

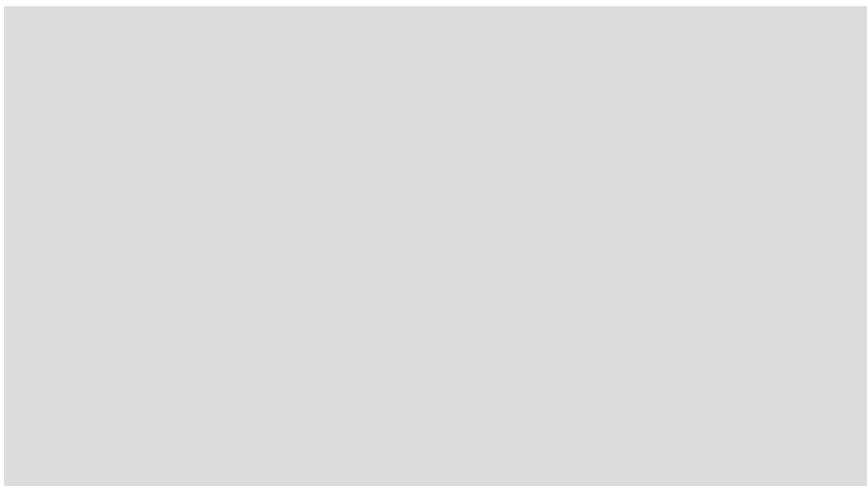
5381.20



5381.20

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

c. f.

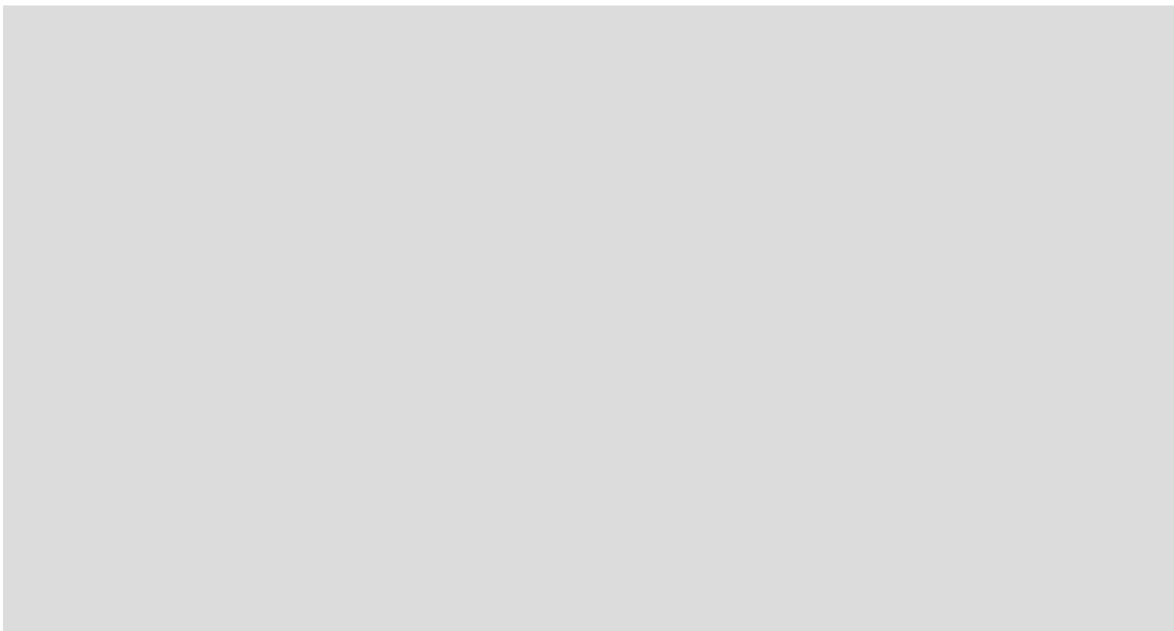


Oggetto

CONCORRENZA
ANTITRUST
DANNO
PRESCRIZIONE

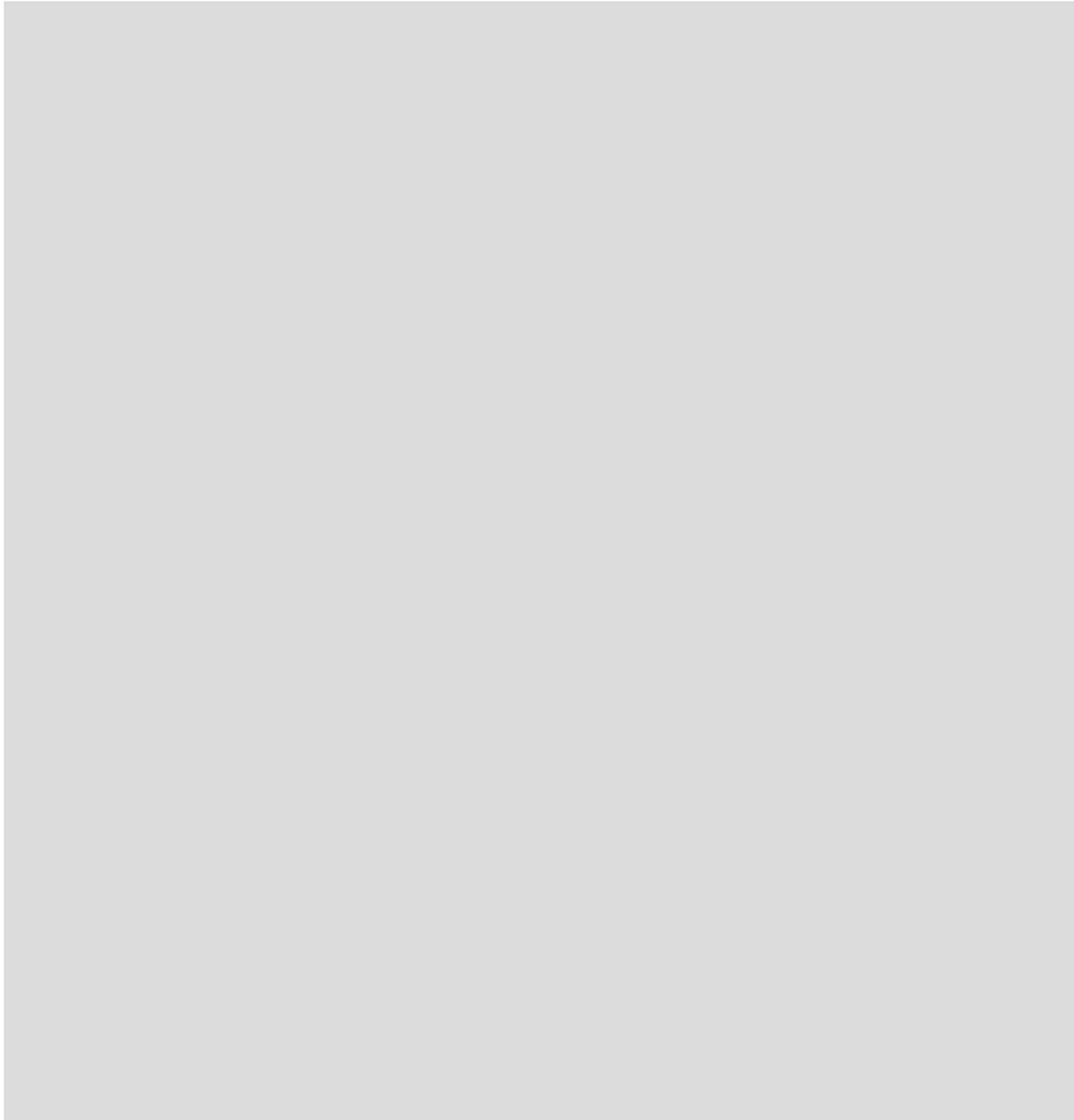
Ud. 06/02/2020 PU
Cron. 5381
R.G.N. 5717/2017

