



N. R.G. 2890/2021



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Sezione prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Massimo Meroni	Presidente
dr. Silvia Brat	Consigliere rel.
dr. Manuela Cortelloni	Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa iscritta al n. r.g. **2890/2021** promossa in grado d'appello

da

**HERA TRADING SRL** (C.F. 02060500390), con il patrocinio degli avv.ti DAVIDE GIORGIO CONTINI e FRANCESCO SCIAUDONE, elettivamente domiciliata in CORSO EUROPA, 12 20122 MILANO presso il difensore avv. DAVIDE GIORGIO CONTINI

appellante

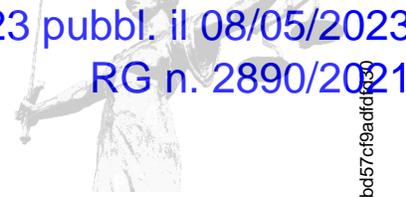
contro

**TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH** (C.F. ATU52744909), con il patrocinio degli avv.ti CARLO FERDINANDO EMANUELE, MARIO SIRAGUSA, PAOLO BERTOLI, LUCIANA BELLIA, FRANCESCA GESUALDI, elettivamente domiciliata in PIAZZA DI SPAGNA, 15 00187 ROMA presso il difensore avv. CARLO FERDINANDO EMANUELE

appellata

pagina 1 di 18





avente ad oggetto: Controversie in materia di intese e abuso di posizione dominante per violazione antitrust dell'UE

Conclusioni per HERA TRADING SRL:

Voglia la Corte d'Appello adita, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione

**RIFORMARE** la sentenza n. 6374/2021, pubblicata mediante deposito in cancelleria in data 22 luglio 2021, resa tra le parti dal Tribunale di Milano nella causa civile di primo grado iscritta al numero di ruolo generale 27062/2018 e, per l'effetto, accogliere le seguenti domande:

**NEL MERITO**

- Accertare e dichiarare che i comportamenti di TAG GmbH dedotti in narrativa costituiscono un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 del TFUE;
- accertare e dichiarare che i medesimi comportamenti costituiscono altresì un abuso di dipendenza economica, un abuso del diritto, una fattispecie di concorrenza sleale e una violazione della disciplina sulla buona fede;
- ai sensi dell'art. 278 c.p.c., disporre la condanna generica di TAG GmbH al risarcimento dei danni cagionati a Hera Trading S.r.l. in conseguenza della condotta illecita e anticoncorrenziale da essa serbata; danni che verranno quantificati e liquidati in un separato e successivo giudizio

**IN VIA ISTRUTTORIA**

si insiste l'ammissione delle istanze istruttorie formulate nel giudizio di primo grado e, in particolare, si chiede che la Corte d'Appello adita voglia ordinare a TAG GmbH l'esibizione ex art. 210 c.p.c. e art. 3 D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3:

- 1) dei piani tariffari approvati e in corso di approvazione da cui risultino le modalità e i tempi di recupero dei costi dell'investimento inerenti al potenziamento dell'infrastruttura (c.d. "Progetto di Ampliamento TAG EXP04");
- 2) dei bilanci e della documentazione finanziaria pertinente di TAG GmbH da cui risulti l'ammortamento dell'investimento relativo al Progetto di Ampliamento TAG EXP04;
- 3) del piano di ammortamento del Progetto di Ampliamento TAG EXP04 da cui



risulti l'incidenza dei Contratti su tale piano di ammortamento;

4) di un prospetto riepilogativo indicante: (i) le modalità di offerta agli *shippers* della capacità di trasporto da parte di TAG GmbH (aste su base giornaliera, mensile, annuale, pluriennale) dal 1° aprile 2013 al 30 settembre 2019; (ii) i termini e le condizioni contrattuali sulla base dei quali è stata aggiudicata la capacità di trasporto sul Gasdotto TAG dal 1° aprile 2013 al 30 settembre 2019.

Si chiede altresì che codesta Corte d'Appello voglia disporre consulenza tecnica d'ufficio volta a chiarire se, anche alla luce del regime tariffario applicabile all'infrastruttura, le condizioni contenute nei Contratti siano deteriori, e in che misura, rispetto a quelle offerte da TAG GmbH successivamente al 2012 per l'allocazione della capacità di trasporto su base *short term*, nonché a determinare la sussistenza di un danno patrimoniale (in termini di lucro cessante e danno emergente) a carico di Hera Trading in ragione del mantenimento del vincolo ventennale previsto dai Contratti.

### **IN OGNI CASO**

con vittoria di spese e compensi di lite di entrambi i gradi del giudizio.

