

IL *PRIVATE ENFORCEMENT* ANTITRUST IN ITALIA:
AZIONI-FOLLOW ON, QUANTIFICAZIONE DEL DANNO E REGOLE DI GIUDIZIO

Andrea Gemma *

SOMMARIO: 1. Dalla promessa al contenzioso seriale: tre tesi – 2. La funzione compensativa e i due piani dell'*enforcement* – 3. Il processo: aggregazione delle pretese, istruzione, riservatezza – 4. L'*an*: il vincolo del provvedimento e i suoi confini – 5. Il danno e la sua prova: la presunzione e i suoi limiti – 6. Il *quantum*: le scelte giuridiche nascoste nella consulenza tecnica – 7. Il tempo dell'azione: la prescrizione – 8. Coautori, riparto, clemenza – 9. Conclusioni: regole di giudizio a diritto vigente.

1. – Per lungo tempo il *private enforcement* del diritto antitrust è stato, in Italia, un tema accademico, sconosciuto alle aule giudiziarie ¹. Con il recepimento della direttiva 2014/104/UE, il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 avrebbe dovuto colmare la distanza tra teoria e prassi, offrendo un nuovo corredo di strumenti: l'esibizione di intere categorie di prove, l'efficacia vincolante delle decisioni dell'autorità nazionale, la presunzione di danno da cartello, la disciplina della traslazione del sovrapprezzo (il c.d. *passing-on*, cioè il trasferimento del rincaro dall'acquirente diretto ai propri clienti), una prescrizione quinquennale ancorata alla conoscibilità dell'illecito. Sennonché, anche dopo il decreto, il giudizio della dottrina è rimasto severo, rilevando una casistica modesta e imparagonabile a quella di altri ordinamenti ². Precisamente, si è osserva-

* Professore associato di Istituzioni di diritto privato, Università Roma Tre.

¹ A. Genovese, *Interferenza e complementarità tra l'azione pubblica e l'azione privata nel diritto antitrust. Una introduzione*, Diritto civile e tutela del mercato, a cura di A. Argentati, AGCM, Temi e problemi, n. 16 (Roma 2024), 32 s., spec. 34: «La pratica, peraltro, anche dopo il decreto legislativo n. 3 del 2017, ha continuato ad essere caratterizzata, almeno in Italia, da scarsa diffusione di *private enforcement* del diritto antitrust. Il dato della scarsa diffusione delle azioni civili antitrust fa riflettere».

² E. Camilleri, *An Overview of the Private Enforcement of Competition Law in Italy*, Jus civile, 2020, 351 s., spec. 356: «the number of private actions registered to date in Italy, even if rising in recent years, has proven to be very limited both in absolute terms and on a comparative basis with other jurisdictions, such as Germany, UK and the Netherlands». L'A. aggiunge che la combinazione di fattori processuali e sostanziali ha reso la giurisdizione italiana «less plaintiff-friendly and attrac-



to che gli strumenti legislativi, benché formalmente inediti, non superavano gli approdi della giurisprudenza e che il *private enforcement* stentava a decollare per la mancanza di vere azioni collettive, per le croniche inefficienze del processo civile³ e per l'assenza di orientamenti consolidati, che rendeva i contenziosi inattraenti anche per i *litigation funds*⁴.

Tale giudizio merita oggi di essere rimeditato su punti tutt'altro che di dettaglio. Il contenzioso non è più episodico: la svolta si è consumata con (i) le azioni a valle del cartello europeo degli autocarri (che hanno dato luogo alle prime pronunce di merito sulla quantificazione del danno⁵) e con (ii) la vicenda del cartone ondulato⁶, nella quale l'AGCM ha colpito con robuste sanzioni due intese distinte protrattesi per oltre un decennio. Pende ad oggi un contenzioso seriale innanzi alla sezione per le imprese del Tribunale di Milano: processi con decine di parti, istruttorie economiche condotte su serie di dati ventennali e consulenze tecniche che impegnano anni.

tive than other jurisdictions in Europe, with the side effect of deterring private parties from bringing actions for antitrust damages, if not even triggering a forum shopping phenomenon». Per un bilancio più recente, V. Meli, *Il ruolo del «private enforcement» per la piena attuazione delle regole di tutela della concorrenza. Grandi aspettative a confronto con la realtà*, Merc. conc. reg., 2024, 9 s.

³ R. Rordorf, *Violazione della concorrenza e tutela risarcitoria*, *Il Libro dell'anno del diritto* 2019 (Roma 2019), § 3.2: «Credo che gran parte degli strumenti adottati dal legislatore per eliminare le asimmetrie esistenti a danno dell'attore e per agevolare il suo difficile compito probatorio, al di là delle novità formali, poco aggiungano, sul piano pratico, agli effetti che già potevano ricavarsi dal precedente orientamento giurisprudenziale. I fattori che condizionano (e verosimilmente continueranno in futuro a condizionare) l'efficacia del *private enforcement* risiedono probabilmente altrove: nella scarsa appetibilità delle azioni collettive e nelle inefficienze che affliggono il nostro processo civile».