SENTENZA



Stein

778
2020



FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Milano, con sentenza n.3052/2016, depositata in data 20/7/2016, - in controversia promossa, con atto di citazione notificato nel febbraio 2012, da Uno Communications spa, società operante nel settore dei servizi di telefonia, nei confronti della Vodafone Omnitel N.V., società che fornisce in Italia servizi di comunicazione mobile attraverso le proprie reti, dinanzi al Tribunale di Milano, Sezione Specializzata, al fine di sentire accertare, all'esito

del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.) n. 11731 del 3/8/2007 (divenuto definitivo nell'aprile 2011, a conclusione delle impugnazioni dinanzi al giudice amministrativo, con il quale era stato accertato l'abuso di posizione dominante nei confronti della Telecom e della Wind, mentre per la Vodafone vi era stata accettazione degli impegni assunti, ex art.14 ter l.287/1990), l'illecito per abuso di posizione dominante, in violazione degli artt.101 e 102 TFUE, e l'illecito extracontrattuale ed anticoncorrenziale, in violazione degli artt.2598 e 2043 c.c., posto in essere dalla Vodafone, con conseguenti pronunce inibitorie, risarcitorie ed accessorie, nonché per sentire accertare l'illegittimità della risoluzione di diritto operata, nell'ottobre 2006, da Vodafone del contratto *inter partes* (denominato «RAM aziendale»), stipulato nel 2003 (con il quale la Uno aveva ottenuto l'utilizzo di SIM CARD, così da poter terminare direttamente sulla rete mobile di Vodafone il traffico della propria clientela di rete fissa, Carte SIM successivamente disattivate da Vodafone, nel 2006, essendosi questa avvalsa di clausola risolutiva espressa), con domanda riconvenzionale avanzata da Vodafone di risoluzione del contratto di diritto, ex art.1456 c.c., per inadempimento della Uno Communications, con condanna della stessa al risarcimento dei danni, - ha confermato la decisione di primo grado, che aveva, in accoglimento dell'eccezione sollevata da Vodafone, respinto le domande attoree risarcitorie, per intervenuta prescrizione dell'illecito anticoncorrenziale perpetrato da quest'ultima, nel mercato della fornitura all'ingrosso dei servizi di terminazione verso le reti mobili, per discriminazione nell'imposizione indiretta dei prezzi di acquisto, rispetto a quanto riservato alle proprie divisioni commerciali, ed accertato dall'AGCM nel provvedimento sanzionatorio finale n. 17131 del 2007, termine decorrente, nell'impostazione del Tribunale, dall'apertura dell'indagine (nel

febbraio 2005) a carico della Vodafone, ed al più tardi alla data del 25 gennaio 2007, di pubblicazione degli impegni assunti da Vodafone, ex art.14 ter l.287/1990 (che aveva comportato lo «*stralcio*» della sua posizione rispetto a quelle di TIM e WIND), respingendo anche le ulteriori domande attoree e la riconvenzionale della convenuta, dichiarando il contratto risolto per mutuo consenso delle parti .

In particolare, i giudici d'appello, respingendo sia il gravame principale di Uno Communications sia quello incidentale di Vodafone, hanno sostenuto che, da un lato, doveva tenersi conto, ai fini del termine di decorrenza della prescrizione, del fatto che la Uno Communications non era un mero consumatore ma un operatore professionale di mercato, parte contrattuale, e, dall'altro lato, che la normativa introdotta dalla direttiva 2014/104/UE, recepita nel nostro ordinamento («*con l.114/2015*», legge delega per il recepimento, poi attuato con d.lgs. 3/2017), secondo la quale il termine di prescrizione quinquennale per l'illecito antitrust è sospeso durante tutta l'istruttoria condotta dall'Autorità Garante e riprende a decorrere un anno dopo la definitiva decisione sull'infrazione, non ha efficacia retroattiva (artt.21 e 22 della Direttiva), cosicché doveva ritenersi corretta la decisione impugnata, essendo il *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria da illecito antitrust da individuarsi nel momento in cui il danno si è manifestato, divenendo oggettivamente conoscibile, e quindi, nella specie, nel momento dell'avvio dell'istruttoria da parte dell'AGCM; né la Uno Communicatios aveva comprovato l'esistenza di un illecito permanente protrattosi sino al 2011 e l'AGCM, a prova della cessazione delle condotte illecite, non aveva ritenuto di esercitare il potere di riapertura dell'indagine.

La Corte di merito ha respinto il gravame incidentale di Vodafone, rilevando che la condotta di UNO non integrava gli estremi di inadempimento ai fini della chiesta risoluzione contrattuale: a) la

Vodafone, pur non essendo stato accertato formalmente dall'AGCM nei suoi riguardi l'illecito antitrust, aveva riconosciuto, impegnandosi ad adottare misure correttive, ex art.14 ter l.287/1990, l'illecito anticoncorrenziale delle condotte in precedenza tenute ed ad essa ascritte; b) non era fondato l'assunto di Vodafone, in ordine all'insussistenza di un abuso nei confronti di Uno Communications a causa della condotta fraudolenta di quest'ultima, per avere, in sede di stipula del contratto, sottaciuto la propria natura di operatore di telecomunicazioni, non potendo Vodafone ignorare che la UNO era un operatore autorizzato, titolare di licenza per la prestazione di servizi di telefonia vocale, ed il suo interesse era quello di usufruire del servizio di telefonia acquistato non per uso proprio ma al fine di accedere alla terminazione su rete mobile Vodafone per la rivendita a terzi; c) la stessa AGCM aveva accertato la consapevolezza degli operatori di rete mobile, tra cui Vodafone, circa l'utilizzo del contratto da parte degli operatori di rete di telecomunicazioni concorrenti, avendolo tollerato finanche, visto che determinava comunque un incremento di traffico; d) il comportamento dei piccoli operatori di telefonia era stato «necessitato» al fine di sopravvivere alla concorrenza e conservare competitività sul mercato, avendo la Vodafone, a pari degli altri gestori indagati, negato l'autorizzazione all'utilizzo di accorgimenti tecnici idonei ad incidere sul costo di terminazione (attraverso la trasformazione del traffico fisso-mobile nel più economico mobile-mobile, tramite GSM box).

Avverso la suddetta pronuncia, la Uno Communications spa propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi, nei confronti di Vodafone Italia spa (già Vodafone Omnitel N.V., che resiste con controricorso e ricorso incidentale in due motivi). Entrambe le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente lamenta, con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione, e art.360 n. 3 cp.c., degli artt.2934, 2946 e 2947 c.c., in tema di individuazione del *dies a quo* o di computo del termine di prescrizione, anche in riferimento agli artt.2697 comma II c.c., 2727, 2729 c.c., nonché 10 e 22 della Direttiva 2014/104/UE, recepita con l.114/2015; con il secondo motivo, si lamenta poi la nullità della sentenza per motivazione apparente o carenza dell'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto, in violazione degli artt.132 comma 2 n. 4 c.p.c- e la violazione degli artt.115 e 116 c.p.c., in relazione all'affermata esclusione della natura permanente dell'illecito posto in essere dalla Vodafone, protrattosi sino al 2011 ovvero almeno sino al maggio 2007, data in cui la AGCM aveva ritenuto idonei gli impegni presentati da Vodafone ex art.14 ter l.287/1990.
2. La ricorrente incidentale Vodafone lamenta, con il primo motivo, la violazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.102 TFUE, 14 ter l.287/199, 15 l.287/1990, 6 CEDU e 1218, per avere la Corte d'appello erroneamente equiparato la posizione di Vodafone a quella degli altri operatori coinvolti nel procedimento A/357, configurando erroneamente a suo carico un illecito anticoncorrenziale, e ritenuto che l'assunzione da parte della stessa di impegni, ex art.14 ter l.287/1990, equivalesse ad una ammissione di colpa; con il secondo motivo del ricorso incidentale, si lamenta poi, sempre ex art.360 n. 3 c.p.c., la violazione degli artt.1218 e 1456 c.c. per avere erroneamente la Corte d'appello respinto il gravame incidentale, relativo alla reiezione della domanda riconvenzionale di risoluzione del contratto *inter partes*, un contratto del tipo RAM, implicante somministrazione di servizi di telefonia mobile a clienti aziendali tramite l'attivazione, in favore della UNO, in qualità di cliente finale, di alcune carte SIM, corrispondenti ad altrettante linee telefoniche,

destinate esclusivamente ad essere utilizzate dal personale della UNO, con divieto di rivendita a terzi del servizio telefonico somministrato da Vodafone, per grave inadempimento della UNO, ritenendo che l'inadempimento di quest'ultima (consistito nell'aver svolto un'illecita attività di rivendita di traffico), fosse di scarsa importanza e che Vodafone doveva necessariamente valutare che Uno era un'impresa concorrente a tutti gli effetti.

