



Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme *antitrust* comunitarie

Osservazioni di Confindustria

1. Valutazioni generali

La Commissione europea ha presentato una bozza di proposta di Direttiva in materia di azioni di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme antitrust comunitarie. L'iniziativa è stata preceduta dalla pubblicazione di un Libro Verde (*Damage Action for Breach of EC Antitrust Rules*) e di un Libro Bianco (*White Paper on Damages Action for Breach of EC Antitrust Rules*), entrambi sottoposti a consultazioni pubbliche cui Confindustria ha partecipato.

L'obiettivo della Commissione (DG Competition) è di rafforzare i meccanismi di *private enforcement* delle regole antitrust, a beneficio di tutti i soggetti danneggiati da comportamenti anticoncorrenziali, siano essi imprese o consumatori.

La bozza di Direttiva contempla la possibilità di azionare le pretese risarcitorie sia in via individuale che attraverso un procedimento collettivo, quest'ultimo nelle forme di un'azione rappresentativa (art. 6) o di un'azione di gruppo (art. 5).

La bozza disciplina poi gli aspetti inerenti a:

- accesso delle prove (art. 8);
- trasferimento del sovrapprezzo(art. 11);
- effetti vincolanti delle decisioni assunte dalle autorità antitrust nazionali (art. 13);
- imputazione delle condotte illecite (art. 14);
- termini di prescrizione (art. 15).

Confindustria valuta con favore il rafforzamento degli strumenti di tutela per le violazioni delle regole antitrust comunitarie, così come il fatto che la Commissione abbia deciso di attribuire al *private enforcement* una funzione esclusivamente compensativa, e non anche punitiva, in linea con la tradizione giuridica dei Paesi dell'Europa continentale.

Tuttavia, il *draft* solleva numerose perplessità, che verranno analizzate nel seguito con riferimento alle singole misure proposte.

In via preliminare, si ribadisce (come già evidenziato in sede di risposta dapprima al Libro Verde e poi al Libro Bianco) la forte preoccupazione dell'industria italiana rispetto all'idea di creare un corpo normativo speciale per la sola materia della concorrenza, poiché ciò potrebbe determinare distorsioni regolamentari e disparità di trattamento tra chi abbia subito un danno da illecito *antitrust* e chi invece sia stato vittima di altre categorie di illeciti civili, senza considerare gli effetti in termini di aumento della conflittualità, anche in conseguenza delle norme proposte in materia di azioni collettive.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo aspetto, si rileva l'inopportunità di procedere con una disciplina puntuale del procedimento di *collective redress* per il settore antitrust, anticipando le conclusioni di un processo di valutazione che la DG SANCO della stessa Commissione sta effettuando in un'ottica più generale di tutela dei consumatori. Per il nostro ordinamento ciò avrebbe un'ulteriore conseguenza problematica, in quanto il regime in questione - efficace per il solo settore antitrust - andrebbe ad affiancarsi alla normativa nazionale sulle azioni di classe di prossima introduzione, il cui ambito oggettivo d'applicazione ricomprende anche i comportamenti anticoncorrenziali. Pertanto, qualora la proposta di Direttiva venisse approvata, finirebbero per coesistere una normativa europea e una nazionale in materia di procedimenti collettivi diverse tra loro, con l'effetto di obbligare il legislatore italiano a modificare la disciplina delle azioni di classe appena introdotta, per renderla coerente con le nuove disposizioni comunitarie.

Qualora si decidesse di procedere comunque all'adozione di norme *ad hoc* per le cause collettive, si ritiene imprescindibile introdurre una serie di correttivi alla regolamentazione proposta, che verranno illustrati nel successivo paragrafo.