⁴ M. Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato: la complementarità fra public e private enforcement nel diritto antitrust*, *Diritto civile e tutela del mercato* cit., 8 s., spec. 25: «Fatto è che le azioni collettive rimangono rare e che i *litigation funders* non sembrano finora intenzionati ad investire in Italia sulle azioni di danno antitrust (pare che la ragione principale, oltre alla durata dei processi, sia costituita dalla difficoltà di previsione degli esiti, data la vivacità innovativa della nostra giurisprudenza)».

⁵ La decisione della Commissione è del 19 luglio 2016, caso AT.39824, *Trucks*. Nella giurisprudenza Trib. Napoli 6-7-2021, n. 6319, che ha liquidato in via equitativa un sovrapprezzo del 15%; Trib. Milano 11-1-2026, n. 212, che, disattesa la stima del consulente d'ufficio perché ritenuta troppo bassa, ha fissato il sovrapprezzo nell'8% del prezzo e l'effetto di trascinamento nella metà di tale misura (le pagine citate in seguito sono quelle del testo integrale). V. ora Trib. Milano 28-7-2026, n. 6381, che ha liquidato il sovrapprezzo nella misura del 12,96% stimata dal consulente d'ufficio (consultata in DeJure; i paragrafi citati in seguito sono quelli della motivazione).

⁶ AGCM provv. 17-7-2019, n. 27849, caso I805, *Prezzi del cartone ondulato*, che ha accertato due intese distinte, l'una relativa ai fogli e l'altra agli imballaggi. Sul seguito innanzi alla giurisdizione amministrativa v. infra, § 4.

Nello stesso torno di tempo la Corte di giustizia ha ridefinito le coordinate ortogonali della disciplina: dall'ambito di efficacia temporale della direttiva ai presupposti della stima giudiziale del danno, dalla decorrenza della prescrizione all'aggregazione delle pretese mediante cessione, dall'esibizione delle prove al computo degli interessi⁷. Sono decisioni che vincolano direttamente i giudici italiani e ne sciolgono i nodi.

Il *private enforcement follow-on* – l'azione risarcitoria che segue l'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità e ne utilizza il provvedimento, a differenza dell'azione *stand-alone*, nella quale l'illecito va provato da chi agisce – vive però di un paradosso. L'accertamento pubblico, che dovrebbe agevolare l'azione privata, di norma riguarda intese restrittive per oggetto, vietate cioè per la loro stessa natura senza che occorra dimostrarne gli effetti sul mercato, e nulla dice, dunque, su questi ultimi; il danno, che il giudice civile è chiamato a misurare, resta fuori dall'accertamento antitrust. Il contenzioso civile gravita, pertanto, sul piano delle conseguenze, passa dal linguaggio del diritto a quello dell'economia e s'incentra sulla consulenza tecnica, dove si scelgono il controfattuale (vale a dire, la ricostruzione di ciò che sarebbe accaduto nel mercato in assenza dell'illecito: il c.d. scenario *but-for*, § 6), i dati, il periodo di riferimento, la regola di calcolo.

La prassi recente ha fatto, poi, emergere un elemento significativo, ma anormale: il consulente "si fa giudice", perché investito di questioni di diritto, e la determinazione del *quantum* diventa un *posterius* privo di ancoraggio giuridico, la cui incertezza è destinata a risalire fino alla Corte di cassazione in cerca di un quadro di principi⁸.

Il vincolo dell'art. 7 d.lgs. 3/2017 ha reso agevole l'accertamento dell'illecito: nel contenzioso *follow-on* l'esistenza dell'intesa non è più l'oggetto della contesa. Il conflitto si trasferisce su tre differenti terreni tra loro interconnessi: (i) il *quan-*

⁷ Corte giust. 22-6-2022, C-267/20, *Volvo e DAF Trucks*; 10-11-2022, C-163/21, *PACCAR*; 16-2-2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*; Grande Sezione 18-4-2024, C-605/21, *Heureka Group*; Grande Sezione 28-1-2025, C-253/23, *ASG 2*; 4-9-2025, C-21/24, *Nissan Iberia*; 29-1-2026, C-286/24, *Meliá Hotels International*; 30-4-2026, C-191/25, *Wenzel Logistics*.

⁸ Non sorprende infatti che la stessa Commissione abbia rinviato la valutazione della direttiva in attesa di un'esperienza applicativa sufficiente, Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU, SWD (2020) 338 final (Bruxelles 2020), § 2: «While the Commission submits this report on the basis of Article 20(1) of the Directive, it notes that sufficient evidence to carry out a meaningful evaluation of the Damages Directive is not yet available».

tum; (ii) il tempo, perché, quando il giudizio amministrativo si protrae per anni, la definitività del provvedimento e la decorrenza della prescrizione si frammentano impresa per impresa; (iii) il riparto interno tra coobbligati in solido, perché, se la solidarietà è la leva dell'attore, il riparto ai fini del regresso è la vera posta in gioco tra i coautori dell'illecito.