### Conclusioni per TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH:

Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello adita, *contrariis reiectis* e previa ogni necessaria od opportuna declaratoria:

(i) in via principale, rigettare l'appello proposto da Hera Trading S.r.l. in quanto infondato in fatto ed erroneo in diritto per le ragioni esposte nei paragrafi V-VII della comparsa di costituzione in appello, confermando integralmente la sentenza del Tribunale di Milano n. 6374/2021 (Sez. XIV – Spec. in materia di impresa "A"; G.U. Dott. Rolfi; R.G. n. 27062/2018) pubblicata in data 22.7.2021;

(ii) in via subordinata, per le ragioni esposte in primo grado e ritenute assorbite nell'impugnata sentenza, nonché riproposte nei paragrafi VIII.1-VIII.9 della comparsa di costituzione in appello:

a. dichiarare il difetto di giurisdizione dei giudici italiani in favore dei giudici austriaci;

b. dichiarare la nullità dell'atto di citazione ex art. 164, comma 1 e/o comma 4, c.p.c.;





c. dichiarare il difetto di legittimazione attiva e/o interesse ad agire di Hera Trading S.r.l. nonché il difetto di legittimazione passiva di Trans Austria Gasleitung GmbH; e/o

d. rigettare le domande avversarie nel merito;

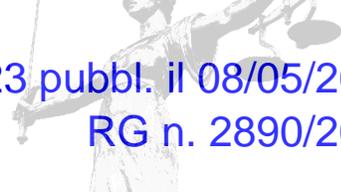
(iii) ove occorra, in via istruttoria, rigettare le istanze istruttorie formulate da Hera Trading S.r.l. nel giudizio di primo grado in quanto inammissibili, irrilevanti e/o non espressamente riproposte in appello.

In ogni caso, con vittoria di spese, competenze professionali e onorari (oltre IVA e CPA come per legge) di entrambi i gradi di giudizio.

### **Concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto**

1. Il Tribunale di Milano, con sentenza n. 6374/21, ha:
  - dichiarato il difetto di giurisdizione a conoscere della domanda proposta da HERA TRADING srl contro TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH, essendo la controversia devoluta ad un collegio arbitrale in forza del regolamento d'arbitrato della Camera di Commercio Internazionale con sede a Parigi;
  - condannato l'attrice a rifondere le spese di lite in favore della convenuta.
2. Parte attorea - che opera nel campo della produzione, approvvigionamento, importazione, acquisto, vendita ed esportazione di gas naturale ed energia elettrica - assumeva che aveva concluso nell'anno 2006 il contratto long term transportation contract con TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH, gestore TSO (transmission system operator) del cd. "gasdotto TAG", ossia di quello che, secondo l'attrice, costituisce uno dei soli due sistemi di accesso al mercato del gas naturale in Nord Europa e Russia. Successivamente, HERA TRADING SRL era subentrata in un secondo, simile contratto, originariamente stipulato da una propria società controllata.
3. Evidenziava l'attrice che, all'epoca della conclusione dei contratti, la situazione dell'approvvigionamento presentava diversi profili di criticità dovuti, sia a vicende internazionali, sia al fatto che TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH era controllata da ENI s.p.a., la quale in tal modo aveva ottenuto l'acquisizione preponderante del volume di trasporto, con la conseguenza che la conclusione di contratti long term costituiva l'unica





possibilità per parte attorea di assicurarsi un adeguato approvvigionamento di gas naturale dalla Russia.

4. Il contesto era, poi, cambiato a seguito dell'istruttoria avviata nel 2007 dalla Commissione Europea, allo scopo di accertare un possibile abuso di posizione dominante. Tale istruttoria aveva comportato la dismissione, da parte di ENI SPA, della partecipazione in TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH. La conseguenza di ciò era che TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH aveva iniziato ad allocare la capacità di trasporto del gasdotto con un sistema di aste giornaliere spot a favore di tutti gli operatori.
5. HERA TRADING SRL deduceva che tale evoluzione creava una situazione di svantaggio per gli operatori vincolati da contratti long term, in quanto questi ultimi sono caratterizzati da elevati costi fissi, senza che tuttavia vi sia possibilità di ottenere una revisione dei prezzi stessi e tanto meno di scioglimento dal vincolo contrattuale, non essendo tali possibilità contemplate nelle previsioni pattizie.
6. L'attrice aveva avviato un confronto con TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH allo scopo di verificare la possibilità di rinegoziare un nuovo contratto, senza tuttavia conseguire risultato alcuno. Pertanto, l'attrice deduceva la sussistenza di una responsabilità della convenuta sotto molteplici profili:
  - 6.1. violazione del divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE;
  - 6.2. abuso di dipendenza economica;
  - 6.3. violazione del principio di buona fede e del divieto di abuso del diritto;
  - 6.4. concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3), c.c..
7. TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH eccepiva:
  - 7.1. l'operatività della clausola arbitrale contenuta nei due contratti azionati in giudizio;
  - 7.2. il difetto di giurisdizione del giudice italiano, dovendosi ritenere la controversia rimessa alla giurisdizione del giudice austriaco;
  - 7.3. l'improponibilità della domanda, rientrando la medesima nell'ambito di applicazione dell'art. 132, par. 2, n. 1, del GWG 2011 e dell'art. 12, par. 1, n. 2, dell'"EControl Act" del 2010, ossia di norme austriache aventi rango costituzionale, che disciplinano il settore del gas naturale e che condizionano l'instaurazione delle controversie tra gli operatori del settore alla preventiva decisione ufficiale dell'autorità regolamentare austriaca nell'ambito di una procedura di risoluzione delle controversie;