2. Valutazioni sulle singole misure proposte

2.1. Legittimazione ad agire: acquirenti indiretti e azioni collettive

La bozza di Direttiva, in linea con l'*acquis communautaire*, attribuisce la legittimazione ad agire ai consumatori e alle imprese, ivi compresi gli acquirenti indiretti, vale a dire quei soggetti che, pur non avendo stretto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore della violazione, abbiano comunque subito un danno per effetto della condotta anticoncorrenziale. Per azionare la pretesa risarcitoria sarà quindi sufficiente la sussistenza di un nesso causale tra l'illecito antitrust e il danno subito.

Si prevede, inoltre, che l'azione possa essere esercitata anche in via collettiva, mediante un'**azione rappresentativa** con modalità *opt-out* (art. 6) o un'**azione di gruppo** con modalità *opt-in* (art. 5). A giudizio della Commissione, questi meccanismi consentono di aggregare le singole istanze di soggetti lesi da violazioni antitrust e rispondono a un'esigenza di economia processuale.

La disciplina di tali procedimenti collettivi presenta numerose criticità.

In linea generale, la bozza di Direttiva non affronta in modo soddisfacente le problematiche tipiche di questo tipo di azioni, evidenziate dalla stessa Commissione nel suo Libro Bianco. Tra queste si segnalano quelle relative a:

- rischi di sovra-compensazione e *relitigation*;
- possibili comportamenti opportunistici da parte dei soggetti coinvolti;
- requisiti delle *qualified entities* legittimate all'esercizio delle azioni rappresentative;
- spese di lite, che dovrebbero essere regolate secondo il criterio della soccombenza per disincentivare la proposizione di azioni temerarie.

Suscita poi forti perplessità l'assenza, in entrambi i procedimenti ipotizzati, di misure finalizzate a favorire la risoluzione stragiudiziale delle controversie. Al riguardo, Confindustria ritiene essenziale prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione preventivo rispetto al giudizio risarcitorio, nonché la possibilità di concludere il procedimento già avviato con accordi transattivi efficaci per tutti i soggetti coinvolti (misure peraltro ipotizzate dalla stessa Commissione al punto n. 250 dello *Staff Working Paper* allegato al Libro Bianco). Ciò agevolerebbe una rapida soluzione delle controversie, con evidenti vantaggi in termini di tempi e di costi per le stesse parti lese e per l'efficiente funzionamento dei sistemi giudiziari nazionali.

Allo stesso modo, appare molto critica la mancata previsione di un filtro preliminare di ammissibilità delle azioni collettive, che consenta al giudice di valutare alcuni requisiti, vale a dire che:

1. l'azione non sia manifestamente infondata;
2. i promotori (nella *group action*) o la *qualified entity* (nella *representative action*) siano in grado di rappresentare adeguatamente - anche in termini patrimoniali - gli interessi dei singoli danneggiati;
3. le questioni di fatto e di diritto alla base della controversia siano comuni a tutti i danneggiati;
4. non sussistano conflitti di interessi tra l'attore e il gruppo di riferimento.

Tale giudizio preliminare dovrebbe chiudersi con una pronuncia di inammissibilità dell'azione collettiva proposta quando questa risulti palesemente infondata, già ad un sommario esame, ovvero non costituisca lo strumento più idoneo per risolvere la controversia (ad es. perché le posizioni dei singoli soggetti lesi sono molto differenziate tra loro), oppure nelle ipotesi in cui emergano dubbi in ordine alla effettiva rappresentatività di coloro che assumono l'iniziativa della causa collettiva.

a. Nello specifico delle misure proposte, la bozza prevede un modello di **azioni rappresentative** (art. 6) intentate da soggetti qualificati, che agiscono per conto dei danneggiati. Si prevede che questi ultimi debbano essere messi in condizione di esercitare il diritto a non essere rappresentati dall'ente qualificato, prefigurando così una modalità

opt-out, sul modello delle *class action* statunitensi. L'*opt-out* è un istituto estraneo alla tradizione giuridica di *civil law* e, in particolare per il nostro ordinamento, difficilmente compatibile con consolidati principi costituzionali. Infatti, l'idea di vincolare il singolo al risultato di un'azione collettiva cui rimane completamente estraneo sembra porsi in contrasto con l'art. 24 della Costituzione (che sancisce il diritto "individuale" di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi).

