Cassazione - Sezione prima - sentenza 21 ottobre 2008 - 13 febbraio 2009, n. 3638
Presidente Plenteda - Relatore Tavassi - Ricorrente C. S.n.c. e altri

Svolgimento del processo

Con distinti atti di citazione notificati alcuni in data 30.12.96 e altri il 28.02.97, n. 10 società e una ditta individuale operanti nel settore degli appalti relativi alla costruzione e manutenzione degli impianti elettrici per conto di E. s.p.a. - compartimento di Napoli - (S.n.c. C., S.r.l. D., S.r.l. C., S.n.c. F., Fall. S.r.l. C., S.r.l. S., S.n.c. P. I., S.a.s. L., S.r.l. C. I., S.n.c. P.), convenivano in giudizio innanzi alla Corte d'appello di Bari l'E., chiedendo di dichiarare la nullità delle clausole contrattuali relative alla determinazione dei prezzi, la rideterminazione di tali prezzi ex art. 1657 cod. civ., la restituzione ex art. 2033 cod. civ. delle somme pagate in più rispetto al dovuto, oltre ad interessi e rivalutazione, ed infine il risarcimento dei danni ex art. 2043 cod. civ., per abuso del potere monopolistico nel settore della produzione, trasporto, distribuzione e vendita dell'energia elettrica. E. aveva, altresì, abusato della dipendenza economica delle imprese menzionate, che nella Regione Puglia operavano quasi esclusivamente per conto della stessa E.

Adducevano, quindi, la violazione dell'art. 82 Trattato U.E. e dell'art. 3 della L. 287/90 che vietano l'abuso di posizione dominante. E., costituendosi con comparse simili per contenuto nei due giudizi in questione, in primo luogo eccepiva l'incompetenza funzionale della Corte d'Appello in ordine alla domanda principale avanzata dalle imprese e in ordine all'accertamento dell'assunta violazione dell'art. 86 Trattato U.E. (ora art. 82). Nel merito, eccepiva l'insussistenza dei presupposti per far luogo all'applicazione della L. 287/90, per non essere identificabile un mercato rilevante nel settore della posa in opera e manutenzione degli impianti elettrici a bassa e media tensione e per non sussistere alcuna condotta abusiva da parte propria, nonché la prescrizione degli eventuali crediti delle attrici ex art. 2947 c.c..

Riuniti i giudizi, venivano estromesse dal giudizio quattro aziende rinunzianti all'azione ed un'altra dichiarata fallita. Veniva invece in un primo tempo esclusa, ma poi riammessa, la P. s.n.c., il cui curatore fallimentare aveva rinunziato all'azione, che tuttavia l'amministratore *in bonis* riteneva di poter ulteriormente sostenere.

Con sentenza parziale, depositata in data 19.09.02, la Corte d'Appello di Bari affermava la propria competenza con esclusivo riferimento alle domande di nullità e risarcimento dei danni ex artt. 3 e 33 L. 287/90, ma dichiarava per il resto la competenza funzionale del Tribunale. Rimetteva quindi le parti innanzi al Consigliere Istruttore. Veniva ammessa ed espletata CTU e rigettata ogni altra richiesta istruttoria.

La Corte d'Appello di Bari, con sentenza definitiva in data 14.06.05/09.08.05, dichiarava inammissibile la domanda proposta dall'amministratore *in bonis* di P. s.n.c., che condannava quindi al pagamento in favore di E. delle spese di giudizio, respingeva la domanda proposta dalle altre imprese e condannava le attrici, in solido, a pagare le spese della CTU, dichiarando integralmente compensate fra le parti le rimanenti spese processuali.

La Corte sottolineava in primo luogo che la sentenza parziale del 19.09.02 non era stata impugnata, essendo così divenuta definitiva anche con riferimento all'indicazione dell'oggetto del giudizio richiesto alla stessa Corte. Le imprese attrici avevano fatto acquiescenza esplicita, tanto che avevano conformemente riformulato nel *quantum* la domanda. Erano rimaste impregiudicate la questione relativa alla legittimazione di P. s.n.c. a proporre la domanda e quella in ordine all'efficacia della rinunzia dell'azione da parte del curatore del fallimento, intervenuta dopo la notifica della citazione.

La Corte, dopo aver sancito l'inammissibilità dell'azione proposta dall'amministratore *in bonis* della P., aveva rigettato nel merito le domande delle attrici ritenendo:

Quanto all'abuso di posizione dominante, che il supposto abuso fosse da disattendere sul presupposto che la dedotta posizione dominante non sussistesse una volta definito il mercato rilevante, sulla base della CTU, con riferimento non agli appalti di posa in opera di manutenzione di linee elettriche di media e bassa tensione, bensì con riferimento all'intero mercato delle opere edilizie.

Mutuando le parole della nota scritta del 17.11.1995 dell'AGCM (nota per la quale la Corte escludeva comunque il carattere vincolante) è sembrato alla Corte che non si potesse configurare uno "specifico mercato della costruzione di linee aeree e sotterranee e dell'esecuzione di opere civili e posa di cavi sotterranei finalizzata esclusivamente al vettoriamento di energia elettrica" e che conseguentemente non si potesse "identificare una posizione dominante dell'E. per ciò che attiene ai settori sopra evidenziati".

La CTU aveva accertato che la maggior parte delle imprese attrici era iscritta in categorie A.N.C. diverse da quelle che attenevano specificatamente ai lavori relativi ad impianti elettrici di media e bassa tensione, e cioè la 16 H per quanto concerne la Regione Puglia, che una parte del fatturato di dette imprese riguardava lavori diversi da quelli concernenti gli impianti in questione e che le attrezzature occorrenti per lo svolgimento dei lavori di cui trattasi era impiegabile anche nella predisposizione di opere civili di diverso genere.

Era scaturito, inoltre, che una parte delle imprese attrici aveva svolto lavori in ambito geografico non limitato alla Regione Puglia e che la domanda per l'esecuzione di opere di scavo e manutenzione di impianti a rete nella Regione Puglia proveniva non solo dall'E., ma anche da amministrazioni pubbliche locali e da altre imprese che gestivano impianti a rete.

Né dal punto di vista dell'offerta, né dal punto di vista della domanda era configurabile in Puglia un mercato specifico e/o rilevante che riguardasse gli appalti di posa in opera e manutenzione di linee elettriche di media e bassa tensione per cui era giudizio.

Secondo la Corte barese erano state svolte mere considerazioni extra-giuridiche in ordine alla tesi secondo cui i lavori da eseguirsi per conto dell'E. non erano sostituibili, né dal punto di vista della domanda, né dal punto di vista dell'offerta.

In ordine al supposto diverso trattamento che E. aveva riservato alle imprese del Centro-Nord rispetto a quelle del Sud Italia, il Collegio affermava che non era stato provato che tali diverse condizioni avessero determinato una distorsione del mercato.