- 7.4. Il difetto di legittimazione attiva di HERA TRADING SRL, invocando, detta parte, l'operatività del *passing on*, con conseguente assenza di prova di un effettivo danno in capo all'attrice;
  - 7.5. l'infondatezza nel merito della domanda di HERA TRADING SRL, evidenziando, La convenuta, in particolare:
  - 7.6. che la durata ventennale prevista nei contratti de quibus era giustificata dallo stretto collegamento delle operazioni contrattuali con il potenziamento della capacità di trasporto del gasdotto e con i costi del potenziamento ed i ricavi contrattuali;
  - 7.7. che i *long term contracts* costituiscono la componente preponderante degli accordi conclusi con gli operatori;
  - 7.8. che la decisione di procedere a meccanismi di asta quotidiana rappresentava la mera ottemperanza a modifiche regolamentari intervenute a livello nazionale ed eurounitario.
8. Il giudice di prime cure osservava che le pretese attoree erano sussumibili nell'area della responsabilità contrattuale e che, pertanto, erano sottoposte all'operatività della clausola compromissoria. Premetteva che l'eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza della disciplina di cui alla legge 5 gennaio 1994, n. 5 e al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito, dando così luogo ad una questione di giurisdizione e rendendo ammissibile il regolamento preventivo di cui all'art. 41 c.p.c..
  9. Quanto alla legge applicabile alla clausola compromissoria (costituente un accordo distinto dal contratto in cui è contenuta), il giudice rilevava che le parti non si erano pronunciate in modo esplicito e che avevano richiamato i principi codicistici nazionali, con il che doveva ritenersi applicabile la legge italiana.
  10. Il Tribunale di Milano indicava, poi, puntualmente le censure sulle quali si fondavano le domande attoree e specificatamente l'assenza nei contratti long term di clausole di revisione della durata e dei prezzi, di recesso o di risoluzione e ciò a fronte delle politiche commerciali di TAG che avevano portato all'adozione di aste giornaliere per l'offerta di capacità e del rifiuto della stessa TAG di riequilibrare le posizioni delle parti, rifiuto motivato dall'impossibilità, in tal modo, di recuperare gli investimenti effettuati. Rilevava





che tutte le condotte indicate e anche quelle sussumibili nell'alveo tanto degli artt. 1175 e 1375, quanto dell'art. 2598 c.c. riguardavano direttamente la fase della contrattazione e della successiva esecuzione di contratti già conclusi, essendo quindi comprese nella clausola compromissoria. In particolare, poi, il giudice esplicitava le ragioni per le quali non condivideva i principi espressi dal precedente di legittimità citato da parte attorea, ossia Cass. civ. n. 20673/16. All'uopo richiamava i seguenti punti. La dicitura "qualsiasi controversia" doveva essere interpretata sia per le pretese basate sul contratto, sia per quelle attinenti alla responsabilità aquiliana, in cui il contratto era solo un fatto costitutivo dell'azione, posto che in ogni caso tali pretese originavano sempre dallo stesso fatto storico costituito dal contratto; altrettanto era a dirsi per il caso di abuso di dipendenza economica, rispetto alla quale la parte attorea aveva invocato i rapporti commerciali aventi origine contrattuale. In sostanza, l'orientamento prevalente dei giudici di legittimità era nel senso di un'interpretazione ampia della clausola compromissoria, con un'estensione a tutte le controversie che trovano nel contratto fonte diretta o indiretta; con la conseguenza che, anche a considerare la natura aquiliana della responsabilità, doveva ammettersi la sussunzione nell'ambito della clausola compromissoria, in coerenza anche con i criteri enunciati da CGUE causa C- 595/17.

11. Rilevava, di conseguenza, che, impingendo la domanda sulla violazione dell'art. 102 TFUE, l'interpretazione del diritto UE fornita dalla CGUE risulta vincolante per l'interprete nazionale e, quindi, posto che la violazione dell'art. 102 TFUE ben può concretizzarsi nei rapporti contrattuali, tali condotte dovevano necessariamente essere ricondotte all'area dell'esecuzione del contratto e, dunque, alla responsabilità contrattuale con riconducibilità nell'ambito della clausola compromissoria. Tanto valeva anche con riguardo alla fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, in linea con i condivisi arresti di legittimità di cui a Cass. civ. n. 24906/11 e ancor più in relazione alla dedotta violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c..

12. Avverso la predetta decisione interponeva gravame HERA TRADING, chiedendo che nel merito fosse accertato che i comportamenti posti in essere da TAG GmbH costituivano abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE; che dette condotte costituiscono altresì abuso di dipendenza economica e integrano la fattispecie di



concorrenza sleale di cui all'art. 2598, n. 3 c.c., oltre che violazione della buona fede, con emissione di condanna generica ex art. 278 c.p.c..