A ciò si aggiunga che l'automatica inclusione di tutti i danneggiati nell'azione rappresentativa (a meno che questi non esercitino l'*opt-out*) comporta per l'impresa l'impossibilità di risalire all'identità e al numero dei consumatori che sarà chiamata a risarcire a conclusione del procedimento collettivo. Le conseguenze appaiono molto penalizzanti per le imprese convenute, poiché queste non sono poste nella condizione, da un lato, di verificare la legittimità delle pretese dei singoli (ed eventualmente contestarla) e, dall'altro, di predeterminare l'impatto che un eventuale esito sfavorevole dell'azione avrebbe sui bilanci. Pertanto, il modello di azioni rappresentative ipotizzato andrebbe modificato con un meccanismo di *opt-in*, che renderebbe efficace l'esito nel giudizio nei confronti di quei soggetti che abbiano manifestato, entro un termine predefinito, la volontà di aderire alla causa collettiva.

Sotto altro profilo, appare lacunosa la disciplina delle *qualified entities* legittimate alle *representative actions*. La bozza di Direttiva demanda agli Stati membri la definizione delle caratteristiche di questi enti e delle condizioni cui subordinare la loro capacità di rappresentare i soggetti danneggiati. Le poche disposizioni dedicate a tali profili sono vaghe e nulla è precisato con riferimento alla garanzia della loro effettiva solidità patrimoniale. Si tratta di aspetti importanti, che dovrebbero essere disciplinati già in sede comunitaria, a garanzia sia dei rappresentati sia delle imprese convenute, anche in considerazione delle spese che l'ente dovrà sostenere durante il procedimento, nonché all'esito dello stesso, in caso di soccombenza.

A tale ultimo riguardo, lo schema di direttiva non propone una disciplina univoca delle spese di lite, limitandosi a prevedere che una parte del danno riconosciuto dal giudice in un'azione rappresentativa possa essere utilizzato per coprire le spese sostenute dalla *qualified entity* nel corso del giudizio. Questa precisazione rischia di dare luogo a interpretazioni poco in linea con la regola della soccombenza, che andrebbe invece ribadita in modo chiaro quale unico criterio di ripartizione delle spese di lite, eliminando qualsiasi incentivo alla proposizione di azioni pretestuose.

b. Con le **azioni di gruppo** (art. 5), invece, due o più vittime dei medesimi illeciti decidono autonomamente di aggregare in una sola azione le proprie pretese risarcitorie individuali. Si prevede, inoltre, che ulteriori soggetti danneggiati possano aderire all'azione di gruppo anche dopo l'inizio del processo, esercitando l'*opt-in*.

La bozza di Direttiva non specifica però il termine entro cui sia possibile aderire al gruppo e quindi alla causa collettiva, né tantomeno le modalità da seguire per portare a conoscenza del convenuto tali adesioni. Il rischio concreto è, anche in questo caso, di

porre l'impresa convenuta di fronte a un rischio-risarcimento assolutamente non preventivabile, con evidenti - e negative - conseguenze in termini di accantonamenti di bilancio, vanificando quindi la *ratio* della previsione dell'*opt-in*. Pertanto, sarebbe necessario prevedere espressamente un termine entro cui sia possibile aderire all'azione collettiva e predisporre adeguati accorgimenti per consentire al convenuto di individuare i singoli aderenti e valutare la legittimità delle loro pretese. Tutto questo renderebbe possibile anche la proposizione di eventuali accordi transattivi, finalizzati a estinguere il processo.

Il termine per le adesioni dovrebbe essere circoscritto, per evitare, da un lato, che la situazione di incertezza si protragga troppo a lungo, dall'altro, comportamenti opportunistici da parte di coloro che potrebbero attendere l'evoluzione (anche solo prevedibile o parziale) della causa per poi valutare se aderirvi o meno.