Sul *quantum*, ancora, si consuma un equivoco che ha i tratti della finzione: la consulenza compie scelte presentate come tecniche, benché schiettamente giuridiche; come accade quando il quesito seleziona i metodi ammissibili e diviene norma di metodo, il calcolo che conta i soli scostamenti positivi tra prezzo effettivo e controfattuale, lo sconto prudenziale suggerito dal consulente al giudice per una traslazione non provata. Tali scelte vanno ricondotte alle categorie giuridiche che le governano: l'onere della prova, il regime della traslazione (artt. 11 e 12 d.lgs. 3/2017) e la stima equitativa (art. 14, co. 1, d.lgs. 3/2017 e art. 1226 c.c.) nella lettura offerta dalla Corte di giustizia.

Da queste premesse muove l'indagine, che intende sviluppare tre ragionamenti. Il primo è che il baricentro del contenzioso *follow-on* si è spostato dall'*an* al *quantum*, e con esso si è spostato il luogo in cui si decide l'effettività della tutela: non più la prova dell'illecito, che il vincolo del provvedimento ha reso agevole, ma la misura del danno, il tempo dell'azione e il riparto tra i coautori. Il secondo, centrale, è che nella quantificazione la consulenza tecnica ha assunto una funzione che non le compete: le scelte da cui dipende la misura del danno – la selezione dei metodi ammissibili, il trattamento degli scostamenti negativi, lo sconto per una traslazione non provata, l'estensione della media agli acquisti non campionati – sono scelte di diritto “travestite” da scelte di metodo, perché ridistribuiscono tra le parti il rischio dell'incertezza, e il loro transito nel campo del consulente sottrae al giudice una regola di giudizio che la legge gli riserva. Il terzo è che per porvi rimedio non occorrono norme nuove: l'ordinamento dispone già, nell'onere della prova, nella presunzione di danno, nel regime della traslazione e nella stima equitativa come riletta dalla Corte di giustizia, delle categorie necessarie a governare quelle scelte, a condizione che il giudice le eserciti prima della consulenza, e non dopo, e che quest'ultima ne renda visibili le premesse.

Il percorso dell'indagine segue l'ordine logico del giudizio: la funzione del rimedio e il suo rapporto con la sanzione (§ 2); la struttura del processo, dall'aggregazione delle pretese all'istruzione e alla riservatezza (§ 3); l'accertamento dell'illici-

to e i confini del vincolo (§ 4); l'esistenza del danno e la sua prova (§ 5); la quantificazione, dove la seconda tesi trova il suo banco di prova (§ 6); il tempo dell'azione (§ 7) e il riparto tra coautori (§ 8). Le conclusioni raccolgono, a diritto vigente, le regole di giudizio che ne discendono (§ 9).

2. – Che l'azione di danno antitrust abbia natura aquiliana e spetti a «chiunque» abbia subito un pregiudizio dall'illecito è un dato acquisito, dalle Sezioni Unite del 2005 alla giurisprudenza europea sul diritto al risarcimento⁹. Il d.lgs. 3/2017 vi ha aggiunto due regole di struttura, condensate nell'art. 1, co. 2, secondo cui il risarcimento «comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni». La seconda proposizione, che recepisce l'art. 3, par. 3, della direttiva, esclude ogni risarcimento «punitivo», «multiplo» o «di altra natura», e definisce la funzione dell'istituto con radicale nettezza¹⁰. Né l'apertura delle Sezioni Unite alla polifunzionalità della responsabilità civile ha incrinato il punto: il legislatore antitrust ha mantenuto il risarcimento nel paradigma compensativo, e la deterrenza, che pure la condanna produce, resta un effetto e non assurge a funzione della responsabilità¹¹.

⁹ Cass. s.u. 4-2-2005, n. 2207; Corte giust. 20-9-2001, C-453/99, *Courage*; 13-7-2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

¹⁰ Art. 3, par. 3, dir. 2014/104/UE. C. Schepisi, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, Eurojus, 2021, n. 2, 126 s., spec. 129: «Il principio cardine del nuovo impianto normativo è, come noto, l'affermazione del diritto ad un pieno risarcimento, con il divieto tuttavia di una sovracompensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura»; C. Scognamiglio, *Saluti istituzionali, Diritto civile e tutela del mercato* cit., 4 s., spec. 6: la direttiva «esclude univocamente ogni forma di overcompensation, nel quadro di una tendenza che ha, poi, trovato altri punti di emersione negli interventi normativi eurounitari».