13. Parte appellata chiedeva la conferma della decisione di prime cure, riproponendo tutte le ulteriori eccezioni svolte in primo grado ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 346 c.p.c..
14. Dopo l'udienza di prima comparizione del 2.3.22, la causa era trattenuta in decisione all'udienza del 16.11.22 sulle conclusioni come dalle parti rassegnate, previa concessione di termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

### Motivi della decisione

15. I motivi sui quali la Corte deve pronunciarsi sono i seguenti:
  - 15.1. erroneo inquadramento della responsabilità a carico di TAG;
  - 15.2. erronea interpretazione e applicazione del canone di buona fede in materia di danno da illecito Antitrust;
  - 15.3. violazione e falsa applicazione delle norme in materia di interpretazione del contratto;
  - 15.4. violazione e falsa applicazione delle norme in materia di abuso di dipendenza economica.
16. Quanto al motivo sub 15.1, la difesa di HERA TRADING evidenziava la natura extracontrattuale della responsabilità, alla luce delle seguenti considerazioni. In base alla normativa comunitaria applicabile al settore gas, il TSO di un gasdotto è obbligato a gestire la rete in modo non discriminatorio, efficiente e trasparente, così da garantirne l'accesso equo a coloro che intendano entrarvi e creare trasparenza nel mercato (Direttiva 2009/73/CE, considerando n. 89). Di conseguenza, il ruolo del TSO è fondamentale per la competitività dei mercati nazionali del gas, con conseguente efficienza per il fronte consumatori. In tale contesto, invece, la condotta di TAG è in contrasto con tali principi in quanto, per ragioni strettamente economiche, l'odierna appellata, costringendo HERA a restare vincolata a contratti di lungo termine privi delle minime forme di flessibilità a tutela degli *shipper*, aveva posto in essere comportamenti illeciti in danno di HERA, con tutta una serie di vincoli alle scelte imprenditoriali della medesima e con ripercussioni negative sulla concorrenzialità. La corretta qualificazione giuridica di tali condotte avrebbe dovuto





indurre il giudice di prime cure a qualificare l'azione stessa nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, al fine specifico di valutare il rispetto dei principi cardine della libera concorrenza. Del resto, anche la giurisprudenza comunitaria e nazionale da tempo ha riconosciuto a chi abbia subito un danno a seguito di una violazione della normativa Antitrust il diritto di ricorrere in sede civilistica, per far accertare una responsabilità ex art. 2043 c.c.. In particolare, inoltre, rilevava che il richiamo alla decisione CGUE C- 595/17 Apple/Mja valeva, al contrario, a confermare l'impostazione di HERA, secondo cui nel caso in esame il contratto è solo occasione e non anche titolo in senso tecnico – giuridico della domanda, che trova origine in rapporti diversi da quello in occasione del quale sia stata convenuta l'attribuzione di competenza giurisdizionale. Osservava, infatti, che la Corte aveva ricondotto nell'alveo della responsabilità extracontrattuale tutte le vertenze originate da un contratto, ma riproducenti un'intesa illecita.

17. Quanto al motivo sub 15.2, la difesa dell'appellante censurava la motivazione della decisione, nella parte in cui il giudice di prime cure aveva semplicemente richiamato Cass. civ. n. 24071/17, la quale a sua volta aveva affermato che la responsabilità da contatto sociale è da ricomprendere nell'ambito della responsabilità contrattuale. Tale percorso argomentativo era erroneo, in quanto la parte attorea aveva lamentato non la violazione di doveri di protezione, bensì la commissione di illeciti aquiliani, in ragione della violazione della normativa Antitrust. Proprio tale diversa qualificazione prospettata dalla parte confliggeva con un'interpretazione estensiva della clausola, in quanto la disposizione dell'art. 808 quater c.p.c. consente l'interpretazione estensiva nel caso dubbio e non quando, come nel caso di specie, erano trattate controversie solo relative al contratto e non nascenti dal contratto. Tale argomentazione induceva ad escludere la controversia *de qua* nell'ambito della responsabilità contrattuale.

18. In relazione al motivo sub 15.3, l'impugnante osservava che del tutto erronea era la motivazione del Tribunale laddove il giudice aveva considerato sussumibili nell'alveo contrattuale tutte le controversie originate dal contratto, come fatto storico- naturalistico. Ed, invero, la mera lettura della clausola contenuta nel contratto consente di concludere che la stessa è circoscritta alle sole controversie che dovessero insorgere tra le parti in relazione all'esistenza, risoluzione, interpretazione o esecuzione del contratto, con esclusione, quindi, di ogni altra e diversa controversia. Tanto non consente



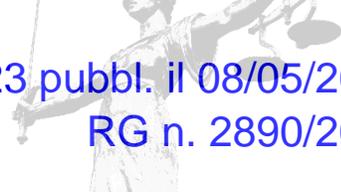


un'interpretazione estensiva, a maggior ragione esclusa se si considera anche che la clausola in esame era contenuta nel contratto concluso in data 3.2.2006 e quindi in epoca antecedente la legge di riforma del 2006.