Quanto all'abuso di dipendenza economica ed all'applicazione da parte dell'E. di clausole contrattuali e pratiche discriminatorie, non era sufficiente comprovare l'esistenza di una disparità di trattamento contrattuale per affermare l'esistenza di abusi sul mercato specifico.

Le indagini peritali avevano, altresì, escluso che fossero configurabili abusi nei comportamenti contrattuali della committente, almeno con riferimento alla determinazione dei valori-punto e quindi alla remuneratività dei prezzi corrisposti, nonché alle assunte pratiche discriminatorie e/o iugulatorie, rispetto alle quali la domanda di cui all'atto introduttivo era stata ritenuta proponibile. Le imprese attrici avevano affermato di essere state discriminate e largamente penalizzate rispetto al trattamento riconosciuto alle imprese operanti nel Centro-Nord, ma non era possibile per ciò solo distinguere un mercato geografico distinto per il Sud o per la Puglia, posto che la sola connotazione geografica del riferimento non appariva utile al fine di configurare l'esistenza di un mercato distinto in carenza del contemporaneo dato contenutistico, essenziale ai fini dell'applicazione del diritto antitrust.

Avverso tale sentenza S.n.c. C., S.r.l. D., S.r.l. C., S.n.c. F., Fall. S.r.l. C., S.r.l. S., S.n.c. P. I., S.a.S. L., S.r.l. C. I., S.n.c. P. proponevano un unico ricorso per cassazione, notificato in data 23.08.06, esponendo tre motivi di gravame.

La S.p.A. E. resisteva proponendo controricorso, notificato 25.10.06, chiedendo di rigettare il ricorso.

Motivi della decisione

1.1. Dopo aver riassunto lo svolgimento del processo, la difesa delle società e ditte ricorrenti deduceva, come primo motivo di ricorso, la nullità della sentenza e del procedimento per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. in relazione all'art. 360, n. 4 cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione dell'art. 43 R.D. 267/42 in relazione all'art. 360, n. 3 cod. proc. civ. e l'omessa e insufficiente motivazione della sentenza su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, n. 5 cod. proc. civ..

Ricordava la difesa ricorrente che la Corte barese, dopo aver richiamato l'ordinanza collegiale del 20.06.00 con cui la P. s.n.c. era stata riammessa in giudizio, si era discostata da questa statuizione accogliendo l'eccezione sollevata dalla società convenuta, in ordine al difetto di legittimazione processuale del fallito, dichiarando l'inammissibilità della domanda con la condanna dello stesso al pagamento delle spese.

Evidenziava, altresì, che la perdita della capacità processuale del fallito, a seguito della dichiarazione dì fallimento, non era assoluta, ma relativa alla massa dei creditori, alla quale soltanto era concesso eccepirla, con la conseguenza che, se il Curatore fosse rimasto inerte ed il fallito avesse agito per proprio conto, la controparte non sarebbe stata legittimata a proporre l'eccezione, né i Giudici avrebbero potuto rilevare il difetto di capacità.

La Corte territoriale aveva, invece, pronunciato l'inammissibilità della domanda per difetto di capacità processuale del fallito su eccezione non della massa dei creditori, ma della convenuta E., incorrendo così nella violazione dell'art. 112 cod. proc. civ..

Per le ricorrenti, in ogni caso, era stata violata la norma di cui all'art. 43 L.F., poiché sarebbe stato lesivo del diritto di azione costituzionalmente garantito impedire al fallito di agire per recuperare altro attivo a tutela degli interessi propri e della massa, interessi in tali ipotesi del tutto coincidenti.

1.2. L'E. S.p.A. con il proposto controricorso, in merito alla prima censura proposta, deduceva l'infondatezza del motivo circa l'asserita violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. in relazione all'inammissibilità della domanda proposta della fallita P. s.n.c., per difetto di capacità processuale. Rilevava che il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato contenuto nell'art. 112 cod. proc. civ. non poteva dirsi violato poiché la Corte d'Appello si era correttamente pronunciata sul difetto di capacità processuale dell'amministratore *in bonis* della società, non d'ufficio o oltre le domande e le eccezioni formulate dalle parti, ma legittimamente statuendo su un'eccezione ritualmente sollevata da E., divenuta oggetto di contraddittorio nel rispetto dei diritti di difesa delle parti.

Rilevava, altresì, che, a sostegno della propria tesi, le ricorrenti avevano invocato impropriamente una sentenza della Suprema Corte (sent. I sez. civ. n. 7200/1998 e nello stesso senso sent. n. 11191/93) secondo la quale "...il difetto di legittimazione del fallito va rilevato anche d'ufficio, per difetto assoluto della sua capacità. Tuttavia, perché operi tale ultima situazione, è necessario che l'interesse del curatore sia dimostrato essere preesistente al compimento di attività da

parte del fallito". Alla luce di detto precedente era chiaro che occorreva la dimostrazione, non data dalle ricorrenti, della totale inerzia nella difesa degli interessi della società fallita da parte del curatore.

Il curatore della società, infatti, aveva chiesto e ottenuto dal giudice delegato la nomina di un legale che valutasse la fondatezza delle pretese risarcitorie nei confronti di E. s.p.a. e che si esprimesse sull'opportunità di promuovere il giudizio, in data anteriore alla notifica dell'atto di citazione.

La Corte aveva correttamente motivato la sentenza, ritenendo la espressa negativa valutazione in ordine alla convenienza di una controversia, non un atteggiamento inerte del curatore, ma una manifestazione di interesse di questo nei riguardi della controversia, tale da rendere l'incapacità del fallito assoluta.

1.3. Questo collegio ritiene che il primo motivo di ricorso sia fondato, dovendo rilevare che lo stesso ancorché formulato nel ricorso congiuntamente proposto da tutte le società ricorrenti riguarda in realtà la sola posizione della società P.

Va premesso in fatto che, in data 3.12.99, il Curatore della s.n.c. P. aveva dichiarato di rinunciare al diritto, agli atti ed all'azione, con accettazione da parte di E.. Il Consigliere istruttore, quindi, con ordinanza 17.2.2000, dichiarava l'estinzione del giudizio per la posizione P.; avverso tale provvedimento P. presentava reclamo. Interveniva allora l'ordinanza collegiale sul reclamo, datata 20.6.2000, che, rilevato che il giudizio era stato instaurato dal legale rappresentante di P. dopo la dichiarazione di fallimento, stante l'inerzia della curatela, riteneva che la rinuncia non fosse valida, perché non intervenuta fra le parti costituite, e revocava quindi la pronuncia di estinzione del giudizio.