¹¹ Cass. s.u. 5-7-2017, n. 16601. Sulla scelta compensativa, E. Campagnano, *La funzione della responsabilità civile nell'illecito antitrust: la civilizzazione del danno concorrenziale*, Contr. impr. Eur., 2025, 633 s., spec. 671: «il diritto positivo italiano, in specie attraverso l'art. 1, c. 2, d.lgs. 3/2017, mantiene fermo il divieto di overcompensation, ancorando la funzione del risarcimento al paradigma compensativo»; Camilleri, *An Overview* cit., 369, per il quale «the adoption of a merely compensatory regime is a deliberate, final choice, coherent with the function (compensatory) and characteristics of the tort remedy in Europe». Sulla deterrenza come effetto, C. Scognamiglio, *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, Quest. giust., 2018, n. 1, 144 s., spec. 145, nt. 7, ove si osserva che la condanna sottopone il responsabile «ad un costo, destinato ad incidere sulla valutazione di convenienza dello stesso alla eventuale reiterazione dell'illecito: e produce, dunque, un effetto, se non specificamente sanzionatorio, certo configurabile in termini

La tematica della natura della responsabilità, benché risolta in linea di principio, riemerge nella prassi *sub specie* di concorso di titoli: le domande risarcitorie cumulano di regola l'art. 101 TFUE, l'art. 2 l. 287/1990, il d.lgs. 3/2017 e, in via alternativa, gli artt. 2043 e 2598, n. 3, c.c. Si obietta che la concorrenza sleale postula un rapporto di concorrenza, che difetta nella relazione verticale tra fornitore e acquirente, e, più sottilmente, che la domanda di diritto comune non è un titolo diverso, ma la medesima domanda privata delle agevolazioni probatorie della *lex specialis*, sicché, se fosse accolta come tale, l'attore dovrebbe rinunciare al vincolo del provvedimento e alla presunzione di danno¹². L'osservazione coglie nel segno: il fatto costitutivo è uno solo, l'illecito anticoncorrenziale, e il cumulo dei titoli non amplia la tutela, ma incide sul regime probatorio (è la prospettiva cui conduce una lettura sistematica del decreto, che ha inserito la responsabilità antitrust nel corpo del codice civile senza farne un microsistema separato¹³).

Più interessante è l'uso difensivo del divieto di sovracompensazione, invocato non solo per la traslazione, che ne è l'applicazione ortodossa, ma anche per altre voci di danno.

La prima di queste è l'IVA, e qui il rilievo è corretto: tra imprese soggette all'imposta la quota calcolata sul sovrapprezzo è detraibile e non integra danno. La seconda è il cosiddetto beneficio fiscale: il sovrapprezzo, dedotto come costo, avrebbe ridotto il reddito imponibile dell'acquirente e andrebbe perciò scomputato per *compensatio lucri cum damno*¹⁴. L'argomento appare eccessivo. Il risarcimento concorre a sua volta a formare il reddito d'impresa dell'esercizio in cui è conseguito e riassorbe il beneficio ottenuto con la deduzione¹⁵; resi-

di deterrenza quanto alla ripetizione del comportamento vietato dalla norma». Nella stessa direzione, A. Montanari, *Il danno antitrust* (Padova 2020); E. Camilleri, *Responsabilità civile e illecito antitrust*, Enc. dir., I Tematici, VII. Responsabilità civile (Milano 2024), 920 s.

¹² Sulla necessità del rapporto di concorrenza ai fini dell'art. 2598 c.c. si richiama Cass. 22-9-2015, n. 18691, secondo la cui massima la concorrenza sleale «non è ravvisabile ove manchi il presupposto soggettivo del cosiddetto "rapporto di concorrenzialità"».

¹³ Scognamiglio, *Danno antitrust* cit., 150: «la fisionomia della responsabilità civile per violazione della normativa antitrust che emerge dal d.lgs 3/2017 [...] è quella di una tecnica di tutela che si inserisce in pieno all'interno del sistema del codice civile: [...] sia per quanto riguarda il momento finale della sua liquidazione, integralmente ricondotta alle corrispondenti regole del codice civile, al fine di assicurare l'obiettivo del pieno risarcimento contemplato dall'art. 1, co. 2° d.lgs 3/17».

¹⁴ Sulla *compensatio*, Cass. s.u. 22-5-2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567.