2. Giova, preliminarmente, rammentare (come si evince dalla sentenza impugnata e dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2438/2011, emessa a conclusione del giudizio di impugnazione del provvedimento dell'AGCM) che, nel Febbraio 2005, l'AGCM ha avviato un procedimento contro Wind, Telecom e Vodafone (operatori di rete mobile c.d. integrati, in quanto forniscono servizi di comunicazione mobile attraverso infrastrutture di rete che utilizzano sulla base di risorse radio ad essi assegnate in via esclusiva e che sono anche titolari di licenze per operare servizi di telefonia su rete fissa), per pratica discriminatoria nel mercato all'ingrosso dei servizi di terminazione delle chiamate fisso-mobile sulle rispettive reti, nel periodo 1999/2005, finalizzata ad escludere i potenziali concorrenti nel mercato finale dei servizi di fonia fisso-mobile per la clientela aziendale, contestando ai suddetti tre operatori l'offerta, alle proprie divisioni commerciali, di condizioni tecniche-economiche (offerta di maggiori dimensioni di servizi di fonia fisso-mobile, con soluzioni tecniche alternative, per trasformare il traffico fisso-mobile nel meno costoso mobile-mobile; offerta di contratti di *carrier-selection*, destinati alla clientela aziendale o alla grande clientela di affari, con forti sconti sulla direttrice fisso-mobile; tariffe, praticate alla clientela *business*, inferiori ai costi di terminazione che un operatore concorrente doveva supportare per offrire lo stesso servizio), per le chiamate fisso-mobile, più favorevoli rispetto a quelle applicate agli

operatori concorrenti, rendendo, quindi, loro impossibile l'offerta di tariffe competitive.

Nel caso di specie, il fattore di produzione era rappresentato, per l'appunto, dal servizio di terminazione delle chiamate sulle reti degli operatori di fonia mobile, che gli operatori di fonia fissa hanno la necessità di acquistare per permettere ai propri clienti di chiamare le utenze di fonia mobile.

In data 28/7/2006, veniva adottata la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (c.d. CRI) con la quale venivano contestati, per quanto qui ancora interessa, tre abusi di posizione dominante individuale da parte delle suddette società nei mercati delle terminazioni sulle rispettive reti mobili.

Nei confronti di Vodafone, il procedimento non si concluse con l'accertamento dell'infrazione, ma con il provvedimento del 24 maggio 2007, con cui l'AGCM, senza accertare le infrazioni, accettò gli impegni offerti dalla stessa, ai sensi dell'art. 14 ter della L. 10 ottobre 1990, n. 287, impegni ritenuti idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali, con conseguente loro obbligatorietà e stralcio della relativa posizione di Vodafone dal procedimento.

Nei confronti di TELECOM e Wind, l'AGCM, all'esito dell'istruttoria conclusa nel 2006, accertò, invece, nell'agosto 2007, l'abuso di posizione dominante, in violazione dell'art.82 del Trattato CE (ora 102 Trattato UE), nei rispettivi mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione sulle proprie reti, consistente nell'applicazione alle proprie divisioni commerciali di condizioni tecniche/economiche per la terminazione delle chiamate fisso/mobili sulle proprie rispettive reti, più favorevoli rispetto a quelle praticate ai concorrenti, ed inflisse loro una sanzione amministrativa.

Nel provvedimento decisorio, l'AGCM osservò che i comportamenti abusivi di Telecom e Wind erano stati rafforzati dalla risoluzione di diritto da parte dei due operatori dei contratti «business», formalmente motivata dall'impiego di GSM -Box in violazione di clausole contrattuali, senza alcuna offerta, nonostante reiterate richieste dei concorrenti, di servizi di terminazione all'ingrosso a condizioni economiche e tecniche tali da consentire a questi ultimi di formulare offerte di fonia fisso-mobile competitive.

Successivamente alla pubblicazione del provvedimento dell'AGCM, nel febbraio 2012, la UNO Communications spa (al pari di altri operatori concorrenti) ha citato in giudizio, davanti al Tribunale di Milano, la Vodafone, per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa delle condotte escludenti poste in essere dalla convenuta nel mercato della fornitura all'ingrosso di servizi di terminazione delle chiamate sulla sua rete di telefonia, nonché svolgendo altre domande.

Tale domanda non ha trovato accoglimento, in quanto il Tribunale, qualificata l'azione risarcitoria come avente natura extracontrattuale, ha ritenuto fondata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta, facendo decorrere il relativo termine di cinque anni dall'avvio del procedimento A357 dell'AGCM e quindi dal provvedimento di questa n. 14045 del 23 febbraio 2005. Tale data coinciderebbe, secondo il giudice di primo grado, con il momento percettivo dell'illecito, quando la UNO avrebbe potuto aver coscienza di aver subito un danno, in quanto impresa attiva nel medesimo mercato del danneggiante.

La Corte d'appello di Milano ha confermato tale statuizione.

3. Le due censure del ricorso principale, da trattare unitariamente, in quanto connesse, sono infondate, in gran parte, ed inammissibili, in altra parte.

3.1. Occorre precisare, preliminarmente, che nel presente giudizio si pone anzitutto la questione dell'operatività o meno della Direttiva n. 2014/114/UE (cui hanno fatto seguito la l.114/2015, di delega al Governo per il suo recepimento, ed il d.lgs. 3/2017, entrato in vigore il 3/2/2017, di sua attuazione), contenente, al CAPO III, disposizioni volte ad armonizzare la disciplina della prescrizione nelle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione della normativa antitrust, in un'ottica di garanzia dell'effettività della tutela risarcitoria nella materia (Considerando 4, comma 1), disposizioni che hanno risolto molte questioni in tema, oggetto di differenti soluzioni da parte dei giudici nazionali degli Stati membri.

Invero, nell'illecito antitrust, i danni causati dai comportamenti anticoncorrenziali presentano, con riguardo all'individuazione del momento a partire dal quale la prescrizione inizia a decorrere, un possibile intervallo temporale quello in cui la condotta illecita viene posta in essere e quello in cui il danneggiato percepisce di avere subito per effetto di essa un danno ingiusto, o a causa del carattere segreto delle intese restrittive della concorrenza o a causa dell'oggettiva complessità della percezione dell'abuso di posizione dominante, soprattutto in materia di prezzi.

Si parla infatti, a tal proposito, di «lungolatenza» del danno da illecito antitrust.

In particolare, il Considerando 36 della Direttiva 2014 stabilisce che: *«Le norme nazionali riguardanti l'inizio, la durata, la sospensione o l'interruzione dei termini di prescrizione non dovrebbero ostacolare in maniera eccessiva la proposizione di azioni per il risarcimento del danno. Questo è particolarmente importante per le azioni che si*

basano sulla constatazione di una violazione da parte di un'autorità garante della concorrenza o di un giudice del ricorso. A tal fine, dovrebbe essere possibile intentare un'azione per il risarcimento del danno successivamente ad un procedimento condotto da un'autorità garante della concorrenza ai fini dell'applicazione del diritto nazionale della concorrenza e dell'Unione. Il termine di prescrizione non dovrebbe iniziare a decorrere prima che la violazione sia cessata e prima che un attore sia a conoscenza, ovvero prima che si possa ragionevolmente presumere che egli sia a conoscenza, del comportamento che costituisce la violazione, del fatto che la violazione gli ha causato un danno e dell'identità dell'autore della violazione. Gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre termini di prescrizione assoluti di applicazione generale, purché la durata di tali termini assoluti di prescrizione non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile esercitare il diritto al pieno risarcimento».

L'art.10 della Direttiva, a sua volta, così recita: «Termini di prescrizione. 1. Gli Stati membri stabiliscono, conformemente al presente articolo, norme riguardanti i termini di prescrizione per intentare azioni per il risarcimento del danno. Tali norme determinano quando inizia a decorrere il termine di prescrizione, la durata del termine e le circostanze nelle quali il termine è interrotto o sospeso. 2. Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione. 3. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile alle azioni

per il risarcimento del danno sia almeno di cinque anni. 4. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione sia sospeso o, a seconda del diritto nazionale, interrotto se un'autorità garante della concorrenza interviene a fini di indagine o di istruttoria avviata in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il risarcimento del danno. La sospensione non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo».

In termini di recepimento della Direttiva, l'art.21 prevede, per gli Stati membri, un termine entro il 27 dicembre 2016, mentre l'art.22, in ordine all'applicazione temporale delle disposizioni della Direttiva, ha disposto che gli Stati membri debbano assicurare «che le misure nazionali adottate ai sensi dell'articolo 21 al fine di rispettare le disposizioni sostanziali della presente direttiva non si applichino retroattivamente» e «che ogni misura nazionale adottata ai sensi dell'articolo 21, diversa da quelle di cui al paragrafo 1, non si applichi ad azioni per il risarcimento del danno per le quali un giudice nazionale sia stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014».

L'art.8 del d.lgs. 3/2017, entrato in vigore nel febbraio 2017, di attuazione della Direttiva 2014, stabilisce che: «1. Il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni. Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione. 2. La prescrizione rimane



sospesa quando l'autorità garante della concorrenza avvia un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il diritto al risarcimento del danno. La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo».