Con la sentenza definitiva qui impugnata la Corte d'appello di Bari dichiarava inammissibile la domanda proposta dall'amministratore di P. *in bonis*; riteneva che fosse da escludere che la curatela fosse rimasta inerte, avendo interessato della questione il G.D. ed avendo poi incaricato un legale per esprimere un parere, ritenendo non conveniente proseguire l'attività processuale. Ciò valeva ad escludere la possibilità per il fallito di agire autonomamente. Rilevava ancora che il fatto che il fallito fosse stato tardivamente informato delle decisioni del curatore e fosse stato così indotto a sottoscrivere la domanda giudiziale era questione attinente ai rapporti interni tra fallito e curatela, che non incideva sulla questione e sulla conclusione che alla data della notifica della citazione l'amministratore *in bonis* della P. fosse privo di capacità processuale. Conseguentemente la sua domanda era da ritenersi inammissibile.

Ritiene questa Corte che il collegio del giudizio di merito abbia ignorato il principio, ormai consolidato, della giurisprudenza, secondo cui la perdita della capacità processuale del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento non è assoluta ma relativa alla massa dei creditori, alla quale soltanto - e per essa al curatore - è concesso eccepirla, con la conseguenza che se il curatore rimane inerte ed il fallito agisce per conto proprio, lei controparte non è legittimata a proporre l'eccezione né il giudice può rilevare d'ufficio il difetto di capacità (Sez. U, sentenza n. 7132 del 21/07/1998, rv. 517374; conforme: sez. 1, sent. n. 17418 del 30.8.2004, rv. 577094; precedente conforme: n. 8860 del 1994, rv. 488281). Nel caso di specie, ove l'eccezione risultava formulata solo dall'E., non poteva rilevarsi la incapacità processuale dell'amministratore *in bonis* della società; ne consegue che la pronuncia di inammissibilità della domanda così formulata nell'interesse della P. deve essere cassata.

2.1. Come secondo motivo del ricorso proposto dalle società e ditte ricorrenti è stata dedotta la violazione e falsa applicazione delle norme di cui all'art. 3 L. 287/90 (Legge nazionale antitrust) in relazione all'art. 1 c. 4 della stessa legge, con riferimento al principio secondo il quale il mercato

rilevante su cui commisurare la posizione dell'impresa responsabile dell'abuso era costituito dal “più piccolo gruppo di prodotti e dalla più piccola area geografica per cui è possibile, in ragione delle possibilità esistenti, la creazione di una posizione dominante”. I difensori delle ricorrenti deducevano quindi la violazione di cui all' art. 360, n. 3 cod. proc. civ. e l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza sul punto, decisivo della controversia, delle ragioni addotte per escludere che E. detenesse una posizione dominante nel mercato in cui operavano le imprese ricorrenti, ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c..

Le ricorrenti sottolineano come sia pacifico che il mercato rilevante debba essere individuato dall'insieme di transazioni economiche in cui possano verificarsi significative alterazioni del gioco concorrenziale; le transazioni che si ritengano idonee ad integrare un determinato mercato vengono qualificate principalmente in funzione del prodotto oggetto di scambio e per il luogo in cui lo scambio può realizzarsi. Tale principio è utilizzato per delimitare l'ambito economico rilevante sotto il profilo del mercato del prodotto e del mercato geografico. Se una caratteristica di tali transazioni appare idonea a separare un insieme di transazioni da un altro, per ricondurle ad un contesto più ristretto di quello individuato dal discrimine merceologico e geografico, questa caratteristica diventava essenziale per stabilire la corretta estensione del mercato rilevante. Il principio secondo cui il mercato rilevante è da considerarsi come “...il più piccolo contesto per cui è possibile, in ragione delle possibilità esistenti, la creazione di una posizione dominante” era stato condiviso da E. nelle note di replica depositate all'udienza del 17.06.04.

Affermano le ricorrenti che la Corte barese, non aveva, se non in parte, aderito alle posizioni di E. per accogliere le sue eccezioni.

Il Collegio, infatti, non aveva preso in considerazione il fatto di uniformare il giudizio al principio del mercato rilevante espresso dalle ricorrenti e da E.. In contrasto con tale principio aveva determinato il mercato rilevante in funzione di tutte le transazioni relative all'esecuzione di opere civili di qualsiasi genere e per un'area geografica molto più vasta rispetto a quella in cui operavano le attrici.

La Corte territoriale aveva valorizzato il fatto che l'Autorità Garante fosse pervenuta alle sue conclusioni sulla base di indagini specifiche svolte d'ufficio, ma non aveva considerato che era stato un difetto dell'elaborato aver disatteso quel principio interpretativo che veniva normalmente ricostruito sulla base della giurisprudenza della stessa Autorità Garante.

L'adesione acritica alle conclusioni dell'A.G. si traduceva nell'ingiustificata obliterazione del principio del “più piccolo contesto” o in una totale omessa motivazione sulle ragioni per le quali tale principio era stato obliterato.

La Corte territoriale elencava, inoltre, una serie di circostanze sulla base delle quali la CTU era giunta alla conclusione che, nella specie, il mercato rilevante non potesse essere individuato sulla base delle transazioni tra E. e imprese attrici, attinenti specificatamente ai lavori relativi agli impianti elettrici di media e bassa tensione nella Regione Puglia.

Il principio del “più piccolo contesto in termini di insieme di prodotti e area geografica” era legittimo, ma non era applicabile nella specie, perché sussistevano ragioni che ne giustificavano la disapplicazione. Tuttavia, nessun passaggio della motivazione fornita dalla Corte e dalla CTU suggeriva l'idea della sussistenza di ragioni di deroga all'applicazione di tale principio, con la conseguenza che il principio era rimasto disapplicato, con evidente errore di diritto.

Le circostanze rilevate dal Collegio barese in merito alle caratteristiche delle imprese attrici e alle transazioni da loro effettuate con E., erano completamente indifferenti rispetto al criterio del “più piccolo contesto”.

Le imprese ricorrenti non dissentivano dalle risultanze conseguite dalla CTU, ma sul rifiuto che emergeva chiaramente dalla relazione di consulenza di considerare che il mercato rilevante dovesse essere individuato, non già in funzione delle astratte possibilità di sostituzione sia dal lato della domanda come dal lato dell'offerta, bensì in funzione del fatto che l'illecito di diritto antitrust contestato ad E. fosse stato reso possibile dalla posizione dominante di questa.

Il mercato rilevante non poteva essere individuato con riferimento a tutte le transazioni economiche collegate all'esecuzione di opere civili di qualsiasi genere ed in ambito territoriale più vasto di quello della Regione Puglia, bensì con riguardo alle sole transazioni intercorse tra E. e le ricorrenti.

L'erronea posizione assunta dalla Corte d'appello risultava evidente quando aveva imputato alle ricorrenti di non aver offerto elementi significativi di valutazione di segno contrario e di avere svolto mere considerazioni extragiuridiche a sostegno della tesi secondo cui i lavori da eseguirsi per conto di E. non erano sostituibili, né dal punto di vista della domanda, né dal punto di vista dell'offerta.

La Corte aveva avallato la metodologia della CTU, che prescindeva dalla relazione funzionale tra illecito contestato e definizione di mercato rilevante.

