



LIVIA PRINCIPESSA

## La Corte di cassazione si pronuncia sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno nell'*antitrust litigation* ante D. Lgs. 3/2017.

*Il diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione della normativa antitrust risulta garantito dalla previsione di un termine di prescrizione quinquennale che decorre, nelle controversie promosse ante 26.12.2014, alle quali non si applicano la Direttiva 2014/104/UE e il D. Lgs. 3/2017, dal momento in cui il titolare sia adeguatamente informato, o si possa ragionevolmente presumere che sia tale, in ordine all'altrui infrazione e alla possibile esistenza di un danno ingiusto, sicché nel caso in cui la vittima della condotta escludente sia un'impresa concorrente, il dies a quo coincide con la pubblicazione dell'avvio dell'istruttoria dinanzi all'AGCM (Cass., Sez. I, 03.04.2020 n. 7677).*

\*\*\*

Con due sentenze consecutive e convergenti, la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine all'individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione della normativa antitrust, riproducendo quanto statuito nella precedente pronuncia n. 5381 del 27.02.2020.

La questione agitata in sede di legittimità origina dalla controversia incardinata da una causa do ristoro dei danni occorsi in seguito all'abuso di posizione dominante, perpetrato nel mercato all'ingrosso dei servizi di terminazione delle chiamate sulle reti mobili.

La Corte d'appello di Milano aveva confermato la sentenza di primo grado che aveva rigettato la domanda ritenendo estinto per intervenuta prescrizione il diritto al risarcimento del danno. Le censure sollevate dalla ricorrente avverso la sentenza d'appello attenevano all'erronea individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni e all'esclusione della natura permanente dell'illecito perpetrato dalla convenuta. La questione sottoposta al vaglio della Corte riguardava, pertanto, la determinazione della decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni, in una controversia in cui, *ratione temporis*, era esclusa l'operatività della Direttiva 2014/104/UE e del Decreto con il quale l'ordinamento italiano si è conformato alle disposizioni euro-unitarie.

L'art. 22 Direttiva, infatti, riproducendo principi ormai consolidati, sancisce la non retroattività delle norme sostanziali in essa contemplate e, tra le altre, quindi, delle disposizioni in tema di prescrizione.

Orbene, la Corte ha ritenuto che esigenze di effettività della tutela risarcitoria impongano un approccio casistico nell'individuazione dell'*exordium praescriptionis*, per non ostacolare in maniera eccessiva le azioni di *private enforcement*, incardinate per conseguire il ristoro dei pregiudizi derivanti da condotte anticoncorrenziali. Invero la complessità e la segretezza, che costituiscono i connotati dell'illecito antitrust, impediscono sovente di acquisire immediata consapevolezza della sua portata pregiudizievole. Sicché, nel caso in cui venga perpetrato un abuso di posizione dominante, la percezione del nocimento si discosta dal momento in cui viene realizzata la condotta anticoncorrenziale.

Al riguardo, la sentenza in commento, collocandosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità,<sup>1</sup> definisce "lungolatenti" i danni cagionati dalla violazione della disciplina in materia di concorrenza – dei quali si invoca tutela *ex art. 33 L. 287/1990* – in considerazione

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 27.02.2020 n. 5381, Cass., Sez. I, 05.07.2019 n. 18176.



della discrasia ravvisabile tra la realizzazione della condotta antigiuridica e il momento della percezione del pregiudizio.

La Corte ribadisce che il combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c. consente di affermare che il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il titolare del diritto abbia la concreta possibilità di esercitarlo, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale.<sup>2</sup>

Il *dies a quo* viene così individuato nel momento in cui il danno diviene oggettivamente percepibile e riconoscibile per chi ha interesse a dolersene, non essendo concepibile l'esercizio di un diritto laddove il titolare non sia venuto a conoscenza di tutti gli elementi costitutivi dello stesso.

Deve ritenersi, in linea con la *ratio* sottesa alle citate disposizioni codicistiche, che l'inerzia rilevante ai fini prescrizionali sia quella serbata dal danneggiato nonostante la conoscenza delle informazioni sufficienti a rendere giuridicamente possibile l'esercizio del diritto al risarcimento.<sup>3</sup> La Corte ritiene che il momento in cui la violazione si manifesta all'esterno vari in funzione della qualifica del soggetto danneggiato all'interno del mercato contaminato dall'infrazione. La Corte, infatti, inquadrando l'illecito antitrust nel *genus* della responsabilità aquiliana, individua il *dies a quo* nel momento in cui il danneggiato sia adeguatamente informato, o si possa ragionevolmente presumere che sia tale, secondo l'ordinaria diligenza, non solo in ordine all'infrazione perpetrata, ma anche rispetto all'esistenza di un danno ingiusto, eziologicamente riconducibile al comportamento antigiuridico. La Corte osserva, infatti, che il termine prescrizionale inizia a decorrere dalla data di apertura dell'istruttoria dinanzi all'AGCM, nell'eventualità in cui l'azione risarcitoria sia esercitata da una società operante nello stesso mercato dell'impresa dominante. La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo si configura così quale momento in cui può ragionevolmente presumersi che un'impresa, che vigili attentamente sulle condotte delle concorrenti, abbia appreso dell'esistenza dell'infrazione oggetto dell'indagine e dei suoi effetti distorsivi della concorrenza. In questi termini, la pubblicità dell'avvio dell'istruttoria antitrust consente all'impresa concorrente, pur non avendo preso parte al procedimento amministrativo, di avvedersi della potenziale lesività della condotta tenuta dalla società coinvolta nell'indagine.<sup>4</sup> Sicché può considerarsi virtuoso il comportamento dell'impresa che, avendo acquisito cognizione della violazione della disciplina della concorrenza, non sia rimasta quiescente per invocare il risarcimento dei danni sofferti soltanto in seguito alla conclusione del procedimento amministrativo.