Quanto alle modalità in grado di consentire all'impresa di accertare chi siano gli aderenti, andrebbero privilegiate forme di autenticazione (es. il deposito dell'atto di adesione presso la cancelleria del tribunale), che garantiscano certezza e serietà alla procedura. In assenza di un'attestazione della provenienza dell'adesione, infatti, ben potrebbero verificarsi abusi a danno delle imprese convenute.

Non si condivide, inoltre, la mancata previsione di regole che impediscano di reiterare tali azioni di gruppo (ma analoghe considerazioni valgono anche per le azioni rappresentative) nei confronti della stessa impresa e per il medesimo illecito, una volta che sia stata proposta la prima. La scelta di non escludere esplicitamente tale possibilità espone il convenuto al rischio di un *bis in idem*, rendendo possibile, ancora una volta, fenomeni di *free riding* da parte dei potenziali legittimati, i quali potrebbero attendere l'esito di un'azione in corso, per poi avviarne un'altra, avente lo stesso oggetto, in caso di esito positivo della prima. Ciò vanificherebbe, inoltre, gli obiettivi di economia processuale che - insieme al rafforzamento del *private enforcement* - giustificano un meccanismo risarcitorio collettivo.

Per scongiurare questi effetti è necessario prevedere un espresso divieto, per soggetti diversi dall'originario "gruppo promotore", di intentare ulteriori azioni nei confronti della stessa impresa aventi il medesimo oggetto della prima. Il divieto dovrebbe scattare al superamento di un termine predefinito, che potrebbe anche coincidere con quello previsto per le adesioni dei singoli danneggiati.

2.2. *Accesso alle prove: divulgazione inter partes*

La bozza di Direttiva prevede (art. 8) un sistema di accesso facilitato alle prove, riconoscendo sia all'attore che al convenuto il diritto alla *disclosure* delle stesse, secondo un modello già seguito nella direttiva 48/2004 (cd. *enforcement*) in materia di proprietà intellettuale. Il giudice potrà ordinare la *disclosure*, agevolando così l'onere probatorio delle parti, qualora ricorrano determinati presupposti:

- il *fumus boni juris*, che per l'attore consiste nell'onere di allegare fatti ed elementi di prova da cui sia ragionevole presumere la fondatezza della propria pretesa;
- la dimostrazione, fornita dal richiedente, che le prove possedute dalla controparte - o da un terzo - sono rilevanti per sostenere le proprie ragioni nel processo;
- la specificazione delle categorie di prove di cui si richiede la *disclosure*;
- la dimostrazione, fornita dal richiedente, di non essere in grado di produrre tali prove "con un ragionevole sforzo".

Peraltro, il diritto alla *disclosure* non è assoluto, dovendo essere interpretato alla luce di un criterio di proporzionalità che tenga conto degli altri interessi in gioco. Per questo motivo, si prevede che il giudice valuti, nel contraddittorio degli interessati, anche i costi della *disclosure* e l'eventualità che le prove possano contenere informazioni riservate. Quest'ultimo rappresenta un profilo particolarmente delicato, poiché è evidente il rischio di abusi di questo strumento di agevolazione probatoria, che potrebbe essere strumentalmente utilizzato per accedere a segreti industriali o ad altre informazioni riservate relative ad un'impresa.

A questo proposito, si rileva però come le disposizioni contenute nella bozza di Direttiva non garantiscano effettiva tutela alle informazioni confidenziali, poiché si limitano ad affermazioni di principio lasciando agli Stati membri il compito di individuare le concrete misure che il giudice potrà adottare per proteggere tali informazioni.

