primo motivo la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 28, 29, 38, cod. proc. civ., poiché la Corte di appello avrebbe errato mancando di considerare che l'eccezione d'incompetenza non era stata formulata in via subordinata ma in via logicamente preliminare alla richiesta di rigetto della domanda di risarcimento da responsabilità contrattuale fatta valere dalla deducente, a sua volta alternativa a quella di rigetto della domanda risarcitoria aquiliana ove, nella prospettazione di controparte, così intesa;

con il secondo motivo prospetta la violazione dell'art. 360 n. 5, cod. proc. civ., per «omessa pronuncia su un fatto decisivo della controversia», poiché la Corte di appello avrebbe mancato di pronunciarsi sulla dedotta nullità protettiva della transazione per violazione dell'art. 9, comma 3, della legge n. 192 del 1998, essendo tale negozio riferito a contratti attuativi dell'abuso di posizione dominante, ed essendo quindi l'eccezione rilevabile d'ufficio;

con il terzo motivo prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 102, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e dell'art. 9, della legge n. 192 del 1998, poiché la Corte di appello avrebbe mancato di considerare che la validità della transazione

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

era inficiata dalla stessa nullità di protezione che aveva inciso sui contratti di fornitura mediante i quali era stato attuato l'abuso di posizione dominante accertato dall'autorità amministrativa, con provvedimento «confermato», ovvero non annullato, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio e poi dal Consiglio di Stato;

Considerato che

il primo motivo è in parte inammissibile, in parte infondato, previa parziale correzione della motivazione;

parte ricorrente non riporta il tenore degli atti processuali sui quali fonda la sua censura, come imposto dall'art. 366 n. 6, cod. proc. civ., in attuazione del principio di specificità dell'impugnazione (Cass., Sez. U., 27/12/2019, n. 34469), applicabile, quale norma che regola i generali requisiti di ammissibilità del ricorso, anche nell'ipotesi di "errores in procedendo" (cfr. Cass., 06/09/2021, n. 24048, Cass., 29/09/2017, n. 22880);

è stata la controricorrente a riportare il contenuto di tali atti, discutendolo, punto per punto, ai fini in parola, come avrebbe dovuto fare la controparte, che si è invece limitata, sul punto, a rinviare agli atti in parola;

da quanto così emerso –e riscontrabile documentalmente– risulta che l'eccezione d'incompetenza per territorio era stata formulata esplicitamente in via subordinata al rigetto della domanda per intervenuta transazione, nell'ipotesi, dunque, di ritenuta inefficacia o invalidità della transazione stessa, e di scrutinio della domanda risarcitoria di natura contrattuale, proprio perché la clausola afferente al foro competente era parte dei contratti di fornitura;

è opportuno ricordare che la questione di competenza ha natura pregiudiziale, per cui vi è un'inconciliabilità, sul piano logico e giuridico, tra la richiesta di una pronuncia sul merito in via

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

principale (che implica necessariamente il riconoscimento dell'esistenza in concreto della "potestas iudicandi" del giudice adito) e la proposizione dell'eccezione d'incompetenza dello stesso giudice, da esaminarsi solo nella ipotesi di pronuncia sfavorevole alla parte che l'ha sollevata, con la conseguenza che, qualora l'eccezione di incompetenza sia stata formulata nei detti termini, essa deve considerarsi come non proposta (Cass., 18/06/2008, n. 16557, Cass., 23/07/2020, n. 15818);

nella fattispecie in esame, però, l'eccezione è stata svolta in via pregiudiziale rispetto alla domanda risarcitoria ove intesa in chiave contrattuale e utilmente scrutinabile in ragione dei contratti di fornitura;

ciò posto, la Corte territoriale ha diversamente ritenuto preclusiva la transazione, sicché: nel caso in cui la transazione s'intenda novativa, la questione dell'incompetenza avrebbe dovuto dirsi più propriamente assorbita; solo nel caso di transazione conservativa, ovvero non sostitutiva del titolo ma diretta e regolarne diversamente le obbligazioni, l'eccezione avrebbe potuto scrutinarsi;