Al contrario, laddove il pregiudizio sia lamentato da un consumatore, il *dies* dal quale decorre il termine di prescrizione coincide con la data di pubblicazione del provvedimento che accerta e sanziona il comportamento lesivo della concorrenza, salvo che il danneggiato dimostri di non aver potuto acquisire, neppure in quel momento, conoscenza dell'illecito, per cause a lui non imputabili ed idonee a giustificare un differimento del *dies a quo*.<sup>5</sup> Pare, infatti, potersi escludere che il consumatore, ultimo anello della catena di approvvigionamento, conosca le

<sup>2</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 06.12.2011 n. 26188, in cui si afferma la necessità che l'art. 2947 c.c. sia interpretato in combinato disposto con l'art. 2935 c.c.: l'esercizio del diritto al risarcimento del danno non può prescindere dalla conoscenza, in capo al titolare, dell'esistenza del pregiudizio e della sua ingiustizia.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 02.07.2007 n. 2305, ove si prevede che la lungolatenza del danno determina che il titolare del diritto al risarcimento possa considerarsi in stato di inerzia soltanto nel momento in cui sia stato reso adeguatamente edotto in ordine alle circostanze proprie dell'illecito anticoncorrenziale.

<sup>4</sup> L'impresa danneggiata, infatti, non può essere considerata inconsapevole della perpetrazione di un comportamento delittuoso finalizzato alla sua esclusione dal mercato soltanto per non aver preso parte al procedimento amministrativo dinanzi all'AGCM.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. Cass., 06.12.2011 n. 26188, cit.



dinamiche del mercato e le sue eventuali disfunzioni. Proprio per tale ragione, verrebbe intaccato il suo diritto ad una tutela effettiva se la decorrenza della prescrizione venisse anticipata rispetto alla pubblicazione del provvedimento sanzionatorio.

L'asimmetria informativa che connota i rapporti tra l'impresa dominante e la vittima dell'abuso, impone, quindi, di conservare l'azione risarcitoria fino al momento in cui possa ragionevolmente presumersi che il danneggiato abbia acquisito conoscenza del pregiudizio e della sua fonte. Se la prescrizione maturasse nelle more del procedimento antitrust – i cui tempi potrebbero non essere celeri – verrebbe sempre pregiudicata la proposizione dell'azione da parte di chi è estraneo ai meccanismi del mercato.<sup>6</sup>

A giudizio della Corte, pertanto, per le controversie per le quali non opera il regime imposto dal D. Lgs. 3/2017, l'osservanza del principio di effettività non risulta minata dalla decorrenza, per l'impresa concorrente, del termine quinquennale di prescrizione dal momento in cui sia stata data pubblicità legale all'avvio dell'istruttoria. Infatti, l'impossibilità di applicare retroattivamente l'art. 8 D. Lgs. 3/2017, che consente la sospensione del termine di prescrizione dall'apertura delle indagini fino ad un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione sia divenuta definitiva, non implica un'eccessiva difficoltà di esercitare il diritto al risarcimento del danno per un'impresa che operi professionalmente nello stesso settore in cui l'infrazione si è verificata.

La pubblicità legale dell'avvio del procedimento dinanzi all'AGCM è di per sé sufficiente, osserva la Corte, per pretendere che l'impresa concorrente abbia acquisito adeguate informazioni in ordine all'altrui violazione e alla possibile esistenza di un danno ingiusto.

Al riguardo, giova tuttavia considerare che la tutela della concorrenza impone a ciascun operatore economico di contribuire alla conservazione dell'assetto competitivo del mercato, espungendo quei fattori idonei ad alterare le fisiologiche dinamiche dello stesso. Procrastinare la proposizione dell'azione risarcitoria rispetto al momento della percezione dell'illecito – *id est* la pubblicazione della comunicazione dell'avvio del procedimento antitrust – potrebbe, infatti, implicare che l'impresa, più che tutelare la dimensione collettiva della concorrenza, promuova interessi individuali.

Tali osservazioni non collidono, secondo la Corte, con la qualifica della violazione antitrust come illecito permanente, del quale la ricorrente non aveva fornito prova. I giudici di legittimità sottolineano, infatti, che la natura permanente dell'illecito non determina il differimento del *dies a quo* del termine di prescrizione fino al momento della cessazione della violazione: il diritto al ristoro del pregiudizio, in siffatta eventualità, sorge in modo continuo e in modo continuo si prescrive, laddove non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si manifestano all'esterno i connotati di illiceità della condotta da cui lo stesso origina.

Le considerazioni esposte conducono, quindi, ad affermare che, per il contenzioso insorto *ante* D. Lgs. 3/2017, non possa prescindersi da un'analisi casistica che tenga conto, ai fini della decorrenza del termine prescrizionale, della qualifica del soggetto danneggiato nonché del grado di competenza e di conoscenza, in capo allo stesso, dei dati informativi relativi alla condotta antiggiuridica, stante l'impossibilità di invocare *ratione temporis* la disciplina prevista dall'art. 8 D. Lgs. 3/2017, sicuramente più idonea a soddisfare esigenze di certezza ed effettività della tutela risarcitoria.

---

<sup>6</sup> A. Bonafine, *La prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da illecito antitrust nel dettato dell'art. 8 D. Lgs. 3/2017*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, 97.