¹⁵ Per l'impresa il risarcimento è provento imponibile: l'art. 88, co. 3, lett. a), d.P.R. 22 dicem-

dua al più un differenziale di aliquota tra l'esercizio dell'acquisto e quello della liquidazione, grandezza contingente che non giustifica uno scomputo sistematico. Né lo scomputo potrebbe arrestarsi alla sottrazione: il risarcimento ridotto sarebbe a sua volta tassato e lascerebbe il danneggiato al di sotto della posizione che la reintegrazione gli deve, sicché esigerebbe, per coerenza, una corrispondente maggiorazione dell'importo lordo, il *gross-up* fiscale degli economisti ¹⁶ (la giurisprudenza milanese ha, del resto, già escluso che il beneficio fiscale vada detratto, anche nella forma del differenziale di aliquota ¹⁷).

bre 1986, n. 917 annovera tra le sopravvenienze attive «le indennità conseguite a titolo di risarcimento, anche in forma assicurativa, di danni diversi da quelli considerati alla lettera f) del comma 1 dell'articolo 85 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 86». Ne discende una simmetria che la giurisprudenza tributaria enuncia con nettezza: il costo dedotto e il risarcimento che lo ristora sono componenti di segno opposto del medesimo reddito e, se cadono in esercizi diversi, «ciascuna delle due voci si valuta, in negativo ed in positivo, nei rispettivi periodi di competenza» (Cass. sez. trib. 6-10-2011, n. 20465, in tema di indennizzo per il danneggiamento di un impianto). Per un'applicazione della lett. a) a una somma conseguita in via transattiva a ristoro di un inadempimento, Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 7-8-2020, n. 254.

¹⁶ In termini algebrici, se il sovrapprezzo C è stato dedotto all'aliquota t_1 , il suo costo effettivo per l'impresa è $C(1 - t_1)$; se il risarcimento D è tassato all'aliquota t_2 , l'impresa ne trattiene $D(1 - t_2)$. La reintegrazione al netto delle imposte richiede che le due grandezze coincidano, cioè che $D = C(1 - t_1)/(1 - t_2)$: con aliquote uguali $D = C$, e il danno va liquidato al lordo, senza scomputo alcuno. Scomputare il beneficio, liquidando $C(1 - t_1)$, e tassare poi il risarcimento significa invece colpire due volte la medesima grandezza: con $C = 100$ e una medesima aliquota del 24%, l'impresa, che ha sopportato un costo netto di 76, tratterrebbe $76 \times 0,76 = 57,76$. Solo con aliquote diverse residua uno scarto, il differenziale di cui nel testo: con aliquote, ipotetiche, del 27,5% all'acquisto e del 24% alla liquidazione, il risarcimento esattamente compensativo sarebbe $72,5/0,76 \approx 95,4$. Nella letteratura economico-forense la regola è enunciata da M.A. Allen - R.E. Hall - V.A. Lazear, *Reference Guide on Estimation of Economic Damages, Reference Manual on Scientific Evidence*³ (Washington 2011), 425 s., spec. 454-456: quando le aliquote applicate alla perdita e al risarcimento coincidono «the two tax adjustments are a wash»; altrimenti occorre il «grossing up», che si ottiene se si «divide the lost tax-free value by one minus the tax rate». Il Competition Appeal Tribunal ha applicato questo schema, su accordo delle parti, in un'azione relativa a commissioni interbancarie: l'imposta di ciascun anno è stata dedotta dal danno di quell'anno, i danni netti sono stati sommati e il totale è stato poi «lordizzato» all'aliquota vigente al momento della liquidazione, con interessi calcolati sulle somme nette (CAT 21-12-2016, *Sainsbury's Supermarkets Ltd c. MasterCard Inc.*, [2016] CAT 26, §§ 3 e 17: «The total damages net of tax would then be grossed-up at the corporation tax applicable in 2016, being 20%»).

¹⁷ Trib. Milano n. 212/2026 cit., nella massima pubblicata: «Dal risarcimento del danno da sovrapprezzo non va detratto il beneficio fiscale conseguito dal danneggiato per effetto della deduzione del costo di acquisto dei beni». In motivazione (89-91) l'eccezione è respinta in applicazione dei limiti della *compensatio lucri cum damno* tracciati da Cass. s.u. 22-5-2018, nn. 12565 e 12566: il vantaggio

All'opposto, il divieto in discorso chiude la porta ai rigurgiti punitivi che affiorano dal lato dei danneggiati, come la richiesta subordinata di un sovrapprezzo forfettario pari alla media dei cartelli rilevata dalla letteratura economica, che confonde il dato statistico sulla popolazione dei cartelli con il danno del singolo acquirente (§ 6).

La distinzione funzionale tra risarcimento e sanzione ha trovato di recente un discrimine nitido nella giurisprudenza amministrativa. Pronunciando sul provvedimento sul cartone, il Consiglio di Stato ha chiarito che il coefficiente di gravità del 15% esprime, in chiave dissuasiva, il sovrapprezzo medio applicato dai cartellisti; che l'Autorità non ha indagato l'effetto distorsivo in termini di sovrapprezzo, venendo in rilievo un'intesa per oggetto; che gli esiti delle consulenze disposte nei giudizi civili non incidono sulla legittimità della sanzione, perché *public* e *private enforcement* «attengono a piani distinti»¹⁸.