Non era necessario stabilire se fosse stato provato che i dipendenti delle imprese fossero dotati di esclusiva specializzazione per eseguire le commesse di E., perché, anche se così non fosse stato, il mercato rilevante non avrebbe dovuto essere considerato come più ampio rispetto a quello delle transazioni economiche intercorrenti tra E. e le ricorrenti.

Il segno più evidente del totale erroneo convincimento della Corte era che questa aveva rimproverato le ricorrenti di voler imputare ad E. le conseguenze negative della scelta del settore nel quale avevano deciso di operare e delle modalità e dei mezzi di cui le imprese attrici si erano servite.

2.2. In relazione al secondo motivo di censura, il controricorso di E. ha rilevato come siano evidenti l'inammissibilità o comunque l'infondatezza dell'assunta violazione dell'art. 3 L. 287/90, nonché l'insussistenza dell'abuso di posizione dominante di E. poiché, in primo luogo, parte ricorrente proponeva censure attinenti al merito della decisione impugnata. La determinazione della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con cui veniva definito il mercato rilevante nei singoli procedimenti, non era sindacabile in sede di legittimità se non per vizi logici o per difetto di motivazione. Allo stesso modo non poteva essere oggetto di censure l'accertamento di fatto sui confini del mercato rilevante contenuto nella sentenza.

Inoltre, in linea gradata, il motivo era infondato, in quanto la decisione impugnata era supportata da motivazione adeguata, resa sulla scorta del parere dell'A.G.C.M. e della relazione peritale del CTU.

Infondatamente le ricorrenti avevano eccepito che la Corte d'appello avesse disatteso un principio di diritto comunitario secondo cui il mercato rilevante andava definito come “il più piccolo contesto (in termini di insieme di prodotti e area geografica) per cui è possibile, in ragione delle possibilità esistenti, la creazione di una posizione dominante”.

Le ricorrenti avevano erroneamente concluso che la Corte si fosse pronunciata aderendo acriticamente alle conclusioni della A.G.C.M. e della CTU. La Corte, per definire i confini di mercato rilevante e per escludere l'esistenza, nel caso di specie, di un mercato rilevante concernente gli appalti di posa in opera e manutenzione di linee elettriche di media e bassa tensione, aveva applicato il principio del più piccolo contesto, giungendo, però, concretamente alla conclusione che il settore per cui era causa non integrava i presupposti richiesti dalla legge nazionale.

Le ricorrenti avevano, inoltre, frainteso il pensiero di Consiglio di Stato nell'interpretazione di tale principio.

Prive di pregio apparivano, altresì, le contestazioni mosse dalle ricorrenti alla CTU con riferimento all'opinione negativa da questa espressa sul punto che le transazioni tra E. e imprese attrici potessero individuare un mercato rilevante. Il CTU aveva correttamente definito il mercato rilevante secondo criteri di sostituibilità della domanda e dell'offerta, concludendo per l'inesistenza di un mercato separato per i servizi di costruzione di linee elettriche a media e bassa tensione.

La Corte aveva sottolineato, infatti, che :

- le ricorrenti erano iscritte a categorie diverse da quella relativa ai lavori appaltati da E.;

- il fatturato di tali imprese era stato realizzato in parte con committenti diversi da E. e per attività differenti da quelle richiesta da quest'ultima;

- un numero considerevole delle imprese ricorrenti aveva svolto lavori al di fuori della Regione Puglia;

- la domanda per le opere di scavo e manutenzione di impianti di rete era provenuta non solo da E., ma anche da Telecom, Sirti, Ericsson e Ferrovie dello Stato.

E., infine, non comprendeva l'addebito del vizio di motivazione per non aver considerato la Corte la relazione funzionale tra l'illecito contestato ed il mercato rilevante.

Tale censura non poteva trovare accoglimento, poiché presupposto imprescindibile per valutare l'esistenza di illeciti ed abusi era la sussistenza della posizione dominante sul mercato rilevante.

Quindi, essendo dimostrata l'assenza di abuso non avrebbe avuto senso una valutazione degli illeciti conseguenti a tale posizione.

2.2 Questa Corte ritiene che il secondo motivo di ricorso sia fondato. Si deve innanzitutto concordare con la difesa della società resistente sull'assunto che presupposto imprescindibile per valutare l'esistenza di illeciti ed abusi ai sensi dell'art. 3 della legge nazionale antitrust e dell'art. 82 (ex art. 86) del Trattato è la sussistenza della posizione dominante sul mercato di riferimento. L'individuazione del mercato di riferimento, comunemente indicato come “mercato rilevante”, costituisce operazione preliminare e imprescindibile per l'accertamento di ogni condotta anticoncorrenziale ed assume rilievo centrale per gli illeciti di abuso come per le concentrazioni, posto che per la individuazione di entrambe le fattispecie si pone come propedeutica la verifica della posizione che le imprese detengano sul mercato. Ma è evidente che per compiere tale operazione investigativa è necessario prima definire l'ambito del mercato sul quale la posizione va verificata, dal momento che più vasto è il mercato cui ci si rapporta, minore è il grado di dominanza che l'impresa può rivestire sullo stesso, mentre, al contrario, più ristretto è il mercato rilevante maggiore può essere la quota rivestita sullo stesso dall'impresa considerata.

Ai fini della delimitazione del mercato rilevante occorre prendere in considerazione l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti (mercato geografico) e l'ambito del prodotto o servizio che la medesima operazione investe (mercato del prodotto). Nell'accezione di mercato rilevante rientra sia il mercato geografico, sia il mercato del prodotto. Ciascun sistema antitrust opera in un certo mercato e deve quindi individuare l'ambito territoriale rispetto al quale la normativa anticoncorrenziale può avere specifica efficacia. È facile indicare che la concorrenza si svolge nel territorio di un certo Stato e per il mercato comunitario nell'ambito del territorio di tutti gli Stati dell'Unione. Tuttavia, in alcuni casi, una simile distinzione si è rilevata insufficiente in una situazione in cui, da un lato, ci si trova a confrontarsi con un mercato globalizzato mondiale,

dall'altro si sono registrati episodi circoscritti a contesti territoriali più limitati rispetto a quelli dei singoli Stati, ovvero che accomunano due o più di essi, ma non tutti i territori dei Paesi membri.

A fronte delle singole fattispecie concorrenziali dedotte è, quindi, necessario accertare quale sia il mercato interessato, ovvero quale sia il mercato sul quale si possono produrre gli effetti di quel certo accordo e di quella pratica concordata, ovvero rispetto al quale si registra una posizione dominante ed un abuso della medesima.

La difesa delle ricorrenti insiste sul principio del c.d. "più piccolo contesto", ovvero sul definire il mercato rilevante come il "più piccolo gruppo di prodotti e dalla più piccola area geografica per cui è possibile, in ragione delle possibilità esistenti, la creazione di una posizione dominante".