19. Quanto al motivo sub n. 15.4, la difesa dell'appellante evidenziava come la condotta di TAG fosse censurabile anche alla luce delle disposizioni di cui alla L. n. 192/1998. Argomentava, infatti, che *“la dottrina pressoché unanime e la giurisprudenza sia di merito che di legittimità concordano nel ritenere che la norma in tema di abuso di dipendenza economica si applichi anche ad altri rapporti fra imprenditori in cui, prescindendo dallo specifico rapporto contrattuale, possa ravvisarsi la medesima ratio, che è quella di impedire che un'impresa approfitti della condizione di particolare debolezza di un'altra. Del resto - si osserva - lo stesso art. 9 L. 192/98 prevede che l'abuso possa consistere anche in comportamenti che rimangono estranei alla fattispecie contrattuale, quali l'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali o il rifiuto di vendere o di comprare e, dunque, in condotte che, collocandosi al di fuori del rapporto obbligatorio, costituiscono fonte di responsabilità di natura extracontrattuale a carico dell'impresa in posizione dominante”* (cfr. pag. 20 dell'atto di appello).

20. **Opinione della Corte quanto ai motivi sub nn. 15.1 - 15.4.** La Corte tratta congiuntamente i profili di gravame, attesa la loro intrinseca unitarietà. Appare necessario premettere il contenuto degli addebiti mossi da parte attorea (odierna appellante) a parte convenuta in prime cure, sulla base di quanto riassunto in sede di comparsa conclusionale. HERA TRADING ha chiesto l'accertamento a carico di TAG GmbH - anche in ragione della sua condizione di TSO - delle condotte illecite che si sono concretizzate: (i) inizialmente, nella mancata previsione nel contratto di clausole di revisione della durata contrattuale e dei prezzi, di recesso o di risoluzione; (ii) sin dal 2012, nella mancata tutela agli operatori vincolati da contratti *long term* - come Hera Trading - rispetto alle politiche commerciali di TAG GmbH che hanno portato all'adozione di aste giornaliere per l'offerta di capacità; (iii) successivamente, nel rifiuto di TAG GmbH - a fronte dell'istanza formalizzata da HERA TRADING - di ripristinare l'equilibrio contrattuale, sulla base della mera considerazione che la risoluzione del contratto non consentirebbe a TAG GmbH di recuperare gli investimenti effettuati ( cfr. pag. 41 della comparsa conclusionale). Parte convenuta replicava che la rinegoziazione dei contratti non le avrebbe consentito il





recupero degli investimenti effettuati per l'ampliamento del gasdotto negli anni 2005 – 2006, ampliamento richiesto dalla Commissione europea e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; che i modelli contrattuali sarebbero stati approvati dall'Autorità di settore, con esclusione di spazi individuali di manovra.

21. Questo essendo il contesto fattuale in cui si collocano gli addebiti mossi da HERA, la Corte parte da un'interpretazione letterale della clausola per desumere l'effettiva volontà dei contraenti. La clausola in esame recita: *“qualsiasi controversia o pretesa che insorga tra le Parti in relazione al presente Contratto di Trasporto, in riferimento all'esistenza, o risoluzione, interpretazione o esecuzione sarà deferita in via esclusiva e definitiva ad un collegio arbitrale in base al Regolamento d'arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, con sede a Parigi (Francia)”*. Ebbene, la stessa dicitura *“in relazione al presente contratto di trasporto”* evoca non tanto e non solo le pretese che trovano titolo giuridico nel rapporto contrattuale in esame, quanto, piuttosto, le pretese che hanno la loro genesi nell'operazione commerciale nel suo complesso; tanto che nella predetta disposizione negoziale vengono prese in considerazione le varie tipologie di vertenze che ruotano attorno al contratto, ossia le questioni inerenti l'interpretazione, la risoluzione, il recesso. Ora, sebbene con un'interpretazione estensiva possa concludersi che la mancata previsione ed il mancato inserimento di clausole di flessibilità nel contratto attenga sempre all'ambito contrattuale ( traducendosi l'auspicato comportamento nell'implementazione del programma contrattuale, mediante l'inserimento di norme negoziali flessibili), può anche aversi riguardo ad un'ottica extracontrattuale: laddove le parti, pur legate da un programma contrattuale, pongano in essere condotte illecite, causative di danno, in ragione sia della violazione di norme di buona fede e di correttezza, sia di condotte di abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE o di dipendenza economica. Ora, l'art. 808 quater c.p.c., nell'ipotesi di dubbio, prevede una sorta di *vis* espansiva del patto compromissorio e in tal senso si era pronunciata la giurisprudenza anche prima della riforma di cui alla legge n. 40 del 2006. In tale direzione Cass. civ. n. 28485/05 si è espressa nei seguenti termini: *“la clausola compromissoria deve, in mancanza di espressa volontà contraria, essere interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro “causa petendi” nel contratto medesimo”*: nella fattispecie, la parte