fiscale non assolve la funzione di rimuovere il pregiudizio, perché il meccanismo della deduzione del costo d'impresa «non ha una funzione risarcitoria», e manca un meccanismo di rivalsa o di surrogazione che consenta all'amministrazione finanziaria di recuperarlo dal danneggiante, sicché lo scomputo si tradurrebbe in un vantaggio ingiustificato per l'autore dell'illecito. Il consulente d'ufficio aveva calcolato il beneficio separatamente, per consentire al collegio «ogni eventuale determinazione sul punto». La ragione è diversa da quella prospettata nel testo, che fa leva sulla tassazione del risarcimento, ma il risultato coincide. Nello stesso senso Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.6, che ha richiamato i medesimi limiti della *compensatio* a fronte dell'eccezione fondata sullo sfasamento temporale tra la deduzione del costo e la tassazione del risarcimento, e sulle diverse aliquote dei due esercizi, la cui stima il consulente d'ufficio aveva giudicato non praticabile. In senso parzialmente diverso, Trib. Napoli n. 6319/2021 cit., che ha determinato in via equitativa il danno nella misura del 15% del prezzo, «tenuto conto anche dei benefici fiscali di cui l'acquirente dell'autocarro ha comunque beneficiato». Sul piano dei principi, la giurisprudenza tedesca esclude di regola l'imputazione dei vantaggi fiscali quando anche la prestazione risarcitoria è tassata, e riserva un calcolo analitico ai soli vantaggi «straordinari», ponendone la prova a carico del danneggiante: BGH 15-7-2010, III ZR 336/08, BGHZ 186, 205, primo *Leitsatz*: «Eine Anrechnung von Steuervorteilen, die sich aus einer Kapitalanlage ergeben, kommt im Schadensersatzprozess des Anlegers grundsätzlich nicht in Betracht, wenn auch die Schadensersatzleistung der Besteuerung unterliegt». Nel diritto inglese la regola di *British Transport Commission v Gourley* [1956] AC 185, che impone di liquidare il mancato guadagno al netto delle imposte, presuppone che la perdita sarebbe stata tassata e che il risarcimento non lo sia, e non opera quando il risarcimento concorre al reddito d'impresa: H. McGregor, *Taxation of Damages, Costs and Interest*, II, relazione al seminario della Chancery Bar Association del 24 febbraio 2003, 30 s. (testo in www.taxbar.com).

¹⁸ Cons. Stato sez. VI 13-5-2026, n. 3792: il 15% «rappresenta, infatti, il livello di sovrapprezzo medio applicato a valle dai cartellisti (il c.d. markup)», e il ricorso a tale meccanismo si giustifica «nell'ottica dell'analisi economica del diritto per garantire la dissuasività della sanzione ed impedire che si giunga ad irrogare importi che possano restare assorbiti dal vantaggio conseguibile dalla partecipazione all'intesa»; inoltre, «quello dell'effetto distorsivo in termini di sovrapprezzo è aspetto che

Nel processo civile, tuttavia, gli argomenti transitano da un piano all'altro in entrambe le direzioni. Dal lato dei danneggiati si legge nel 15% un indice del danno, o almeno una soglia di plausibilità del sovrapprezzo; dal lato delle imprese sanzionate si invocano stime peritali modeste o nulle per contestare la proporzionalità della sanzione e, all'inverso, il pagamento della sanzione per pretendere un vaglio più rigoroso della pretesa privata. Entrambe le mosse sono improprie.

Il coefficiente di gravità è, nelle linee guida dell'Autorità, una soglia fissata *ex ante* per la categoria dei cartelli segreti di prezzo e non misura l'effetto di quel cartello su quell'acquirente¹⁹; e il pagamento della sanzione non attenua, né aggrava l'onere di provare il danno, semplicemente vi rimane estraneo. L'asimmetria è solo apparente: che l'ordinamento presuma la gravità ai fini della sanzione e chieda la prova del danno ai fini del risarcimento discende dalla diversa funzione dei due rimedi e, più a fondo, dalla ragione stessa della natura *follow-on* del contenzioso, cioè l'indispensabilità di un'azione pubblica dotata di poteri inquisitori per accertare fatti complessi e segreti²⁰. Il raccordo, semmai, sta "a valle", nell'assistenza che il giudice può chiedere all'Autorità sulla quantificazione (art. 14, co. 3), ma non ne risultano, a quanto consta, applicazioni edite, e la dottrina l'aveva accolta con favore pur segnalandone la formulazione incerta²¹.

non è stato indagato dall'Autorità venendo in rilievo, come detto, un'intesa per oggetto», e «*public* e *private enforcement*» attengono a piani distinti che non vanno sovrapposti con la conseguenza che non si può trarre *ex post* l'incongruità o sproporzionatezza del trattamento sanzionatorio riservato all'operatore economico alla luce dello sviluppo dei contenziosi civili eventualmente scaturiti a valle». La sentenza richiama a sua volta Cons. Stato sez. VI 22-9-2014, n. 4773, secondo cui «*public enforcement* e *private enforcement* non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita», trattandosi di «due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti».