Sarebbe necessario, invece, definire tali profili già a livello comunitario, anche mediante un obbligo espresso di mantenere segrete le informazioni riservate all'interno del processo, limitandone l'accesso alle sole parti e all'esperto eventualmente nominato dal tribunale. In alternativa, si potrebbe valutare l'opportunità di prevedere che determinate informazioni debbano essere tradotte in codici o parole chiave (secondo meccanismi analoghi a quelli adottati nei cd. *confidentiality order* americani), sempre al fine di limitare gli abusi del diritto alla *disclosure*. In ogni caso, andrebbero anche previste sanzioni efficaci per il caso di violazione delle misure adottate a tutela delle informazioni confidenziali.

Inoltre, dovrebbe essere eliminata la previsione di cui all'art. 7, co. 6, nella parte in cui consente agli Stati membri di "introdurre" regole che rendano possibili forme più ampie di *disclosure* delle prove, poiché ciò comporterebbe il rischio di un'eccessiva compressione dei diritti di difesa dell'impresa soggetta a *disclosure*, considerata anche l'estraneità di tali meccanismi alle nostre regole processuali.

2.3. Trasferimento del sovrapprezzo

L'art. 11 della bozza di Direttiva prevede che il convenuto, a fronte di una richiesta di risarcimento del danno da parte dei suoi acquirenti diretti, possa eccepire il trasferimento del sovrapprezzo (conseguente all'illecito) da parte dell'attore sul consumatore finale (cd. *passing-on* difensivo). In questo caso, l'onere di provare il *passing-on* graverà sul convenuto, in conformità ai principi generali in tema di onere della prova.

Invece, per il caso in cui l'azione di danno venga proposta dagli acquirenti indiretti, viene introdotta una presunzione, a favore dell'attore, di trasferimento del sovrapprezzo a valle da parte del convenuto, che quest'ultimo potrà superare mediante prova contraria.

Confindustria non condivide l'impostazione adottata dalla Commissione, che introduce elementi di rigidità in grado di pregiudicare la posizione del convenuto, sebbene si comprenda la finalità di una previsione di questo tipo, diretta ad assicurare tutela agli acquirenti indiretti, ai quali può risultare difficile provare l'esistenza e la portata di un trasferimento illegale del sovrapprezzo.

Una presunzione dell'avvenuto *passing-on*, infatti, porrebbe l'impresa nella condizione di dover fornire la prova negativa di un evento (il mancato trasferimento a valle del sovrapprezzo), che il convenuto spesso non può determinare né controllare. Si tratterebbe di una sorta di *probatio diabolica* che, salvo ipotesi eccezionali, l'impresa non sarà in grado di fornire, col rischio di riconoscere risarcimenti ingiustificati a quei consumatori finali cui il sovrapprezzo non sia stato trasferito.

Infatti, va considerato che, specie qualora la "distanza" lungo la catena distributiva tra l'acquirente e l'impresa risulti notevole, quest'ultima non può avere accesso alla documentazione e a tutti i materiali detenuti dagli acquirenti intermedi, che potrebbero consentirgli di confutare la presunzione. Peraltro, la capacità degli acquirenti diretti di trasferire il sovrapprezzo determinato da un illecito antitrust dipende dalle caratteristiche del mercato di riferimento in cui operano. Sembra quindi irragionevole presumere che il sovrapprezzo venga, integralmente e in ogni caso, trasferito a valle.

La presunzione generale di trasferimento del sovrapprezzo andrebbe pertanto eliminata e sostituita con altre modalità in grado di agevolare la prova del danno per l'attore/acquirente indiretto. Al riguardo, si potrebbe affidare al giudice la valutazione, caso per caso, della sussistenza dei presupposti per un'inversione dell'onere probatorio, sulla base della documentazione presentata dalle parti e delle caratteristiche del mercato, che potrebbero anche portare ad escludere l'esistenza di un nesso di causalità tra illecito e danno subito dall'acquirente indiretto per ragioni di *remoteness* (in linea con quanto prefigurato nello stesso Libro Bianco).