*ricorrente aveva dedotto la violazione a falsa applicazione degli artt. 1, 6 e 808 c.p.c., sostenendo che la Corte di merito aveva male interpretato il contenuto della clausola compromissoria, contenuta nella scrittura di vendita dell'esercizio commerciale, siccome si era con essa inteso devolvere ad arbitri amichevoli esclusivamente le liti in ordine all'applicazione ovvero all'interpretazione del contratto; laddove la controversia, imperniata sull'accertamento del comportamento doloso delle parti convenute, era estranea ai concetti di validità, applicazione ed interpretazione del contratto". Tale decisione richiama, negli stessi termini, Cass. civ. n. 1496/01 ed è ulteriormente ribadita nella decisione Cass. civ. n. 3795/19 che, in conformità alla requisitoria del PG, ha così deciso: "la clausola compromissoria, in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso di ascrivere alla competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la "causa petendi" nel contratto cui detta clausola è annessa. (In applicazione del predetto principio la S.C. ha ritenuto incluso nell'ambito applicativo della clausola compromissoria anche le controversie riferibili al periodo antecedente alla stipula della convenzione d'arbitrato). Ancora, in fattispecie sovrapponibile a quella in esame e anteriforma del 2006, Cass. civ. n. 23675/13 evidenziava che la clausola compromissoria concernente le controversie relative alla risoluzione di un contratto annovera nel suo ambito applicativo anche la domanda di risarcimento del danno derivante da lesione del diritto all'immagine, laddove un siffatto pregiudizio sia ricollegabile non già alla violazione di doveri, ex art. 2043 c.c., bensì all'inadempimento di precise obbligazioni assunte con il predetto contratto e sia, quindi, conseguente alla invocata responsabilità contrattuale. In epoca più recente, poi, Cass. civ. n. 26553/18 ha così statuito: "in tema di arbitrato, la portata della convenzione arbitrale che contenga l'indicazione delle liti da devolvere ad arbitri con riferimento a determinate fattispecie astratte, quali ad esempio, l'"interpretazione" e "l'esecuzione" del contratto, va ricostruita, ex art. 1362 c.c., sulla base della comune volontà dei compromettenti, senza limitarsi al senso letterale della parole; sicché, quando la clausola contenga il riferimento a definizioni giuridiche come sintesi del possibile oggetto delle future vertenze, esse non assumono lo scopo di circoscrivere il contenuto della convenzione arbitrale, in quanto un'interpretazione restrittiva della clausola comporterebbe la necessità di sottoporre a due diversi organi (arbitro e giudice ordinario) la decisione di*





*questioni strettamente collegate tra loro con una dilatazione dei tempi di giudizio. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che con clausola compromissoria riferentesi alle controversie scaturenti dall'interpretazione ed esecuzione del contratto le parti avessero inteso deferire alla competenza degli arbitri tutte le controversie aventi causa petendi in quell'accordo, compresa la domanda di nullità del contratto in quanto tendente a paralizzare l'attuazione di un programma negoziale nonché presupposto implicito di una controversia avente ad oggetto l'esecuzione del contratto).*

22. L'opposto pensiero, maggiormente restrittivo, si è consolidato in fattispecie del tutto particolari e supportate quanto meno da un contesto documentale particolare, dal quale ben possono essere ricavati importanti indici quanto alla volontà delle parti di non demandare tutte le questioni alla competenza arbitrale. A tale riguardo Cass, civ., n. 7398/98 ha evidenziato, peraltro, in tema di contratti collegati che *“poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri stranieri comporta una deroga alla giurisdizione del giudice ordinario, la clausola compromissoria deve essere espressa in modo chiaro ed univoco con riguardo alla precisa determinazione dell'oggetto delle future controversie e, in caso di dubbio in ordine all'interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione ordinaria; è pertanto da escludersi che, tramite la clausola compromissoria contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice ordinario e il deferimento agli arbitri si estendano a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale cui accede la suddetta clausola”*. Anche Cass. civ. n. 31350/22 si è espressa in termini non sovrapponibili al caso oggi in esame; in particolare ha osservato che *“la clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce va interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi "causa petendi" nel contratto medesimo, con esclusione di quelle che hanno, in esso, unicamente un presupposto storico, come nel caso in cui, pur in presenza della clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto, si propone azione di responsabilità extracontrattuale, ex art. 1669 c.c., deducendo gravi difetti dell'immobile (Cass. 4035/2017, citata dalla sentenza impugnata, p. 7). In tal senso si è espressa, peraltro, tutta la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la clausola compromissoria*