¹⁹ AGCM, Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, delibera 22-10-2014, n. 25152 (ora sostituite dalle Linee guida pubblicate il 10 marzo 2025).

²⁰ Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato* cit., 8: la complementarità dei due modelli si fonda «sul riconoscimento dell'indispensabilità, ai fini dell'accertamento di fatti tecnicamente complessi e spesso coperti da segreto, di un'azione pubblica officiosa, in grado di avvalersi anche di poteri inquisitori». Sul rapporto tra i due piani anche Campagnano, *La funzione della responsabilità civile* cit., 641, per il quale il *private enforcement* «non è più una mera proiezione eventuale del *public enforcement*, ma un pilastro autonomo e complementare della tutela della concorrenza»; Genovese, *Interferenza e complementarità* cit., 34, secondo cui i due piani «devono operare sulla base di forme regolate di riconoscimento reciproco e paritario. In astratto, nel decreto legislativo n. 3 del 2017, c'è questo riconoscimento».

²¹ Rordorf, *Violazione della concorrenza* cit., § 2.4: all'Autorità «viene assegnato un compito da *amicus curiae*, la cui concreta funzionalità molto dipenderà dal modo in cui questo strumento verrà

Su questo sfondo si innesta il diritto intertemporale, reso rilevante dai cartelli di lunga durata. L'art. 19 del decreto dichiara applicabili ai giudizi promossi dopo il 26 dicembre 2014 i soli artt. 3, 4, 5 e 15, co. 2, «quali disposizioni procedurali»; per le altre norme vale il divieto di applicazione retroattiva delle disposizioni sostanziali (art. 22, par. 1, dir.; art. 11 prel.). La Corte di giustizia ha qualificato come sostanziali tanto la regola sulla prescrizione quanto la presunzione di danno da cartello ed ha escluso l'applicazione di quest'ultima a un'infrazione cessata prima della scadenza del termine di recepimento, perché il fatto da cui il legislatore fa presumere il danno è l'esistenza del cartello²². La giurisprudenza di merito ne ha tratto l'inapplicabilità della presunzione ai cartelli cessati prima del 27 dicembre 2016²³.

Ne è nato un uso «asimmetrico» del decreto: se ne nega l'applicazione quanto alle norme sostanziali (artt. 7, 9 e 14, co. 2; talora l'art. 8) e lo si invoca quanto alle norme processuali sull'esibizione e al divieto di sovracompensazione. La mossa è coerente con l'art. 19, ma rende meno di quanto promette: anche senza l'art. 7 il provvedimento resta «prova privilegiata», superabile soltanto con una prova contraria che non può rimettere in discussione i fatti costitutivi della violazione (§ 4).

Due sviluppi meritano attenzione. Quando il provvedimento colloca la cessazione dell'infrazione dopo la scadenza del termine di recepimento, si so-

in concreto adoperato dal giudice e dalla stessa Autorità, sembrando invero alquanto vaghe le prescrizioni dettate dal legislatore».

²² Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., punto 102: «Poiché il fatto identificato dal legislatore dell'Unione come idoneo a far presumere l'esistenza di un danno è l'esistenza di un cartello, occorre verificare se la data in cui il cartello di cui trattasi è cessato precede la data di scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/104»; e punto 104, che esclude l'applicazione della presunzione a un ricorso che «verta su una violazione del diritto della concorrenza che è cessata prima della data di scadenza del termine di recepimento». Sulla natura sostanziale della presunzione, ivi, punti 94-98: la disposizione «riguard[a] gli elementi costitutivi della responsabilità civile extracontrattuale» (punto 94).

²³ Trib. Milano n. 212/2026 cit., nella massima: le presunzioni relative di esistenza del danno (art. 14, co. 2) e di trasferimento del sovrapprezzo (art. 12, co. 2) «hanno natura sostanziale [...] e non si applicano all'azione risarcitoria che [...] abbia ad oggetto un cartello cessato prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva (27/12/2016)». In motivazione (50-53) la natura sostanziale delle due presunzioni è tratta da Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., e la loro inapplicabilità riferita a un cartello cessato, secondo la data convenzionale della decisione della Commissione, nel gennaio 2011. Nello stesso senso, per entrambe le presunzioni, Trib. Milano n. 6381/2026 cit., §§ 8 e 9. In senso contrario, per la presunzione di trasferimento dell'art. 12, co. 2, Trib. Napoli n. 6319/2021 cit., che l'ha applicata a favore dell'acquirente indiretto in un'azione relativa al medesimo cartello.

stiene che quella data sia meramente convenzionale, perché coincidente con l'avvio dell'istruttoria, e che le condotte siano cessate di fatto prima del 27 dicembre 2016; ma l'argomento urta contro il vincolo sulla «portata temporale» della violazione (art. 7, co. 1) e implica, di necessità, che l'art. 7 non operi: le due eccezioni si reggono a vicenda e cadono insieme. Inoltre, *Volvo e DAF Trucks* misura l'applicabilità della presunzione sulla cessazione dell'infrazione, cioè sull'illecito come unità; la tesi che la scompone acquisto per acquisto, ammettendola per i soli acquisti posteriori al decreto, non vi trova appiglio e, per cartelli cessati pochi mesi dopo, la svuoterebbe.