Tale principio, tuttavia, ad avviso di questa Corte non va interpretato restringendolo ai soli contratti fra l'E. e le società ricorrenti o comunque fra l'E. e le società in grado di lavorare nel settore della posa in opera e manutenzione degli impianti elettrici a bassa e media tensione, posto che in tal modo non si definisce il mercato rilevante, bensì si identificano i contratti e le transazioni comunque intercorse o che avrebbero potuto intercorrere fra le stesse parti in contesa, ambito questo che potrebbe rilevare per la denuncia dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192 in materia di subfornitura nelle attività produttive, il cui terzo comma (il testo è stato poi modificato dalla Legge 5 marzo 2001, n. 57, che ha aggiunto all'art. 9 il comma 3 bis, affermando la competenza dell'AGCM qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato), espressamente rimette alla competenza del giudice ordinario (e pertanto non alla Corte d'appello in unico grado ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287/90) le azioni riguardanti gli abusi di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. Del resto, laddove si volesse ritenere che tale norma non possa trovare applicazione in termini generali, ma sia limitata solo ai contratti di subfornitura, deve rilevarsi che la sentenza parziale emessa nella presente causa (Corte d'appello di Bari n. 727/02) ha dato atto della formulazione di domande subordinate proposte ai sensi degli artt. 2033 e 2043 c.c., con richiamo agli artt. 1418 c.c. e 1657 c.c., ritenendo che anche per tali domande (con esclusione della richiesta di indebito oggettivo) ricorresse la propria competenza nella misura in cui la domanda di risarcimento dei danni ricadeva nell'ambito di operatività della normativa nazionale antitrust e dell'art. 33 della Legge n. 287/90. Del resto, lo specifico profilo dell'abuso di dipendenza economica non è stato ulteriormente coltivato dalla difesa delle società ricorrenti, che piuttosto insiste sul richiamo delle ipotesi di cui alle lett. a) e c) dell'art. 3 della legge 287/90.

In merito alla normativa antitrust, per la definizione del mercato rilevante occorre, comunque, fare riferimento alla "Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza" (in GUCE, C 372, del 9.12.1997) e ai parametri che la giurisprudenza nazionale e comunitaria ritiene essenziali alla definizione di mercato rilevante, ovverosia la sostituibilità dal lato della domanda e la sostituibilità dal lato dell'offerta. In tale dimensione si muovono tutti i provvedimenti delle istituzioni comunitarie, come dell'Autorità garante e dei giudici nazionali. In particolare, la citata Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante in materia di concorrenza appare il testo fondamentale cui riferirsi per tale definizione, mentre si deve rilevare che nella specie la Corte d'appello territoriale non solo non vi fa alcun espresso richiamo, ma altresì mostra di averne ignorato le indicazioni.

Ed invero, richiamando il Reg. n. 17/62 e il Reg. n. 4064/89 (richiami validi anche alla luce dei nuovi Reg. 1/2003 e Reg. n. 139/2004), la Comunicazione in esame indica il mercato del prodotto rilevante; quale quello che comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati (punto 7 della Comunicazione). Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o

servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue, perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse (punto 8 della Comunicazione). Premesso che il mercato rilevante nell'ambito del quale va valutato un determinato problema di concorrenza risulta dalla combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico rilevanti, la Comunicazione precisa che si intende posizione dominante quella che consente ad un'impresa o ad un gruppo di imprese di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai suoi concorrenti, dai suoi clienti e, in ultima analisi dai consumatori finali dei suoi prodotti o servizi (definizione tratta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, caso Hoffmann-La Roche, sent. 13.2.1979 causa 85/76; caso AKZO, sent. 3.7.91, causa 62/86; di recente caso MOTOE, sent. 1.7.2008, C-49/07). Normalmente si ha una posizione dominante quando un'impresa o un gruppo di imprese controllano una larga quota dell'offerta su un determinato mercato e gli altri fattori che vanno analizzati in sede di valutazione del caso inducano anch'essi a concludere in questo senso.

Osserva ancora la Comunicazione che nella prospettiva della definizione del mercato rilevante, rilevano la sostituibilità dell'offerta e la sostituibilità della domanda (vedi in tal senso, Corte di Giust. CE. sentenze 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal, Racc. pag. 3775, punto 25; 9 novembre 1983, causa 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 37, e 3 luglio 1991, C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, punto 51).

La sostituibilità sul versante della domanda costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo. Un'impresa o un gruppo di imprese (vedi nel caso di specie l'E.) non possono esercitare un'influenza significativa sulle condizioni di vendita e in particolare sui prezzi, se i clienti (leggi le società ricorrenti) sono in grado di passare agevolmente a prodotti sostitutivi disponibili sul mercato (vedi contratti di appalto per l'esecuzione di altri lavori). L'esercizio di definizione del mercato consiste nell'individuare le effettive fonti alternative di approvvigionamento dei clienti delle imprese interessate (reperimento di altri contratti d'appalto comparabili quantitavamente e qualitativamente agli appalti conferiti dall'E.).

Per sostituibilità dal lato della domanda si intende il grado di fungibilità del prodotto di riferimento con altri prodotti che la domanda considera sostitutivi in base ai parametri essenziali, determinati dalla funzione d'uso, dalle caratteristiche del prodotto e dal prezzo. Quanto alla sostituibilità sul versante dell'offerta, occorre verificare se, a fronte di un piccolo ma durevole aumento di prezzo del prodotto di riferimento, vi siano imprese che, pur essendo attive nella produzione di beni non fungibili, siano tuttavia capaci di produrre il bene di riferimento, convertendo la propria capacità produttiva in un breve periodo di tempo e senza affrontare ingenti investimenti.

Secondo le indicazioni della Comunicazione in esame, occorre che i fornitori siano in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti (o da offrire i servizi) e immetterli sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi (che le imprese di settori limitrofi e, in senso inverso, le imprese ricorrenti siano in grado di modificare la loro organizzazione e la specializzazione dei loro dipendenti, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi).

Possono essere considerati sostituibili dal lato dell'offerta i prodotti comunque caratterizzati da un grado di affinità molto marcata e fabbricati sulla base della stessa tecnologia (o i servizi aventi tali caratteristiche), per i quali cioè una conversione della capacità produttiva o comunque di lavoro sia realisticamente attuabile in tempi brevi e senza sovraccosti significativi (così il formulario dell'Autorità Garante per la comunicazione delle concentrazioni).