Il D.Lgs. n. 3/2017 ha trovato applicazione nella sua interezza nei confronti dei giudizi di risarcimento avviati dopo la sua entrata in vigore (3 febbraio 2017), ma alcune disposizioni processuali si applicano già nei confronti dei giudizi di risarcimento promossi successivamente al 26 dicembre 2014 ed attualmente in corso (artt. 3, 4, 5 e 15).

Per effetto della suddetta disciplina quindi è stato espressamente previsto che: a) il termine di prescrizione è di cinque anni per il diritto al risarcimento del danno; b) il *dies a quo* di decorrenza del termine va individuato nel momento in cui intervenga la conoscenza o la ragionevole presunzione di conoscenza della violazione antitrust fonte di un danno e dell'identità dell'autore della violazione; c) il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata; d) la prescrizione rimane sospesa durante l'indagine o istruttoria antitrust avviata dall'Autorità Garante in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione risarcitoria e si protrae per un anno dal momento della decisione sulla violazione definitiva o dal momento di chiusura del procedimento in altro modo.

Mentre le disposizioni a) e b) recepiscono un consolidato orientamento anche di questo giudice di legittimità (Cass. 2007/2305), quelle *sub* c) e d) hanno carattere innovativo.

Ora, di regola, norme di natura sostanziale, quali quelle sulla prescrizione, non sono retroattive, ex art.11 disp. prel. sulla legge, salvo che non sia disposto il contrario.

La Direttiva 2014 non ha previsto deroghe a tale principio (vedasi l'art.22 citato) e il d.lgs. 3/2017, di attuazione della Direttiva a livello nazionale, ha previsto che solo alcune disposizioni processuali si applichino già ai giudizi promossi alla data del 26 dicembre 2014, senza ricomprendervi l'art.8.

La Corte d'appello di Milano, con la decisione qui impugnata, nel 2016, ha escluso che potesse farsi applicazione nel giudizio delle disposizioni contenute nella Direttiva suddetta, dando rilievo all'espresso regime transitorio che ne esclude la retroattività.

Tale ragionamento della Corte territoriale risulta corretto e la doglianza sul punto del presente ricorso, contenuta nel primo motivo, è infondata.

Invero, l'art. 22 della direttiva stabilisce, altresì, che gli Stati membri assicurano che le misure nazionali di recepimento non si applichino retroattivamente, limitatamente alle disposizioni di carattere sostanziale e, quanto ai giudizi instaurati prima del 26 dicembre 2014, anche a quelle processuali ed il d.lgs. 3/2017 ha provveduto in conformità.

Pertanto, nel presente giudizio non risulta direttamente applicabile l'art.10 della Direttiva n.2014/114/UE.

Il principio è stato di recente espresso anche dalla Corte di Giustizia, con la sentenza del 28/3/2019, nella causa C-637/17, ove si è chiarito che *«L'articolo 22 della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza*

degli Stati membri e dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che tale direttiva non si applica alla controversia principale» (si trattava di un'azione risarcitoria da illecito Antitrust promossa, nel 2015, dinanzi a Tribunale di Lisbona, prima del recepimento nell'ordinamento giuridico portoghese della Direttiva 2014/104/UE, da una società concorrente nel mercato delle emittenti televisive, che si riteneva lesa, nei confronti di un'impresa cui, con provvedimento irrogato dall'Autorità Garante nel 2013, era stata irrogata una sanzione per abuso di posizione dominante; nell'ordinamento portoghese è previsto un termine di prescrizione ordinaria, per le azioni risarcitorie da responsabilità extracontrattuale, di tre anni).

In conclusione, il motivo deve essere respinto in applicazione del seguente principio di diritto:

«In tema di azione risarcitoria derivante dalla violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea, proposta anteriormente alla data del 26 dicembre 2014, data individuata dalle disposizioni transitorie di cui all'art.22 della Direttiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa alle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, ed all'art. 19 del d.lgs. 3/2017, di attuazione nell'ordinamento italiano della Direttiva, non si applicano le norme di natura sostanziale in essa previste e né quelle nazionali che le recepiscono, che abbiano ad oggetto la prescrizione delle menzionate azioni risarcitorie, non avendo le stesse valenza retroattiva»

3.2. Resta ora da valutare la doglianza in punto di illegittimità del criterio di decorrenza del termine nazionale di prescrizione, quinquennale, individuato, nella fattispecie, dalla Corte d'appello, in

quello coincidente con l' avvio del procedimento antitrust da parte dell'AGCM, nel febbraio 2005, quale momento in cui un'impresa economicamente operante nel settore della telefonia avrebbe dovuto avere, ragionevolmente, la percezione dell'illecito anticoncorrenziale, per abuso escludente, perpetrato dall'operatore dominante Telecom, ai suoi danni.

Il problema dell'individuazione del momento di decorrenza della prescrizione nelle cause di risarcimento antitrust è stato già affrontato più volte da questa Corte, ribadendosi in generale il principio per cui il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito sorge non dal momento in cui l'agente compie l'illecito o dal momento in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo, per chi ha interesse a farlo valere, oggettivamente percepibile e riconoscibile, usando l'ordinaria diligenza (Cass. 5913 e 9927 del 2000; Cass. 2645 e 12666 del 2003; Cass. 10493/2006; Cass. S.U. 576 e 27337/2008; Cass.11119 e 21255 del 2013).

Con la sentenza n. 2305/2007, si è ribadito che la decorrenza del termine di prescrizione, fissato dall'art. 2947 c.c., inizia, secondo il criterio generale fissato dall'art. 2935 c.c., solo dal momento in cui il titolare del diritto ha la concreta possibilità di esercitarlo e tale momento è stato individuato in quello di percezione del danno, quando, cioè, la produzione del danno si manifesta all'esterno, *«divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile»* come danno ingiusto conseguente all'illecito concorrenziale. Nella fattispecie, in cui si verteva in tema di intesa antitrust tra le compagnie assicurative ai danni degli assicurati, consumatori, questa Corte ha ritenuto che l'accordo non potesse presumersi conosciuto dagli assicurati prima che l'Agcm avesse depositato il provvedimento sanzionatorio,

rivelando pubblicamente l'intesa vietata, essendo evidente che il consumatore fosse, anteriormente, del tutto ignaro delle dinamiche del mercato e dell'eventualità che vi fosse a monte un accordo vietato tra le imprese che vi operano.

Il principio è stato confermato, sempre nella materia dell'illecito antitrust, da Cass. 26188/2011 (nella quale, in ipotesi di provvedimenti sanzionatori adottati da parte dell'AGCM nei confronti di alcune compagnie assicuratrici che avevano violato norme a tutela della concorrenza, la Corte ha statuito come la decorrenza del termine di prescrizione della domanda di restituzione delle somme pagate in eccesso a titolo di premi assicurativi dovesse decorrere dal momento del deposito di detti provvedimenti).

Nella motivazione della sentenza n. 14027/2013 (sempre relativa ad un'azione risarcitoria proposta nei confronti da assicurato di compagnia di assicurazioni, all'esito di provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, conseguente ad intesa orizzontale tra imprese assicuratrici concorrenti) questa Corte ha chiarito che *«costituisce violazione della lettera e dello spirito dell'art. 2935 c.c., il considerare "giuridicamente possibile" l'esercizio di un diritto che il relativo titolare non sapeva e non poteva sapere di avere, per mancanza di informazioni sui fatti che ne costituiscono il fondamento, trattandosi di informazioni che egli non aveva il potere di acquisire legittimamente, prima che venissero pubblicamente divulgate»*.

Si è poi precisato che resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza, ed il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato, costituendo la valutazione della relativa prova una *«quaestio facti»* (Cass. 2305/2007; Cass. 14662/2016)

Da ultimo, questo giudice di legittimità (Cass. 18176/2019), ancora in materia di illecito antitrust, ha affermato che *«in tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, riconducibile alla categoria del danno lungolatente, il termine di prescrizione della relativa azione comincia a decorrere, non dal momento in cui il fatto si verifica nella sua materialità e realtà fenomenica, ma da quando esso si manifesta all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità»* (in tale occasione, la Corte ha confermato la decisione di merito, che aveva dato rilievo, ai fini della decorrenza della prescrizione, al momento, ben anteriore rispetto a quello di deposito del provvedimento sanzionatorio dell'Agcm, in cui la condotta, qualificata come abuso di posizione dominante, aveva assunto rilevanza pubblica, per effetto di una doglianza collettiva da parte di alcune imprese asseritamente lese dall'altrui condotta abusiva, segnalazioni queste che avevano originato il procedimento amministrativo dinanzi all'Agcm e che avevano reso possibile la conoscenza del potenziale abuso).