alla prima ipotesi è riferibile –in difetto di allegazioni sul punto nel ricorso che, "parte qua", è ulteriormente inammissibile per aspecificità– sia quanto affermato dalla Corte territoriale in ordine alla transazione complessivamente rivolta a regolare rapporti più ampi dei singoli contratti, sia la giurisprudenza di questa Corte, richiamata dalla controricorrente, a mente della quale le parti hanno la facoltà, per effetto del principio dispositivo, di disporre dell'ordine logico delle questioni poste, salvo che queste non siano rilevabili d'ufficio, e, quindi, possono condizionare l'appello incidentale (quale ritenuto dalla Corte di appello quello sul punto di Telecom Italia: pag. 4 della sentenza gravata) all'accoglimento di quello principale concernente il merito della causa, ancorché, con l'impugnazione incidentale, ripropongano una

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

questione di carattere pregiudiziale o preliminare (di rito o di merito), giacché, se l'appello principale, che dev'essere sottoposto a un preventivo esame, risultasse totalmente infondato, l'appellante incidentale non avrebbe più interesse a che il proprio gravame fosse deciso, poiché il suo eventuale esito positivo non potrebbe portare a un risultato a lui più favorevole relativamente all'oggetto della controversia (Cass., 21/02/2019, n. 5134);

l'eccezione d'incompetenza, cui si era correlata l'adesione, avrebbe dovuto dunque dichiararsi assorbita, e in ciò va in effetti solo corretta la motivazione;

il secondo e terzo motivo, da esaminare congiuntamente per connessione, sono in parte inammissibili e in parte infondati;

in primo luogo, la seconda censura evoca l'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., che però non regola l'omessa pronuncia bensì l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, vizio la cui deducibilità nell'ipotesi è preclusa dalla c.d. doppia conforme di merito (art. 348-*ter*, quinto comma, cod. proc. civ., "ratione temporis" applicabile, ora peraltro trasfuso nella formulazione dell'art. 360, quarto comma, cod. proc. civ.), non avendo la parte dimostrato che le decisioni di primo e secondo grado si siano fondate su ragioni di fatto diverse (Cass., 22/12/2016, n. 26774, Cass., 28/02/2023, n. 5947);

in secondo luogo, la pronuncia della Corte di appello deve necessariamente ritenersi aver escluso implicitamente il rilievo officioso evocato, essendosi affermata la validità della transazione, sin dal primo grado opposta a fronte dei contratti indicati come attuativi di un abuso di posizione dominante (né si deduce alcunché in ordine alla specifica motivazione del Tribunale, così da poter vagliare il profilo anche dal punto di vista del possibile giudicato interno, con ulteriore profilo di aspecificità della censura: cfr. Cass., 17/01/2017, n. 923, Cass., 10/05/2018, n. 11259);

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

al contempo, non viene denunciata sul punto una radicale carenza di motivazione (art. 132, n. 4, cod. proc. civ.);

va poi sottolineato che in caso di omessa proposizione in appello di un'eccezione di nullità contrattuale, il mancato rilievo da parte del giudice non integra il vizio di omessa pronuncia, ma è denunciabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., per violazione delle norme che prevedono la rilevabilità d'ufficio della questione, giacché il vizio di omessa pronuncia postula che la questione, ancorché rilevabile d'ufficio, abbia formato oggetto di una specifica domanda o eccezione e che il giudice non abbia statuito sulla stessa (Cass.,09/05/2019, n. 12259, Cass., 11/11/2020, n. 25298);

nella specie, parte ricorrente riferisce di aver prospettato l'eccezione in comparsa conclusionale di secondo grado, ovvero in atto meramente illustrativo e senza valenza assertiva;

non vi è dunque alcuno spazio per ipotizzare un'omessa pronuncia, tanto quanto un omesso esame;

di qui il connesso esame della terza censura;