Quanto al mercato geografico, la Corte di Giustizia ha più volte fornito indicazioni per la

definizione del mercato geografico rilevante (fin dal caso Michelin, sent. 9 novembre 1983, causa c. 322/81), anche al fine di determinare se la fattispecie possa avere rilevanza sul commercio tra gli Stati membri, ed abbia come oggetto o come effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Più di recente anche il Tribunale di primo grado ha seguito le indicazioni elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ribadendone le linee essenziali (si veda Trib. I grado, sentenze 6 giugno 2002, causa T-342/99, Air Tours/Commissione; 28 febbraio 2002, causa T-86/95, Compagnie General Maritime/Commissione; 6 luglio 2002, causa T-62/98, Volkswagen/Commissione). Il mercato geografico può così essere definito come il territorio nel quale tutti gli operatori economici si trovano in condizioni di concorrenza analoghe, con riferimento proprio ai prodotti o servizi considerati. In tale ottica non è affatto necessario che le condizioni obiettive di concorrenza tra gli operatori economici siano perfettamente omogenee. È sufficiente che esse siano analoghe o sufficientemente omogenee (in tal senso, sentenza United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, 14.2.1978, causa 27/76, punti 44 e 53, la già citata sent. MOTOE, punto 34). Inoltre, tale mercato può essere limitato a un solo Stato membro (vedi in tal senso, sentenza Michelin/Commissione, citata supra, punto 28) o ad una parte di esso.

Quanto all'altro ambito che va definito ai fini dell'applicazione delle regole antitrust, quello del mercato del prodotto (si parla di “mercato del prodotto” ma in realtà si può trattare anche di servizi), si può ancora aggiungere che ha importanza essenziale delimitare anche il mercato del prodotto (o dei servizi), poiché la concorrenza non può essere valutata se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti o servizi di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti o servizi sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti. Per affermare che detti prodotti o servizi costituiscono un mercato distinto, si devono individuare gli stessi secondo le loro caratteristiche ed in funzione dei bisogni che valgono a soddisfare.

La definizione del mercato rilevante in senso merceologico è importante sia in ordine all'applicazione del divieto delle intese, sia in ordine all'applicazione del divieto degli abusi di posizione dominante. Elemento che va verificato per entrambi i casi è quello della fungibilità dei prodotti, valutazione che, come già si è detto, va compiuta sia dal lato della domanda, sia dal lato dell'offerta. Quanto al primo profilo, i prodotti o i servizi devono essere percepiti come fungibili dal consumatore, non solo per le loro caratteristiche tecniche e funzionali, ma anche per il livello del loro prezzo. Dal lato dell'offerta, invece, si deve avere riguardo non solo a tutte le imprese operanti in un certo settore, ma anche a quelle che potrebbero in esso operare in vista della possibilità di una conversione economicamente e commercialmente vantaggiosa, ancorché si registri la tendenza a definire il mercato non in relazione ad un certo settore, bensì ad un suo segmento ristretto (si veda sul punto: Corte di Giustizia, sentenze 21 febbraio 1973, causa 6/72, Continental Can Company/Commissione; 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oreal/De Nieuve; Trib. I Istanza 7 luglio 2000, caso Volkswagen).

Nello stesso senso si è mossa la giurisprudenza nazionale, potendosi segnalare a titolo di esempio la sentenza del Consiglio di Stato sul caso assicurazioni per il Comune di Milano (sent. n. 1189/2001, ove il mercato rilevante è stato addirittura individuato nella domanda dello specifico acquirente, appunto il Comune, stante la ritenuta sua peculiarità rispetto sia alla domanda di soggetti privati che a quella di altri enti pubblici) e la sentenza di questa Corte (sez. 1, sent. n. 6368 del 17.5.2000, rv. 536591), che ha dato atto come la giurisprudenza comunitaria abbia considerato ogni singolo scalo aeroportuale un mercato di riferimento valido ad individuare il mercato rilevante (vedi ad esempio *ex pluribus* e più di recente sent. Corte Giust. CE del 24.10.2 002, C- 82/2001, Aéroports de Paris/Commissione) e si è motivatamente adeguata a tale impostazione. Ma molteplici sono i casi in cui le Corti comunitarie hanno limitato la definizione del mercato rilevante con specifico riferimento al segmento di mercato che rappresentava l'oggetto delle transazioni di rilievo

nel giudizio. Si vedano, fra le pronunce più recenti, le sentenza dell'8.10.2008 del Tribunale di Primo Grado (T68/04 e T69/04, SGL Carbon - Schunk Gmbh e al. vs Commissione), ove il mercato è stato definito con riferimento ai prodotti carbonio e grafite destinati al settore elettrico e meccanico; la sentenza della Corte Giust. dell'11.9.2008 (C-279/06, Cepsa vs LV Tobar e Hijos SL), ove il mercato rilevante è stato individuato in quello dei contratti di fornitura di birra destinati alle stazioni di servizio, o la già citata sentenza MOTOE, che ha limitato il mercato rilevante a quello dell'organizzazione di gare di motociclismo. Ma anche in passato questa tendenza è stata registrata, e proprio in tema di definizione del mercato per la verifica dei denunciati abusi di posizione dominante (vedi sentenze 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, punto 5; Michelin/Commissione, già citata sopra, punto 37; Der Grune Punkt + 1/Commissione, T-151/2001, punti 148, 164, 181; 13 dicembre 2007, causa C-250/06, United Pan-Europe Communications e al., punto 21).

Infine, anche le pronunce dell'Autorità Garante nazionale sono solitamente orientate a restringere il mercato rilevante addirittura all'ambito delle specifiche transazioni in contesa: così al servizio del trasporto scolastico per il Comune di Roma (provv. n. 4304 del 10.10.96), alla vendita delle frequenze UMTS (provv. n. 9694 del 27.6.2001), al servizio di emissione di buoni pasto per le mense dell'amministrazione (provv. n. 10831 del 13.6.2002) e, in modo particolarmente significativo per il caso in esame, alle opere necessarie alla distribuzione e manutenzione del gas metano ai fini del riscaldamento (provv. n. 4000 del 19.6.96).

Ora, esaminando la sentenza impugnata non può che rilevarsi l'assoluta assenza di un'analisi condotta nei termini indicati ai fini di una corretta individuazione del mercato rilevante.

Sul punto, infatti, la sentenza si è limitata a riferire che la consulenza tecnica d'ufficio aveva escluso la possibilità di ravvisare un tale mercato per il settore di attività di interesse prevalente delle imprese attrici (collocazione e manutenzione delle linee elettriche di media e bassa tensione) e che l'A.G.C.M. aveva asserito, nella nota in data 17.11.95, che non sembrava "potersi configurare uno specifico mercato della costruzione di linee aeree e sotterranee, esecuzione di opere civili e posa di cavi sotterranei finalizzata esclusivamente al vettoriamento di energia elettrica". Deve al riguardo rilevarsi che, in merito ai risultati dalla CTU, sono riferiti nella sentenza impugnata (pag. 12/13) i parametri che avrebbero indotto ad escludere la sussistenza di uno specifico mercato rilevante, parametri che, per quanto si dirà in seguito, non appaiono risolutivi. Né la sentenza stessa risulta aver espresso le ragioni per le quali riteneva di condividere una simile conclusione.