A livello di UE, nella sentenza Manfredi del 13/7/2006 (Cause riunite C-295/04 e C-298/04), la CGUE ha statuito che *«in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività»*, essendo *«compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere – in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso – renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del*

diritto di chiedere il risarcimento del danno subito». Ai paragrafi 78 e 79 si era evidenziato infatti che, qualora la norma nazionale preveda «*un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso*», nel caso di infrazioni continuate o ripetute, non è escluso che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e in tal caso chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si trova nell'impossibilità di presentare un ricorso; compito del giudice nazionale è quindi quello di verificare se la norma nazionale non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

3.3. In conclusione, secondo la richiamata giurisprudenza di questa Corte, il *dies a quo* della decorrenza del termine di prescrizione nell'azione risarcitoria, ai sensi degli artt. 2947 e 2935 c.c., va individuato nel momento in cui il titolare sia adeguatamente informato, o si possa pretendere ragionevolmente e secondo l'ordinaria diligenza che lo sia, non solo dell'altrui violazione ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto, così da consentirgli di esercitare il diritto.

Ora, nell'ipotesi in cui a vantare la pretesa risarcitoria da illecito antitrust, che segua un provvedimento dell'AGCM di accettazione degli impegni dell'impresa dominante, ex art.14 ter l.287/1990, nel periodo anteriore al recepimento ed attuazione a livello nazionale della Direttiva 2014/114/UE, sia un'impresa concorrente, che opera nel medesimo settore di quella dominante e dalla quale può ragionevolmente presumersi, secondo la regola della diligenza, che essa osservi e vigili sulle condotte delle altre imprese, miranti ad escluderla dalla competizione, il *dies a quo* della prescrizione può essere anticipato, rispetto alla data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio, alla data di avvio dell'istruttoria dinanzi

all'AGCM, quale momento in cui può ragionevolmente desumersi che l'impresa abbia avuto conoscenza della condotta oggetto dell'istruttoria antitrust e dei suoi effetti anticoncorrenziali, in termini di danno ingiusto, essendo essa stata evidenziata all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità.

Il tutto anche in un'ottica pro-concorrenziale, cui in definitiva mira la materia, in quanto non vanno premiati i comportamenti delle imprese che, nel mercato in cui operano, non si adoperino per impedire il protrarsi degli effetti restrittivi della concorrenza, coltivando la domanda risarcitoria immediatamente dopo la percezione dell'illecito concorrenziale.

In ogni caso, come anche rilevato di recente da questa stessa Sezione (Cass. 18176/2019), *«tale valutazione va condotta caso per caso, in relazione al grado di competenza e di effettiva conoscibilità proprio del soggetto danneggiato, accertando in quale momento esso abbia avuto sufficiente ed adeguata informazione quanto alla sussistenza dell'illecito lamentato in tema di tutela della concorrenza»*.

3.4. Nella specie, la pubblicità (anche sul sito internet ufficiale dell'Autorità Garante) dell'avvio, nel febbraio 2005, dell'istruttoria antitrust, procedimento A/357, nella quale si contestava agli operatori TELECOM WIND e VODAFONE di avere applicato alle proprie divisioni commerciali condizioni economiche più favorevoli per la terminazione fisso-mobile cosicché i prezzi finali praticati alla clientela aziendale dagli operatori suddetti erano inferiori di quelli degli operatori terzi concorrenti, secondo la Corte d'appello, ha consentito, in relazione alla tipologia di illecito anticoncorrenziale (un abuso escludente e non un'intesa segreta), alla Uno (non un consumatore finale ma un operatore economico del settore, oltretutto, contraente diretta della Vodafone in contratto *multibusiness*, risolto di diritto dalla Vodafone) di avvedersi, pur non avendo pacificamente preso parte al

procedimento dinanzi all'Autorità garante, della lesività della condotta di Vodafone (pur senza conoscere ancora la struttura dei costi interni applicati da quest'ultima) o comunque essa avrebbe dovuto conoscere, essendo tenuta, quale operatore professionale del settore, a monitorare i prezzi delle imprese concorrenti.

I giudici di merito hanno accertato e dato rilievo all'ampio risalto mediatico del procedimento avviato dall'AGCM, preceduto da segnalazioni da parte delle imprese operanti nell'ambito della telefonia fissa.

In ogni caso la completezza informativa per la danneggiata Uno poteva ritenersi integrata al momento, nel gennaio 2007, di pubblicazione da parte AGCM degli impegni assunti da Vodafone (poi accettati dall'AGCM nel maggio 2007) ed anche rispetto a tale *dies a quo* risulta decorso il termine quinquennale di prescrizione, al momento della notifica, nel febbraio 2012, dell'atto di citazione.

Il ragionamento espresso in quanto sufficientemente e coerentemente motivato è insindacabile in questa sede (Cass. 2305/2007).

3.5. In tema poi di prova presuntiva e di applicazione dell'art.2729 c.c., secondo orientamento di questo giudice di legittimità (Cass. 2944/1978), il giudice di merito, nella valutazione degli elementi indiziari e presuntivi posti a base del suo convincimento, esercita un potere discrezionale consistente nella scelta degli elementi ritenuti più attendibili e nella valutazione della loro gravità e concludenza, cosicché nella formazione di tale suo convincimento egli non incontra altro limite che l'esigenza di applicare i principi operativi nella materia delle presunzioni, deducendo univocamente il fatto ignoto dai fatti noti attraverso un procedimento logico fondato sul criterio dell' *id quod plerumque accidit*, e tale apprezzamento dei fatti, se correttamente motivato, si sottrae al sindacato di legittimità.

Sempre, in tema di prova per presunzioni, si è affermato che è censurabile in sede di legittimità la decisione in cui il giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sfornti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi, nel senso che ognuno avrebbe potuto rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevolesse completamento (conf. Cass. 9059/2018; Cass. 10973/2017).

Resta dunque fermo il principio per cui è incensurabile in sede di legittimità l'apprezzamento del giudice del merito circa la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge per valorizzare elementi di fatto come fonti di presunzione, sempre che la motivazione adottata appaia congrua dal punto di vista logico, immune da errori di diritto e rispettosa dei principi che regolano la prova per presunzioni (Cass. 1216/2006; Cass. 15219/2007; Cass. 656/2014; Cass. 1792/2017, che ha affermato come il risultato dell'accertamento in merito alla valida prova presuntiva, se adeguatamente e coerentemente motivato, *«si sottrae al sindacato di legittimità, che è invece ammissibile quando nella motivazione siano stati pretermessi, senza darne ragione, uno o più fattori aventi, per condivisibili massime di esperienza, una oggettiva portata indiziante»*; Cass. 19987/2018; Cass. 1234/2019, ove si è ribadito che il sindacato del giudice di legittimità circoscritto alla verifica della tenuta della relativa motivazione, nei limiti segnati dall'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.).

3.6. Nella memoria depositata, la ricorrente invoca quanto affermato di recente dalla Corte di Giustizia nella sentenza, già citata al par. 3.1., del 28/3/2019, nella causa C-637/17, ove si è così statuito: *«L'articolo 102 TFUE e il principio di effettività devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale la quale, da un lato,*

prevede che il termine di prescrizione in materia di azioni per il risarcimento del danno sia di tre anni e inizi a decorrere dalla data in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del suo diritto al risarcimento, anche se l'autore della violazione non è noto e, dall'altro, non prevede alcuna possibilità di sospensione o interruzione di tale termine durante un procedimento dinanzi ad un'autorità nazionale garante della concorrenza».

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, il giudice portoghese aveva chiesto alla Corte UE «se l'articolo 102 TFUE nonché i principi di effettività e di equivalenza debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che, da un lato, prevede che il termine di prescrizione per le azioni di risarcimento del danno sia di tre anni e inizi a decorrere dalla data in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del suo diritto al risarcimento, anche se l'autore della violazione e l'entità esatta del danno non sono noti, e, dall'altro, non prevede la possibilità di sospensione o interruzione di detto termine durante il procedimento dinanzi all'autorità nazionale garante della concorrenza».

La Corte di Giustizia, avendo, nella stessa pronuncia, affermato che la Direttiva 2014/104/UE (contenente norme tese ad armonizzare la normativa anche sulla prescrizione nella materia) non era applicabile nella controversia, e quindi in assenza di normativa dell'Unione in materia, applicabile *ratione temporis*, ha ribadito che spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un abuso di posizione dominante vietato dall'articolo 102 TFUE, ivi comprese quelle relative ai termini di prescrizione, a condizione, tuttavia, che siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività al fine di garantire la piena efficacia della normativa euro-unitaria sull'abuso di posizione dominante.