la giurisprudenza, in coerenza con autorevoli sollecitazioni dottrinali, ha chiarito che la distinzione tra transazione novativa e conservativa assume portata dirimente ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 cod. civ.: la transazione novativa che interviene su un titolo nullo è sanzionata con la nullità (primo comma) soltanto se relativa a un contratto illecito (per illiceità della causa o del motivo comune a entrambe le parti), ed è invece annullabile negli altri casi, ma il vizio del negozio può essere fatto valere soltanto dalla parte che ha ignorato la causa di invalidità (secondo comma); la transazione conservativa è invece sempre affetta da nullità, ancorché le parti ne abbiano trattato, perché essa regola il rapporto congiuntamente al titolo contrattuale invalido e non in sostituzione di questo (Cass., 20/04/2020, n. 7963);

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

la verifica in ordine alla natura novativa o conservativa della transazione, ossia sull'insorgenza di obbligazioni oggettivamente diverse rispetto a quelle del titolo, ovvero sulla regolazione differente di queste ultime modificando il contenuto di quello senza eliderlo, è accertamento di fatto riservato al giudice di merito (Cass., 14/06/2006, n. 13717, Cass., 11/11/2016, n. 23064, Cass., 06/10/2020, n. 21371);

parte ricorrente, per sostenere l'eccepita nullità, avrebbe dunque dovuto specificatamente dedurre per tempo, davanti al giudice di merito, perché e in quali termini la transazione sarebbe stata da ritenersi conservativa, a fronte del fatto che regolava sia i profili dei corrispettivi contrattuali che quelli risarcitori, in tesi extracontrattuali in ottica "antitrust" (Cass., 27/02/2020, n. 5381), oltre che le posizioni nel procedimento sanzionatorio amministrativo;

nel ricorso, come anticipato, nulla si deduce in ordine alla natura della transazione;

peraltro, la stessa parte afferma (pagg. 17-18) che la transazione sarebbe stata frutto di «pressioni» accettate per evitare il «dissesto», nella prospettiva di ulteriori accordi commerciali essenziali per restare sul mercato, poi comunque non perfezionati, ma relativamente a ciò, che pure sarebbe stato da apprezzare per il vaglio della natura della transazione, la medesima nulla argomenta né dimostra quando e come sarebbe stato dedotto nella fase di merito, con conseguente inammissibilità per novità delle suddette allegazioni;

l'odierna ricorrente avrebbe poi dovuto allegare in questa sede, sempre in tesi e nel rispetto dei limiti di deducibilità in sede di legittimità, da quali di quegli elementi il giudice di merito avrebbe dovuto evincere –procedendo alla presupposta quanto necessaria verifica e sussunzione "in iure" della fattispecie concreta

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec

accertata in quella legale– la natura conservativa della transazione, neppure mai evocata nel ricorso per cassazione;

in difetto, non è possibile ipotizzare un errore della Corte di appello, posto che fuori del caso di titolo nullo per illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti, la transazione, ove non conservativa, sarebbe stata annullabile, e non nulla, senza alcuna rilevabilità officiosa;

non è infatti neppure astrattamente ipotizzabile né un motivo comune illecito, inteso quale interesse ultimo della singola parte, né una causa illecita, intesa quale funzione obiettiva del descritto negozio (di fornitura) anch'essa come tale comune ad entrambe le parti (Cass., 29/01/1983, n. 826, Cass., 04/04/2003, n. 5324);

la terza censura, dunque, è per un verso aspecifica, per altro verso infondata;

spese secondo soccombenza;

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di cassazione in favore di parte controricorrente, che liquida in euro 30.000,00, oltre a 200,00 euro per esborsi, 15% di spese forfettarie e accessori legali.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte ricorrente, se dovuto e nella misura dovuta, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, il 25/05/2023.

Il Presidente

LUIGI ALESSANDRO SCARANO

Firmato Da: SCARANO LUIGI ALESSANDRO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3e1ddb7100d41eb6b91e34df837057fa - Firmato Da: FANTINI SIMONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 65b405b2eafab4a62a358e232b5b8ec