Quanto alla nota dell'A.G.C.M., correttamente la Corte territoriale afferma che un simile parere non è vincolante per l'A.G.O.; né a diverse conclusioni si perviene a seguito del Reg. 1/2003 il cui art. 16, preoccupandosi di dettare regole per l'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza, stabilisce che, allorché le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'art. 81 e 82 del Trattato su fattispecie che siano già oggetto di una decisione adottata dalla Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Tale vincolo, fra l'altro, riguarda le decisioni della Commissione e non delle Autorità garanti nazionali, mentre la giurisprudenza e le proposte normative di cui si sta discutendo indicano nell'eventuale decisione già intervenuta dall'A.G. uno strumento di prova privilegiato, a fronte del quale si potrebbe configurare un'inversione dell'onere della prova.

Del resto, anche per la decisione dell'A.G.C.M. nel caso di specie, la sentenza impugnata si limita a riportarne le conclusioni, senza precisare le ragioni che avrebbero condotto al giudizio negativo sullo specifico mercato, rivendicato dalla difesa ricorrente. Anzi, in modo contraddittorio, dopo aver affermato che il parere non è vincolante, rileva che l'esclusione della specificità del mercato assumeva un significato quasi preclusivo di ogni altra disquisizione.

Né, come sopra si è detto, i parametri indicati dai CTU e riferiti nella sentenza impugnata valgono ad escludere la ricorrenza di un mercato specifico e di una posizione dominante di E. su detto mercato.

Infatti, da un lato, sembra che sia preso in considerazione un mercato sicuramente troppo vasto, quale quello delle opere civili in genere, dall'altro si considera più opportunamente il mercato dell'esecuzione di opere di scavo e manutenzione di impianti a rete nella Regione Puglia (rilevandosi che in tale settore la domanda proviene non solo da E., ma anche da amministrazioni pubbliche locali e da altre imprese di gestione di impianti a rete); ma allora si sarebbe dovuto verificare, con il riferimento alle quote di mercato detenute da ciascuna entità su detto mercato, se E. si trovasse o meno in una posizione dominante. Non si tratta infatti di determinare se E. sia monopolista su detto mercato, ma se sia in posizione dominante rispetto alle quote detenute da altri operatori.

La conclusione (pag. 13) tratta dai giudici baresi, secondo cui "consegue da tutto ciò che né dal punto di vista dell'offerta né dal punto di vista della domanda è configurabile in Puglia un mercato specifico e/o rilevante che riguardi gli appalti di posa in opera e manutenzione di linee elettriche di media e bassa tensione" e la successiva considerazione "il che evidentemente esclude ogni possibilità di fare applicazione della normativa antitrust nazionale" appaiono apodittiche. Non tengono conto della possibilità che il mercato rilevante nel caso di specie potesse essere indicato come quello non così specifico, limitato alle transazioni *inter partes*, bensì come quello un po' più ampio, dell'esecuzione di opere di scavo e manutenzione di impianti a rete nella Regione Puglia, mercato indicato dalle considerazioni degli stessi C.T.U., ma rispetto al quale non sembra siano state compiute e quantomeno non risultano riferite ulteriori considerazioni in ordine alla posizione di E..

Il fatto rilevato dalla sentenza impugnata che le società ricorrenti abbiano lavorato anche in altri settori e per altre imprese non elimina che vi possa comunque essere una posizione dominante di E. nello specifico mercato in cui le imprese risultavano essersi specializzate. Non è necessario dimostrare infatti che E. sia l'unica impresa in grado di offrire lavoro alle imprese specializzate, ma che E. rivesta sul mercato così definito una posizione di preminenza, tale da condizionare in modo rilevante le scelte degli altri soggetti delle transazioni.

Si trattava, quindi, di definire le quote detenute da E. rispetto alle altre possibili offerte reperibili sul mercato dalle imprese ricorrenti, in relazione alla loro eventuale specializzazione ed in seguito, quale passo successivo, di accertare se E., oltre ad essere in posizione dominante, abbia di fatto abusato di tale posizione, imponendo "condizioni... non eque" o "condizioni dissimili per prestazioni equivalenti" (così l'art. 82 lett. a) e c) del Trattato), o meglio "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose" o "condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti" (secondo l'analoga disposizione di cui all'art. 3 lett. a) e c) L. 287/90, applicabile nella specie), determinando così per i contraenti una ingiustificatamente insufficiente remunerazione ed ingiustificati svantaggi in termini di concorrenza sul mercato.

Quanto al mercato geografico, la sentenza impugnata non si è fatta carico di chiarire se abbia inteso fare riferimento al mercato nazionale o ad una parte di esso: a volte parla della Regione Puglia, altre volte del centro-nord, contrapponendovi così forse implicitamente l'area del centro-sud, ma in ogni caso non vi è una chiara presa di posizione sul punto.

È vero che la sentenza afferma che "la sola connotazione geografica del riferimento non appare utile a configurare l'esistenza di un mercato distinto in carenza del contemporaneo dato contenutistico essenziale ai fini dell'applicazione della normativa antitrust", tuttavia una corretta definizione del mercato rilevante non può prescindere dalla individuazione del mercato di riferimento in termini territoriali, oltre che in termini di prodotti e/o servizi considerati.

3.1. Come terzo motivo di censura, le ricorrenti hanno dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. 287/90 in relazione all'accertamento negativo degli abusi di posizione dominante.

La Corte, dopo aver escluso la posizione dominante di E., aveva, altresì, escluso che i comportamenti imputati ad E., ed in particolare il comportamento negoziale che si era concretizzato in talune clausole contrattuali riferite ai c.d. valori-punto e quindi alla remunerazione dei prezzi corrisposti, potessero essere abusivi.

Tale motivazione, però, non poteva essere considerata autonoma ed autosufficiente, ma era strettamente e logicamente collegata all'accertamento negativo della posizione dominante, che a sua volta risaliva ad una ricostruzione eccessivamente ampia del mercato rilevante.

Concludeva, quindi, la difesa delle ricorrenti per la cassazione della sentenza impugnata con rinvio ad altra Corte d'Appello affinché fossero applicati i principi di diritto secondo cui la perdita di capacità processuale del fallito è relativa e secondo cui il mercato rilevante debba essere definito come il più piccolo contesto, in termini di insieme di prodotti e area geografica, nel cui ambito è possibile, in ragione delle possibilità esistenti, la creazione di una posizione dominante.

Concludeva con la formulazione del seguente quesito di diritto:

"Dica la Corte se l'eccezione relativa alla perdita della capacità processuale del fallito, a seguito della dichiarazione di fallimento, sia assoluta o relativa alla massa dei creditori e dica se sia concesso eccepirla solo alla massa, e per essa al Curatore e non anche alla controparte se il Curatore rimane inerte ed il fallito agisce per conto suo; dica altresì la Corte se l'inerzia del Curatore (in presenza della quale il fallito può agire per proprio conto) possa dirsi superata solo con l'esercizio dell'azione davanti al Giudice competente ovvero anche qualsivoglia attività amministrativa degli organi fallimentari, come la richiesta del Curatore al G.D. di acquisire il parere di un legale.