*che demanda agli arbitri la cognizione delle controversie attinenti alla interpretazione ed esecuzione del contratto non è applicabile alla domanda di risarcimento danni e, comunque, a fronte di più domande connesse, di cui solo alcune rientrano nella competenza arbitrale, questa viene assorbita ed esclusa da quella ordinaria (Cass. 23088/2007). La clausola compromissoria, in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso di ascrivere alla competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la "causa petendi" nel contratto cui detta clausola è annessa (Cass. 3795/2019). Ebbene, è di chiara evidenza che un'azione aquiliana, come quella proposta nella specie dalla Trapanese, non ha la sua causa petendi nel contratto, ma trova in esso solo un presupposto storico per cui, nella specie, la competenza arbitrale - sussistente per alcune domande di natura contrattuale - è attratta dalla competenza ordinaria, sussistente per l'azione risarcitoria". L'exkursus che precede consente di concludere che, laddove possa delinearci una responsabilità extracontrattuale (come, ad esempio, nel contratto di appalto) con profili involgenti anche altri soggetti giuridici non parti dell'accordo negoziale contenente la clausola compromissoria, debba necessariamente negarsi la competenza arbitrale. Laddove, invece, l'eventuale condotta illecita si inserisca in un contesto contrattuale, la vis espansiva della deroga alla competenza del giudice ordinario sia indubbiamente preferibile, anche ante riforma del 2006, proprio al fine di evitare una frammentazione, frutto solo di qualificazioni operate dalle parti: qualificazioni che trovano, peraltro, le loro radici nei medesimi fatti storico - naturalistici, coinvolgenti sempre le stesse parti. Nel caso in esame, le contestazioni svolte da parte di HERA sub specie di asseriti atti illeciti traggono origine dal contratto, come è evidente dalla mera interpretazione letterale degli scritti difensivi, ove la parte lamenta la mancata previsione di clausole contrattuali tendenti a regolare fattispecie di recesso o di risoluzione; la mancanza di tutela per gli operatori vincolati da contratti long term, rispetto alle politiche commerciali di TAG che avevano portato all'adozione di aste giornaliere; il rifiuto di TAG di ripristinare l'equilibrio contrattuale. Ad avviso della Corte è, dunque, preferibile un'interpretazione estensiva della dicitura "qualsiasi controversia" come ricomprensiva non solo le controversie fondate sul contratto, ma anche quelle in cui il contratto sia fonte della pretesa, sia pure congiunto ad altre circostanze fattuali. Non convincente è, per contro, la decisione Cass. civ., n. 20673/16, non tanto perché non*





seguita da successivi e conformi arresti, quanto perché in termini tautologici afferma che il deferimento agli arbitri delle controversie extracontrattuali deve essere espressamente previsto in forza di esplicita volontà delle parti; diversamente, il fatto storico dell'accordo costituisce presupposto logico e fattuale da cui sono scaturiti i comportamenti asseritamente lesivi e condizionanti l'attività imprenditoriale di una delle parti ( ed, in effetti, l'accordo viene definito quale *"mero accidente fattuale"*).

23. Quanto all'abuso di dipendenza economica, è utile richiamare Cass. civ. SU n. 24906/11 *"in tema di abuso di dipendenza economica prospettato dall'attore, ai sensi dell'art. 9 della legge 18 giugno 1988, n. 1992, con riguardo agli esistenti rapporti commerciali regolati da un contratto di concessione per la distribuzione di veicoli prodotti dal concedente, l'allegazione di una censura attinente al programma di comportamento dovuto dal convenuto implica la qualificazione della introdotta controversia siccome afferente alla materia contrattuale e, come tale, oggetto di valida proroga della giurisdizione se, come nella specie ed ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 (ratificata e resa esecutiva con legge 10 febbraio 1992, n. 198), ad essa le parti abbiamo fatto espresso riferimento per tutte le controversie relative al contratto, assumendo quest'ultimo sia la funzione di fonte della pretesa, sia di fatto, congiunto ad altri, costitutivo della stessa. Ne consegue che la predetta controversia non è ascrivibile, ai sensi dell'art. 5 n. 3 della cit. Convenzione, alla diversa materia degli illeciti, che ha carattere residuale e non ricorre allorché sussista tra le parti una relazione giuridicamente rilevante, fondata su un obbligo liberamente assunto di cui una parte lamenti la violazione ad opera dell'altra. (principio enunciato dalle Sezioni Unite, che hanno dichiarato il difetto della giurisdizione del giudice italiano a favore di quello della Svizzera, secondo la previsione contrattuale)"*. Anche nel caso oggi in esame ciò che viene contestato da parte di HERA attiene al ritenuto sfruttamento abusivo ad opera della controparte, a seguito del rifiuto della stessa di inserire meccanismi contrattuali flessibili negli accordi long term: si tratta, anche in questa fattispecie, di una condotta che si inserisce a pieno titolo nel programma contrattuale già in essere, in forza una relazione specifica e rilevante tra le parti. Di talché, nell'ipotesi di positivo accertamento del rapporto di abuso di dipendenza, la identificazione prima e la stima poi dei danni non potrebbe che misurarsi sul fisiologico terreno contrattuale (sulla natura contrattuale dei danni, v. anche Cass. civ. n. 1184/20).