La Corte UE ha osservato, in particolare, che: a) «la durata del termine di prescrizione non può essere così breve al punto di rendere, combinata con le altre norme in materia di prescrizione, l'esercizio del diritto a chiedere un risarcimento praticamente impossibile o eccessivamente difficile»; b) «termini di prescrizione brevi, che iniziano a decorrere prima che la persona lesa da una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione possa conoscere l'identità dell'autore della violazione, possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento»; c) «è indispensabile, affinché la persona lesa possa proporre un'azione per il risarcimento del danno, che essa sappia qual è il soggetto responsabile della violazione del diritto della concorrenza»; d) «lo stesso dicasi per un termine breve di prescrizione, che non può essere sospeso o interrotto per la durata dei procedimenti al termine dei quali viene adottata una decisione definitiva da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza o da un'istanza di ricorso»

In relazione quindi alla questione dell'adeguatezza di un termine di prescrizione, alla luce del principio di effettività, in particolare, per le azioni di risarcimento introdotte in seguito ad una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza, la Corte di Giustizia ha precisato che «se il termine di prescrizione, che inizia a decorrere prima del completamento dei procedimenti al termine dei quali viene adottata una decisione definitiva da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza o da un'istanza di ricorso, è troppo breve rispetto alla durata di tali procedimenti e non può essere sospeso o interrotto durante il corso di tali procedimenti, non è escluso che il termine di prescrizione scada addirittura prima che detti procedimenti siano conclusi», cosicché sarebbe impossibile per chiunque abbia



subito danni proporre azioni sulla base di una decisione definitiva che accerta una violazione delle regole di concorrenza dell'Unione.

Emerge quindi che, in tema di esame della compatibilità della normativa nazionale con il principio di effettività, occorra procedere ad una valutazione caso per caso e non si possano prendere in esame singoli elementi della disciplina nazionale in materia di prescrizione, occorrendo operare una valutazione di tale disciplina nel suo complesso (vedasi in tal senso il par.81 delle conclusioni dell'Avvocato Generale, nella causa in oggetto).

Senza dubbio, anche per il periodo anteriore alla entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE ed all'applicazione dell'armonizzazione con essa attuata, occorre garantire, nelle azioni risarcitorie per illecito antitrust, il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza posti dall'art.102 del Trattato UE, ma, nel nostro ordinamento nazionale il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da illecito extracontrattuale, e quindi anche da illecito antitrust (ed anche prima dell'attuazione della Direttiva 2014/104/UE) è di cinque anni, ex art.2947 c.c., ed inizia a decorrere dal momento in cui, come sopra già ricordato, il titolare del diritto sia adeguatamente informato, o si possa pretendere, ragionevolmente e secondo l'ordinaria diligenza, che lo sia, non solo dell'altrui violazione ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto, così da consentirgli di esercitare il diritto.

Ora, non può ritenersi che, nella materia antitrust, prima dell'operatività della Direttiva 2014/104/UE, il fare decorrere il termine quinquennale di prescrizione dal momento in cui sia stato dato, con pubblicità legale, avvio al procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante, pur senza che il decorso di detto termine possa essere sospeso o interrotto durante il procedimento amministrativo, implichi un'impossibilità o eccessiva difficoltà di esercizio del diritto al

risarcimento al punto di vanificare il principio di effettività della tutela posto dall'art.102 Trattato UE, considerati i tempi ragionevoli dell'istruttoria e della fase decisoria dell'AGCM (nella specie esauritosi in due anni e mezzo) e l'ulteriore periodo, sufficientemente lungo, che è intercorso dalla decisione dell'AGCM sanzionatoria (nell'agosto 2007, a seguito di deposito delle risultanze istruttorie nel luglio 2006) alla scadenza del termine quinquennale così determinato (nel febbraio 2010), mentre la presente azione risarcitoria è stata promossa solo nel febbraio 2012.

Deve quindi affermarsi il seguente principio di diritto:

«In materia di disciplina della concorrenza nell'ordinamento italiano anche nel regime anteriore all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE, il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust risulta garantito, senza che possa ravvisarsi un'impossibilità o eccessiva difficoltà di esercizio al punto di vanificare il principio di effettività della tutela posto dall'art.102 Trattato UE, dalla previsione di un termine quinquennale di prescrizione, dettato dalla normativa nazionale, che cominci a decorrere dal momento in cui sia stato dato, con pubblicità legale, avvio al procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante, rispetto ad un'impresa concorrente».

3.7. Quanto poi alla doglianza oggetto del secondo motivo e quindi alla questione dell'illecito permanente, in relazione al quale il diritto ad ottenere il risarcimento non si prescrive fintanto che permanga l'illecito, sorgendo in modo continuo via via che il danno si produce, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni consequenziali decorre di volta in volta dal loro verificarsi (cfr. Cass.6512/2004: «*gli ulteriori effetti dannosi che si producono nel patrimonio di un soggetto in conseguenza dello stato di fatto determinato dal comportamento illecito di un terzo, che solo una*

condotta contraria di quest'ultimo può eliminare, costituiscono effetti di un illecito permanente, la cui caratteristica è di dare luogo ad un diritto al risarcimento, che sorge in modo continuo, e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce»; Cass. 17985/2007; Cass. 19359/2007; Cass. 12701/2015).

Distinta è la figura dell'illecito istantaneo con effetti permanenti, per il quale la condotta si esaurisce in un tempo definito ma gli effetti permangono nel tempo, con conseguente diverso regime della prescrizione (Cass. S.U. 23763/2011: *«in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica»*)

La Corte territoriale ha ritenuto che la Uno si fosse limitata a reiterare, nell'atto di appello, le argomentazioni già respinte in primo grado e non avesse, con le sue affermazioni del tutto generiche, neppure dimostrato tutti gli elementi idonei a comprovare (al fine spostare in avanti il termine di prescrizione) la persistenza degli illeciti antitrust, da parte di Vodafone, sino al 2011, asserita data di cessazione dell'illecito.

Non ricorre pertanto il vizio dedotto di motivazione apparente (cfr. Cass.S.U. 22232/2016: «*la motivazione è solo apparente, e la sentenza è nulla perchè affetta da "error in procedendo", quando, benchè graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obbiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture*») e neppure il vizio di violazione di legge.

Lamenta la ricorrente, con ulteriore doglianza ex art.360 n. 3 c.p.c., la violazione degli artt.115 e 116 c.p.c. perché dalla documentazione da essa prodotta si evincerebbe la prova della permanenza dell'illecito, essendo la Vodafone tenuta a dare la prova contraria della natura non permanente dell'illecito, accertata dall'AGCM per effetto dell'accettazione degli impegni.

Oltre ad evidenti profili di inammissibilità della censura, rivolta a sollecitare una diversa ricostruzione dei fatti operata dal giudice di merito, che avrebbe dovuto, invece, ritenere provata la natura permanente dell'illecito, deve osservarsi che dalla, ritenuta provata, a dire della ricorrente, natura permanente dell'illecito antitrust non deriverebbe il voluto differimento del *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento del danno sino al momento della cessazione dell'illecito, in quanto, come chiarito sopra, il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che si produce e si prescrive ove non esercitato nel termine quinquennale dal momento in cui si verifica.

La censura risulta pertanto priva di decisività.

4. I due motivi del ricorso incidentale di Vodafone, da trattare insieme in quanto connessi, sono infondato, il primo, ed inammissibile, il secondo.

Lamenta Vodafone la non corretta statuizione della Corte territoriale sull'appello incidentale da essa proposto, in relazione al rigetto, da parte del Tribunale, della propria domanda riconvenzionale di risoluzione di diritto del contratto, rivolto ad aziende, di abbonamento ai servizi di telefonia mobile, denominato RAM (Rete Aziendale Mobile), sottoscritto con la UNO nel 2003, contenente un'espressa clausola di divieto di rivendite a terzi del traffico. Era accaduto che la contraente UNO (al pari di altre imprese) avesse utilizzato particolari apparecchi (denominati SIM-Box o GSM-box) per inserirvi simultaneamente le carte SIM associate al contratto di telefonia (che avrebbero dovuto invece essere impiegate in apparecchio telefono mobile), così, secondo l'assunto di Vodafone, da trasformare le chiamate fisso-mobile in chiamate (fittizie) mobile-mobile, godendo di vantaggi tariffari. La Vodafone aveva quindi provveduto a sospendere il servizio di telefonia ed a comunicare ad Uno, con lettera dell'ottobre 2006, la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa.

Da rilevare che, in sede di avvio del procedimento amministrativo antitrust, era stato contestato anche a Vodafone, quale pratica discriminatoria escludente, il fatto di avere rifiutato ai propri clienti business di utilizzare accorgimenti tecnici capaci di incidere sul costo di terminazione attraverso la trasformazione del traffico fisso-mobile nel più economico mobile-mobile tramite GSM-box.