Accerti la Corte se E. detenga una posizione dominante nell'ambito di un mercato rilevante definito come il più piccolo contesto in termini di insieme di prodotti e di area geografica nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato".

3.2 Al terzo motivo del ricorso la difesa E. replicava rilevando che lo stesso andava rigettato poiché le argomentazioni delle ricorrenti apparivano contraddittorie.

Dopo aver contestato che si potesse negare l'esistenza di condotte abusive di E. s.p.a. come conseguenza dell'inesistenza della posizione dominante della stessa, le società ricorrenti avevano affermato il contrario, sostenendo che la disparità di trattamento, perpetrata da chi non era in posizione dominante, non era di per sé una condotta abusiva.

La Corte aveva correttamente valutato che le ricorrenti non avevano dato prova che le condizioni contrattuali praticate avessero determinato una distorsione del mercato penalizzandole. L'assenza di posizione dominante di E. di per sé escludeva la configurabilità di una condotta illecita a carico di questa per violazione delle norme antitrust.

L'art. 3 L. 287/90, infatti, statuiva che il riscontro di un illecito non poteva prescindere da un preventivo accertamento positivo della posizione dominante.

La Suprema Corte aveva, appunto, stabilito che "...mentre nell'art. 3 L. Antitrust la posizione dominante è il presupposto dell'illecito, nell'art. 2 l'illecito può perfezionarsi indipendentemente da tale posizione sul mercato..." (Cass. civ. Sez. I n. 827/99 e n. 6368/00).

Ad avviso della difesa di E., la successiva elencazione delle condotte abusive dell'art. 3 L. Antitrust era da considerarsi puramente esemplificativa. Le parti ricorrenti, inoltre, lamentavano le

conseguenza di gare che E. aveva condotto nel rispetto degli obblighi derivanti dalla legge e dalla convenzione di concessione.

Ammesso e non concesso che da tali gare possa essere derivato un danno ingiusto per le imprese attrici, si sarebbe comunque trattato di condotta esentata ex art. 8 L. 287 dall'applicazione del diritto antitrust (imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero che operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati). Non vi è dubbio che la costruzione e manutenzione di linee elettriche rientri negli specifici compiti, sicché l'impresa concessionaria, che abbia rispettato le norme di legge sull'evidenza pubblica in materia di lavori, forniture e servizi, è per ciò solo esente da possibili accuse di abuso di posizione dominante.

Anche nell'art. 3 L. 287/90 si poteva rilevare che lo stesso non fosse applicabile ad imprese che esercitassero gestione di servizi di interesse economico generale.

La difesa della controricorrente concludeva chiedendo il rigetto del ricorso e la condanna delle ricorrenti al pagamento delle spese legali.

3.3. È conseguente all'accoglimento del secondo motivo di ricorso l'accoglimento anche del terzo motivo, essendo vero infatti che il giudizio della Corte territoriale circa l'assenza di abusi risulta condizionato dall'errata definizione del mercato rilevante.

Va incidentalmente considerato, quanto ai quesiti di diritto formulati dalla difesa ricorrente che il nuovo testo di cui all'art. 366 bis è stato introdotto dall'art. 6 del D.lgs. 2.2.2006 n. 40 (entrato in vigore il 1.3.2006). A norma dell'art. 27, comma 2, del citato decreto legislativo tale disposizione si applica ai ricorsi per cassazione proposti avverso la sentenza e gli altri provvedimenti pubblicati a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto. Nel caso di specie la sentenza impugnata è stata depositata il 9.8.2005, onde la nuova norma non trova applicazione.

Quanto all'esimente invocata dalla difesa dell'E. circa l'applicabilità della previsione di cui all'art. 8 della L. 2 87/90, si deve rilevare che l'eccezione sembra essere stata opposta per la prima volta in questa sede. In ogni caso, va negato che le imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse generale siano per ciò solo esentate dal rispetto delle norme in materia antitrust. Deve invece essere affermato che presupposto per l'operatività della disposizione invocata è che il comportamento denunciato si ponga come strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti affidati all'impresa che eserciti la gestione di servizi di interesse economico generale. Non sono stati nel caso di specie rappresentati gli elementi in forza dei quali possa dirsi dimostrata la ricorrenza di un simile presupposto, non avendo E. speso argomenti per convincere dell'assoluta necessità di porre in essere le condizioni contrattuali operate nei confronti delle imprese ricorrenti al fine di assolvere al compito svolto dalla medesima impresa nell'interesse economico generale. Non vi sono elementi che inducano a ritenere che il comportamento attuato fosse effettivamente l'unico possibile mezzo per il perseguimento della sua specifica missione istituzionale.

A proposito del rilievo che le ricorrenti non abbiano dato prova che le condizioni contrattuali praticate avessero determinato una distorsione del mercato penalizzandole, deve innanzitutto rilevarsi che nella sentenza impugnata nulla si dice in merito all'accertamento circa l'applicazione di prezzi inferiori ai costi, laddove si sarebbe dovuto verificare se il prezzo dei servizi prestati ad E. si collocasse sopra o sotto il livello del costo delle prestazioni resa, trattandosi di fare riferimento al costo medio del settore.

Quanto alle condizioni oggettivamente diverse praticate alle ditte del centro-nord per prestazioni equivalenti, sarebbe stato necessario e sufficiente sottoporre a confronto i contratti prodotti dalle imprese ricorrenti, mentre di ciò non è fatto alcun cenno nella sentenza impugnata, né sono state

analizzate le ragioni che avrebbero potuto giustificare un simile diverso trattamento.

Tornando alla motivazione che ha indotto la Corte barese ad escludere l'abuso di posizione dominante, si rileva che in sostanza l'abuso di posizione dominante è stato escluso in dipendenza dell'esclusione della posizione dominante. Ed invero, l'affermazione della Corte secondo la quale "non è sufficiente comprovare la esistenza di disparità di trattamento contrattuale per affermare la esistenza di abusi in un mercato specifico" risulta fondata solo se il contraente che pratica il metodo della disparità di trattamento non si trovi in posizione dominante. Difatti, in tal caso, la disparità di trattamento è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non può dirsi sia così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, che sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile o grandemente difficile reperire sul mercato adeguate alternative.

Del resto, anche la valutazione di inutilità dello svolgimento dell'ulteriore attività istruttoria proposta dalla difesa delle imprese attrici, si fonda sulla ritenuta carenza della posizione dominante di E., valutazione questa che, come si è detto, consegue alla ricostruzione eccessivamente ampia o comunque indefinita del mercato rilevante.

4. In conclusione, il ricorso merita accoglimento, dovendo disporsi la cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'Appello di Bari in diversa composizione, affinché decida in applicazione dei principi di diritto sopra indicati, provvedendo anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Bari in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.