24. Con riguardo, inoltre, alla decisione CGUE C- 595/17, Corte di Giustizia aveva rilevato che una clausola relativa alle controversie che sorgano nei rapporti contrattuali non ricomprende una controversia relativa alla pretesa responsabilità extracontrattuale in cui una parte potrebbe essere incorsa, per effetto del proprio comportamento conforme a un'intesa illecita. Ciò in quanto una controversia di tal genere non è ragionevolmente prevedibile per l'impresa vittima al momento della pattuizione di detta clausola, essendole ignota, a tale epoca, l'intesa illecita in cui è coinvolta la controparte, di tal ché non si può ritenere che essa trovi origine nei rapporti contrattuali. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha dichiarato che l'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001 consente, nel caso di azioni di risarcimento proposte per violazione dell'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, di tener conto delle clausole attributive di competenza giurisdizionale contenute in contratti di fornitura subordinatamente alla condizione che tali clausole si riferiscano alle controversie relative alla responsabilità derivante da infrazioni al diritto della concorrenza (sentenza del 21 maggio 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, punto 72). In considerazione di tale giurisprudenza, occorre esaminare se tale interpretazione dell'articolo 23 del regolamento n. 44/2001 e la motivazione ad essa sottesa valgano parimenti con riguardo ad una clausola attributiva di giurisdizione invocata nell'ambito di una controversia inerente alla pretesa responsabilità per fatto illecito in cui una parte sarebbe incorsa per violazione dell'articolo 102 TFUE. Tale ipotesi ricorre quando il preteso comportamento anticoncorrenziale si presenti estraneo al rapporto contrattuale nell'ambito del quale sia stata pattuita la clausola attributiva di giurisdizione. Orbene, mentre il comportamento anticoncorrenziale contemplato dall'articolo 101 TFUE, vale a dire un'intesa illecita, non è, in linea di principio, direttamente connesso al rapporto contrattuale tra un membro dell'intesa medesima ed un terzo, sul quale l'intesa produca i suoi effetti, il comportamento anticoncorrenziale di cui all'articolo 102 TFUE, ossia l'abuso di posizione dominante, può materializzarsi nei rapporti contrattuali tessuti da un'impresa in posizione dominante per effetto delle condizioni contrattuali. Trasfondendo tali criteri direttivi nel caso in esame, non è difficile osservare che anche l'eventuale qualificazione della condotta della parte appellata come violativa dell'art. 102 TFUE non è minimamente influenzata da eventi esterni ed estranei all'operatività delle parti del programma negoziale



long term o da intese illecite con terzi. Ed, invero, gli eventi descritti dalla parte appellante sono quelli che hanno determinato uno svantaggio in termini economici, rispetto ai quali HERA avrebbe auspicato una rimodulazione dei termini di pagamento, di recesso e, in sintesi, una maggiore flessibilità contrattuale.

25. Stesse considerazioni possono essere svolte con riguardo sia alla violazione dei doveri di buona fede e correttezza che ineriscono, proprio in via prioritaria, ai rapporti contrattuali.
26. A non diverse conclusioni si perviene anche con riguardo all'addebito di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3 c.c. per quanto detto sopra, ossia per la vis espansiva della clausola compromissoria in rapporto all'ampia dicitura della disposizione negoziale citata.
27. Sulla base delle sopra esposte conclusioni, segue, pertanto, il rigetto del gravame con integrale conferma della sentenza di primo grado. Sono assorbite tutte le altre questioni riproposte ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 346 c.p.c..
28. L'esito dell'appello giustifica la condanna della parte appellante alla rifusione delle spese di lite in favore di parte appellata, con esclusione della fase istruttoria, non svoltasi.
29. Sussistono, per la parte appellante, i presupposti di cui all'art. 13, comma 1 *quater* D.P.R. n. 115/02 per il versamento dell'ulteriore contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1 *bis* D.P.R. n. 115/02.

#### P.Q.M.

La Corte, definitivamente decidendo nella causa n. 2890/21 R.G. cui è riunita la causa n. 2177/21 R.G., ogni istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così provvede:

- I. **respinge** l'appello proposto da HERA TRADING s.r.l. e, per l'effetto, **conferma** la sentenza n. 6374/21 emessa dal Tribunale di Milano in data 22.7.21;
- II. **condanna** HERA TRADING s.r.l. a rifondere, in favore di TRANS AUSTRIA GASLEITUNG GMBH, le spese processuali del grado, che liquida in complessivi € 8.470,00 - oltre rimborso forfettario al 15% delle spese generali, IVA e CPA come per legge;
- III. **dà atto** che, per effetto della presente decisione, sussistono i presupposti di cui all'art. 13, comma 1 *quater* D.P.R. n. 115/02 per il versamento dell'ulteriore contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1 *bis* D.P.R. n. 115/02.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio in data 2.5.23.





Il Consigliere est.

Dott. Silvia Brat

Il Presidente

Dott. Massimo Meroni

Arbitrato in Italia