In questo modo, verrebbe assicurata anche la necessaria flessibilità poiché, a seconda dei casi, potrà risultare ragionevole presumere il trasferimento del sovrapprezzo pur in presenza di allegazioni minime da parte dell'attore o, al contrario, il giudice potrà chiedere all'acquirente indiretto elementi di prova più circostanziati in mancanza dei quali non si potrà dar luogo al risarcimento dei danni.

2.4. Effetti delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza

Solleva forti perplessità la disposizione (art. 13) che vincola i giudici nazionali, nelle cause di risarcimento del danno derivante da un illecito antitrust, alle decisioni definitive delle autorità nazionali di concorrenza.

In primo luogo, una previsione di questo tipo appare inconciliabile con il principio costituzionale (comune a molti Paesi UE) secondo cui il giudice è soggetto esclusivamente alla legge (art. 101, co. 2, della Costituzione).

Va, inoltre, considerato che la natura e le finalità dell'accertamento compiuto dall'autorità antitrust sono profondamente differenti rispetto a quelle tipiche della decisione giudiziale. Sotto il primo profilo, nel nostro ordinamento i provvedimenti dell'autorità di concorrenza non hanno natura giurisdizionale, ma sono assimilati ad atti amministrativi (impugnabili, infatti, davanti al giudice amministrativo), né tantomeno hanno un'efficacia vincolante nel giudizio risarcitorio promosso dinanzi al giudice ordinario. Di fatto, le conclusioni dell'autorità hanno valore di precedente autorevole, ma non esonerano il giudice dal compito di esaminare le questioni già accertate, motivando espressamente in proposito. La stessa Corte di Cassazione ha confermato questo assunto, ribadendo che le decisioni dell'autorità non vincolano il giudice, ma costituiscono un mero "*strumento di prova privilegiato*" (Cass. Civ., sent. n. 3638 del 13.02.2009), in grado quindi di determinare un'inversione del relativo onere.

Sotto il secondo profilo, le autorità antitrust nazionali operano per garantire la tutela della concorrenza sui mercati, mentre il giudice è chiamato a verificare se una condotta illecita dal punto di vista antitrust abbia comportato un pregiudizio di natura patrimoniale al soggetto che agisce per il risarcimento del danno. L'autorità di concorrenza opera quindi a tutela di un interesse pubblico, mentre quella giurisdizionale per garantire l'*enforcement* dei diritti dei singoli. Da qui anche l'ulteriore differenza tra la sanzione irrogata dall'autorità antitrust all'esito dell'accertamento e il risarcimento ordinato dal giudice: la prima interviene con funzione "punitiva" e di *deterrence*, mentre la seconda presenta una finalità tipicamente "compensativa" dei danni subiti da soggetti terzi rispetto all'illecito.

Si osserva, inoltre, che una simile pregiudizialità si risolverebbe in un *favor* per l'attore, dal momento che le autorità nazionali di concorrenza non possono adottare decisioni di accertamento negativo. L'effetto vincolante rimarrebbe quindi escluso per le ipotesi di archiviazione dell'istruttoria antitrust, applicandosi solo nelle ipotesi in cui il procedimento autoritativo abbia avuto esito positivo.

Né va sottovalutato l'effetto che una disposizione di questo tipo avrebbe in termini di incentivi alla proposizione di ricorsi contro le decisioni delle autorità da parte dell'impresa sanzionata, anche nei casi in cui quest'ultima non avrebbe avuto interesse a farlo, proprio in considerazione dell'efficacia vincolante attribuita all'accertamento dell'autorità stessa.

Peraltro, la possibilità comunque riconosciuta al giudice dalla bozza di Direttiva di adire la Corte di Giustizia - ai sensi dell'art. 234 del Trattato - qualora insorgano questioni pregiudiziali relative alla corretta interpretazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, non fa venir meno le perplessità appena evidenziate, poiché il carattere vincolante delle decisioni delle autorità nazionali non riguarda soltanto l'interpretazione e l'applicazione delle norme comunitarie, ma anche e in primo luogo l'accertamento dei fatti che si assumono lesivi nell'ambito dell'azione risarcitoria.