4.1. L'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'articolo 14, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, prevede che *«Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei*

limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

Occorre chiarire che le decisioni concernenti gli impegni accertano che l'intervento dell'Autorità Garante non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione.

Nella specie, l'assunzione degli impegni da parte di Vodafone, ex art.14 ter l.287/1990, nel procedimento A/357, è avvenuta (nel gennaio 2007, con successiva decisione favorevole dell'Agcm del maggio 2007) ad istruttoria conclusa, dopo la pubblicazione (nel luglio 2006) degli esiti delle risultanze istruttorie dell'AGCM.

4.2. In base alla giurisprudenza di questa Corte, nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, le conclusioni assunte dall'AGCM, nonché le decisioni del giudice amministrativo, che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (Cass. luglio 2019, n. 18176; Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, la quale precisa, in motivazione, che tali prove possono essere offerte sia dal soggetto che assuma la sussistenza della violazione, ove per ipotesi vi sia stato un provvedimento di diniego o di archiviazione da parte dell'AGCM, come pure dall'impresa accusata, che potrebbe portare elementi di prova contrari agli accertamenti ivi eseguiti ed alle conclusioni che ne fossero state tratte).

Il concetto di «*prova privilegiata*» in tema di illecito antitrust è stato già chiarito da Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, secondo cui, ove l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato abbia accertato la

sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale ed irrogato al professionista una sanzione, al professionista è bensì consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, ma senza che sia possibile rimettere in discussione, nel giudizio civile, i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede.

La conclusione soddisfa un'esigenza di interna coerenza dell'ordinamento, altrimenti esposto al rischio, paventato dalla più autorevole dottrina industrialistica, di decisioni contraddittorie con riferimento alle medesime condotte illecite (susceptibili di accertamento sia da parte dell'AGCM — e dal giudice amministrativo, in sede di impugnazione — che dal giudice ordinario, il quale, come è noto, può essere investito, in materia antitrust, di azioni di nullità e di risarcimento del danno, oltre che di azioni cautelari per l'ottenimento di provvedimenti d'urgenza) ed è altresì in linea con le linee evolutive della legislazione di settore, unionale e nazionale -l'art. 9.1 della dir. UE n. 104/2014, che in sostanziale conformità di quanto già previsto, con riferimento alle decisioni della Commissione, dall'art. 16 reg. CE n. 1/2003 dispone: *«[g]li Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza»*; e dall'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017, che nel recepire la direttiva, ha poi stabilito: *«[a]i fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della*

Alto

concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»

4.3. La decisione sugli impegni, resi obbligatori ex art. 14 ter l. n. 287/1990, certamente non ha efficacia di «*prova privilegiata*», al pari del provvedimento decisorio sanzionatorio, per il giudice adito in sede di risarcimento danni con riguardo all'esistenza dell'illecito antitrust.

Tuttavia essa, in quanto presuppone comunque la pre-figurazione di un'ipotesi di violazione della normativa di concorrenza, scaturita nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (la c.d. CRI), e comporta la valutazione da parte dell'Autorità Garante della capacità degli impegni stessi di risolvere il problema anticoncorrenziale delineato nell'avvio del procedimento, acquista una valenza più significativa rispetto ad una decisione di non luogo a procedere o di archiviazione della denuncia per illecito antitrust, comportando che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche nel giudizio civile di risarcimento danni. La Corte di Giustizia nella sentenza Gasorb c/Repsol del 23/11/2017, causa C-547/16, ha chiarito, con riguardo all'art.16 Regol. 1/2003, letto in combinato disposto con i Considerando 13 e 22, che «*l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, - disposizione che obbliga i giudici nazionali a non prendere decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione nell'ambito di un procedimento avviato ai sensi del regolamento n. 1/2003 - deve essere interpretato nel senso che una decisione concernente gli impegni adottata dalla Commissione europea con riferimento a determinati accordi tra imprese, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento,*

non impedisce ai giudici nazionali di esaminare la conformità dei medesimi accordi alle regole di concorrenza e di dichiarare, se del caso, la nullità di questi ultimi ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE».

In motivazione, sia pure con riguardo all'accettazione di impegni da parte della Commissione, la CORTE UE ha osservato che «25. Orbene, dal testo dell'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento risulta che una decisione adottata sul fondamento di tale articolo ha, in particolare, l'effetto di rendere obbligatori gli impegni, proposti dalle imprese, tali da rispondere alle preoccupazioni in materia di concorrenza espresse dalla Commissione nel corso della sua valutazione preliminare. Occorre rilevare che una decisione del genere non certifica la conformità all'articolo 101 TFUE della prassi oggetto delle preoccupazioni. 26. Infatti, dato che, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, letto alla luce del considerando 13 di quest'ultimo, la Commissione può procedere a una mera «valutazione preliminare» della situazione concorrenziale, senza che, successivamente, la decisione concernente gli impegni adottata sul fondamento di tale articolo giunga alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione, non si può escludere che un giudice nazionale concluda che la prassi oggetto della decisione concernente gli impegni infranga l'articolo 101 TFUE e che, in tal modo, esso intenda dichiarare, a differenza della Commissione, che detto articolo è stato infranto. 27. Peraltro, i considerando 13 e 22 del regolamento n. 1/2003, letti congiuntamente, precisano espressamente che le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di prendere una decisione né intaccano il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. 28. Ne

consegue che una decisione adottata sul fondamento dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 non è idonea a far sorgere un legittimo affidamento in capo alle imprese interessate quanto alla conformità all'articolo 101 TFUE del loro comportamento. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle sue conclusioni, la decisione concernente gli impegni non può «legalizzare» il comportamento sul mercato dell'impresa interessata, tantomeno con effetti retroattivi. 29. Tuttavia, i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFU».

Quindi, le prove desumibili dagli atti di indagine dell'AGCM, e in particolare le risultanze emergenti dall'atto che la stessa Autorità è tenuta a trasmettere al termine dell'espletamento dell'attività istruttoria (cd. CRI), possano essere apprezzati dal giudice civile.

E infatti, non solo, in termini generali, gli atti della pubblica amministrazione possono essere posti a fondamento della decisione del giudice (Cass. 24 febbraio 2004, n. 3654; Cass. 2 marzo 2012, n. 3253), ma occorre altresì considerare, nello specifico, che, per un verso, le risultanze istruttorie oggetto della comunicazione di cui all'art. 15 d.p.r. n. 217/1998 sono acquisite da un soggetto particolarmente qualificato nella materia che interessa, in quanto deputato all'accertamento dell'illecito antitrust, e che, per altro verso, quando, come nel caso in esame, la proposta di impegno dell'impresa segua la comunicazione delle risultanze istruttorie, il procedimento è

pervenuto in uno stadio avanzato, marcato da una delibazione di non manifesta infondatezza, da parte del Collegio dell'AGCM, delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti (art. 15 cit., comma 1).

Nel nostro sistema alla accettazione degli impegni di cui all'art.14 ter l.287/1990, si può attribuire valenza di presunzioni semplici, ex art.2729 c.c., in ordine alla sussistenza di una condotta anticoncorrenziale adottata dall'impresa prima dello stralcio della sua posizione, superabile con prova contraria: la valutazione espressa dall'Autorità Garante è infatti rivolta alla verifica della loro idoneità a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria come prospettati dall'Autorità stessa in sede di avvio del procedimento, ma l'assenza di un compiuto accertamento, da parte dell'AGCM, dell'illecito antitrust impedisce di ipotizzare che si sia formata una qualche preclusione quanto alla contestazione della medesima da parte dell'interessato (ciò che invece è dato di affermare, nei limitati termini di cui si è detto, allorquando si sia in presenza della pronuncia del provvedimento con cui è accertata la violazione).

Deve pertanto concludersi con il seguente principio di diritto:

«In tema di concorrenza, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990 per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento avanti all'AGCM si sia concluso con una decisione con impegni, a norma dell'art. 14 ter l. cit., in ordine alla posizione rivestita sul mercato dall'impresa ed alla sussistenza del comportamento di questa implicante un abuso di posizione dominante, il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta e, segnatamente, quelli desumibili dalla comunicazione delle sue risultanze, sebbene gli stessi

non integrino prova privilegiata e possano essere quindi contrastati da emergenze di diverso tenore».

4.4. Nella specie, da un lato, è pacifico che nel procedimento A/357 dinanzi all'Autorità Garante era stato contestato a Vodafone, per quanto qui interessa, un possibile abuso di posizione dominante, nel periodo 1999/2005, finalizzato ad escludere i propri concorrenti dal mercato dei servizi di fonia fisso-mobile per la clientela aziendale, contestandosi ai tre operatori l'offerta, alle proprie divisioni commerciali, di condizioni tecniche-economiche (offerta di maggiori dimensioni di servizi di fonia fisso-mobile, con soluzioni tecniche alternative, per trasformare il traffico fisso-mobile nel meno costoso mobile-mobile; offerta di contratti di carrier-selection, destinati alla clientela aziendale o alla grande clientela di affari, con forti sconti sulla direttrice fisso-mobile; tariffe, praticate alla clientela business, inferiori ai costi di terminazione che un operatore concorrente doveva supportare per offrire lo stesso servizio) più favorevoli rispetto a quelle applicate agli operatori di telefonia fissa concorrenti, per terminare le chiamate degli utenti di quest'ultimi sulle numerazioni di fonia mobile, rendendo, quindi, impossibile loro l'offerta di tariffe competitive se non al prezzo di schiacciare oltre ogni misura i propri margini di profitto.

Dall'altro lato, è pure pacifico che il contratto in essere tra UNO e Vodafone era un contratto *retail* o al dettaglio, concepito per i clienti finali (RAM aziendale, implicante la somministrazione di servizi di telefonia mobile a clienti aziendali, attraverso l'attivazione di alcune carte SIM, corrispondenti ad altrettante utenze mobili destinate ad essere utilizzate da personale della UNO), che espressamente vietava la rivendita del servizio di terminazione ad altri operatori.

La risoluzione di diritto, invocata in virtù di clausole ad hoc, di analoghi contratti predisposti da parte di Telecom e Wind, per contrastare il lamentato fraudolento utilizzo dei contratti sottoscritti da piccole

società contraenti (operatori di rete fissa per lo più) al solo scopo di trasformare il traffico da fisso-mobile a mobile-mobile, è stata ritenuta dall'AGCM, nella comunicazione delle risultanze istruttorie, discriminatoria in danno di tali società, in quanto frutto di prerogative impiegate da T. e W. a fini anticoncorrenziali, avendo l'AGcm comunque accertato, nell'ambito del procedimento A/357, che gli operatori di rete mobile, tra cui la Vodafone, erano consapevoli dell'utilizzo (con trasformazione del traffico) fatto da quegli operatori concorrenti dei contratti da loro stipulati (denominati «*business*» o «*RAM aziendale*») e che tale utilizzo era stato tollerato, per anni, dagli stessi operatori mobili.

Tenuto conto di tali aspetti e del fatto che le condotte ipotizzate, anche in sede di CRI, a carico di Vodafone, relativamente al mercato della terminazione, erano, dal punto di vista oggettivo, del tutto assimilabili a quelle successivamente accertate nei confronti di Telecom e Wind, il ragionamento della Corte d'appello, in relazione alla conferma della decisione di primo grado di rigetto della domanda riconvenzionale di risoluzione del contratto *multibusiness, inter partes*, sulla base della ritenuta scarsa importanza dell'inadempimento della UNO (l'aver impiegato le Carte SIM oggetto dell'abbonamento per terminare, attraverso l'utilizzo di particolari soluzioni tecniche, il traffico della propria clientela di rete fissa direttamente sulla rete mobile Vodafone) o del suo ritenuto carattere necessitato dalla condotta anticoncorrenziale di Vodafone, è congruamente motivato.

Invero, la Corte d'appello ha, in particolare, rilevato che, come accertato dal Tribunale, la condotta discriminatoria contestata, pure a Vodafone, era consistita anche «*nel diniego di utilizzare accorgimenti tecnici capaci di incidere sul costo di terminazione attraverso la trasformazione del traffico fisso-mobile nel più economico mobile-*

mobile tramite GSM-Box (divieto espressamente previsto nel contratto da Vodafone con Uno Communications)», cosicché il comportamento di tale piccolo operatore di telefonia doveva ritenersi «necessitato al fine di sopravvivere alla concorrenza e conservare competitività sul mercato», in via presuntiva, a prescindere della necessità di dimostrazione di un'eventuale previa richiesta degli operatori minori alternativi, a Vodafone, di un servizio di terminazione fisso-mobile, rifiutato da Vodafone o concesso a condizioni meno favorevoli di quelle applicate alle proprie divisioni commerciali, non essendo stato in ogni caso dimostrato il contrario da Vodafone.

Questa Corte (Cass. 20791/2004; Cass. 14974/2006; Cass. 6401/2015) ha già da tempo chiarito che *«in materia di responsabilità contrattuale, la valutazione della gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. costituisce questione di fatto, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito, ed è insindacabile in sede di legittimità ove sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici».*

Oietta la ricorrente incidentale che, poiché si discuteva, anche nell'appello incidentale, di una clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'art.1456 c.c., che attribuiva a Vodafone, a fronte dell'inadempimento di determinate obbligazioni da parte della contraente Uno (nella specie, il divieto di rivendita a terzi del servizio), il diritto di avvalersi della clausola, con conseguente risoluzione di diritto, e dell'obbligo risarcitorio della Uno, non si poneva neppure una questione di accertamento della gravità o meno dell'inadempimento, già vagliata dalle parti in sede contrattuale.

Tuttavia, deve osservarsi che presupposto della clausola risolutiva espressa è un inadempimento imputabile al debitore e, se è vero che l'operatività della clausola prescinde dalla valutazione della gravità

dell'inadempimento, implicita nella stessa scelta operata dalle parti in sede di stipulazione, non altrettanto può dirsi per l'inadempimento colpevole, la cui sussistenza deve pur sempre essere accertata nel giudizio avente ad oggetto un'azione di risoluzione del contratto, ex art.1456 c.c..

Questa Corte ha già chiarito che, ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento, in presenza di clausola risolutiva espressa, pur se la colpa del contraente inadempiente si presume, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., il giudice non è tenuto solo a constatare che l'evento previsto dalla detta clausola si sia verificato, ma deve esaminare, con riferimento al principio della buona fede, il comportamento dell'obbligato, potendo la risoluzione essere dichiarata solo ove sussista (almeno) la colpa di quest'ultimo (Cass. 2553/2007; Cass 11717/2002; Cass. 9365/2000). Da ultimo, (Cass.23868/2015), il rispetto del principio di buona fede è stato ribadito, evidenziandosi che *«l'agire dei contraenti va valutato, anche in presenza di una clausola risolutiva espressa, secondo il criterio generale della buona fede, sia quanto alla ricorrenza dell'inadempimento che del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risoluzione, sicchè, qualora il comportamento del debitore, pur integrando il fatto contemplato dalla suddetta clausola, appaia comunque conforme a quel criterio, non sussiste l'inadempimento, né i presupposti per invocare la risoluzione, dovendosi ricondurre tale verifica non al requisito soggettivo della colpa, ma a quello, oggettivo, della condotta inadempiente»*; in motivazione, si è evidenziato che, anche in presenza di clausola risolutiva espressa, i contraenti sono tenuti a rispettare il principio generale della buona fede ed il divieto di abuso del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro, e che il principio di buona fede si pone, nell'ambito della fattispecie dell'art. 1456 c.c., come canone di valutazione sia dell'esistenza dell'inadempimento, sia



del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risolvere il contratto, al fine di evitarne l'abuso ed impedendone l'esercizio ove contrario ad essa (ad esempio escludendo i comportamenti puramente pretestuosi, che quindi non riceveranno tutela dall'ordinamento).

La Corte territoriale non ha soltanto valutato l'inadempimento in questione come di scarsa rilevanza, ma ha escluso, motivatamente, la stessa ricorrenza di un inadempimento imputabile alla contraente UNO, in quanto il comportamento contestato alla stessa (la violazione del divieto di rivendita a terzi del traffico telefonico) era stato indotto dalla condotta anticoncorrenziale ascritta a Vodafone e dalla necessità di sopravvivere sul mercato.

La Corte di merito ha altresì accertato la sicura capacità di Vodafone di individuare nella Uno un'impresa concorrente, non un semplice contraente «*retail*», così facendo applicazione dei principi in tema di prova per presunzioni. Tale statuizione non è stata efficacemente censurata dalla ricorrente incidentale Vodafone.

La sentenza va pertanto confermata anche sul punto.

3. Per tutto quanto sopra esposto, vanno respinti il ricorso principale di UNO e quello incidentale di Vodafone.

In considerazione della soccombenza reciproca, vanno integralmente compensate tra le parti le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso principale e quello incidentale; dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del presente giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della ricorrenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente principale e di quella incidentale dell'importo a titolo di



contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, ove dovuto, a norma del comma 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 6 febbraio 2020.

Il Consigliere estensore



Il Presidente



**DEPOSITATO
IN CANCELLERIA**
L 27 FEB 2020