Confindustria esprime quindi la propria contrarietà rispetto all'attribuzione di un effetto automaticamente vincolante alle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza. L'accertamento dell'illecito da parte di queste non dovrebbe mai precludere la possibilità per il giudice, nell'ambito di una *follow-on action*, di discostarsi dalle conclusioni dell'autorità sulla base di una differente ricostruzione degli elementi di fatto e di diritto prodotti dalle parti.

2.5. *Criterio relativo alla colpa*

La bozza di Direttiva, sempre al fine di agevolare l'onere probatorio nelle cause risarcitorie, prevede (art. 14) una presunzione di colpa a carico dell'impresa convenuta. Da ciò consegue che all'attore sarà sufficiente, per ottenere una pronuncia favorevole, dimostrare l'esistenza dell'illecito e del nesso di causalità con il danno subito. Per evitare la condanna al risarcimento, sarà l'impresa a dover provare di non essere stata ragionevolmente consapevole del fatto che il suo comportamento violava o limitava la concorrenza. In altre parole, la presunzione di colpevolezza può essere superata solo se l'impresa riesce a dimostrare la sussistenza di un "errore scusabile".

Il criterio adottato dalla bozza appare squilibrato, soprattutto perché il diritto antitrust è spesso caratterizzato da notevole incertezza applicativa e la valutazione delle condotte rilevanti dipende da una serie di variabili che mutano a seconda del contesto di mercato e di numerose altre circostanze riferibili al caso concreto. Tutto questo mal si concilia con una presunzione generalizzata di colpevolezza e col criterio dell'errore scusabile, specie se tale ultimo parametro venisse interpretato in conformità a quanto ipotizzato nel Libro Bianco (al punto n. 179 dello *Staff Working Paper* si escludeva che fosse sufficiente, per dimostrare l'esistenza di un errore scusabile, l'aver fatto affidamento su una consulenza legale o su una pronuncia di un'autorità).

Pertanto, la norma dovrebbe essere corretta precisando quantomeno le ipotesi di errore scusabile ed estendendone la portata, in modo da garantire alle imprese sufficiente certezza applicativa ed evitare che determinate condotte vengano imputate a queste ultime a titolo di responsabilità oggettiva.

2.6. *Prescrizione*

La bozza di Direttiva (art. 14) lascia agli Stati membri il compito di definire i termini di decorrenza, la durata e le ipotesi di interruzione/sospensione della prescrizione, precisando però che questa non debba iniziare a decorrere prima che sia possibile "*presumere ragionevolmente*" la conoscenza dell'illecito - e del conseguente danno - da parte della vittima dell'infrazione. Tale ultimo criterio appare di difficile interpretazione e dovrebbe quindi essere chiarito, specificando le ipotesi tipiche cui ricondurre la presunzione di conoscenza (es. l'avvio di un'istruttoria da parte dell'autorità antitrust).

Si prevede poi che nel caso in cui l'infrazione sia oggetto di un procedimento dinanzi all'autorità antitrust, i danneggiati debbano poter disporre di un termine almeno biennale

per azionare la pretesa risarcitoria, a partire da quando la decisione dell'autorità stessa sia divenuta definitiva. Nella pratica, tale ultima disposizione potrebbe comportare la riapertura di termini ormai scaduti, risolvendosi in una sorta di prescrizione supplementare. Essa risulta in contrasto con la funzione di questo istituto, che é di garantire la certezza dei rapporti giuridici attraverso l'estinzione di un diritto che non sia stato esercitato entro un termine predefinito, e finirebbe per attribuire un vantaggio ingiustificato all'attore, a danno dell'impresa convenuta. Per questi motivi, la previsione in esame dovrebbe essere eliminata.

Roma, 30 settembre 2009