Un ulteriore sviluppo argomentativo muove da una premessa più radicale: la disciplina applicabile andrebbe individuata nel momento in cui si è perfezionato il fatto costitutivo della tutela invocata, cioè la conclusione dell'accordo, qualificato come illecito istantaneo ad effetti permanenti: il decreto resterebbe così estraneo a ogni cartello sorto prima del 2017, quale che sia la data della cessazione, e le condotte successive degraderebbero a meri atti esecutivi dell'accordo illecito a monte²⁴. La tesi, in apparenza lineare, urta contro il diritto positivo e contro la nozione stessa di infrazione unica e continuata. Direttiva e decreto fanno decorrere la prescrizione dalla cessazione della violazione, il che presuppone un illecito che dura nel tempo; la Corte di giustizia misura l'applicazione temporale della presunzione sulla cessazione del cartello, non sulla sua genesi; e la qualificazione di un illecito di matrice europea non può affidarsi a categorie interne che ne rovescerebbero l'ambito temporale. Merita invece considerazione la variante che guarda alla cessazione della partecipazione individuale: se il coautore risponde solo per il proprio periodo di partecipazione, esauritosi prima della scadenza del termine di recepimento, applicargli la presunzione significa incidere retroattivamente su una situazione esaurita.

Una lettura unitaria appare la regola coerente con *Volvo e DAF Trucks*, mitigata dall'eccezione del coautore uscito prima della scadenza del termine di recepimento, ma la questione verrà certamente riesaminata dalla Corte di giustizia alla prima occasione utile. Per altro verso, la natura sostanziale della presunzione trova conferma nel diritto internazionale privato dell'Unione, che attribuisce espressamente alla legge regolatrice dell'obbligazione le norme che stabiliscono

²⁴ Nella prassi la tesi conosce anche una variante subordinata, che pretende di frazionare il fatto costitutivo secondo le diverse fasi di attuazione delle intese e i diversi momenti di manifestazione dei danni, e riproduce così la scomposizione criticata nel testo.

presunzioni legali o ripartiscono l'onere della prova. Ne discende un'ultima sfasatura: la Corte di giustizia misura l'applicabilità sulla scadenza del termine di recepimento, il 27 dicembre 2016, mentre l'art. 11 prel. guarda all'entrata in vigore del decreto, il 3 febbraio 2017; per le infrazioni cessate nell'intervallo la divergenza va composta con l'obbligo di interpretazione conforme che grava sul giudice dalla scadenza del termine ²⁵.

3. – L'art. 18 d.lgs. 3/2017 concentra le controversie nelle sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli, ed il contenzioso sul cartone si è radicato innanzi al Tribunale di Milano. La competenza non è di regola contestata, segno che la specializzazione è percepita dai litiganti come una risorsa. Le questioni di giurisdizione restano confinate ai giudizi con convenuti esteri, da leggere alla luce della giurisprudenza europea sull'imputazione all'unità economica e sul luogo in cui il danno si è concretizzato ²⁶.

Il primo tratto distintivo del contenzioso seriale in disamina è la struttura soggettiva. La solidarietà dei coautori (art. 2055 c.c.), cui il decreto deroga soltanto per le PMI e per il beneficiario dell'immunità (art. 9), è una leva potente dell'attore, ma appesantisce il processo: l'attore conviene tutti i destinatari del provvedimento, talora decine, anche quelli presso cui non ha mai acquistato, e rimette al giudizio la distribuzione della responsabilità; i convenuti propongono domande trasversali di accertamento delle quote e di regresso, che si moltiplicano con il numero delle parti.

Dal lato attivo prevalgono le azioni aggregate: più imprese utilizzatrici agi-

²⁵ Art. 10, par. 2, dir. 2014/104/UE e art. 8, co. 1, d.lgs. 3/2017; Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., punti 102-104; *Heureka Group* cit., punti 47-50 e 86-88. Art. 22, par. 1, reg. (CE) n. 864/2007 («Roma II»): la legge che disciplina l'obbligazione extracontrattuale «si applica nella misura in cui, in materia di obbligazioni extracontrattuali, stabilisca presunzioni legali o ripartisca l'onere della prova»; per le restrizioni della concorrenza, art. 6, par. 3, del medesimo regolamento. Sull'obbligo di interpretazione conforme dalla scadenza del termine di recepimento, Corte giust. 4-7-2006, C-212/04, *Adeneler*, punto 115, e dispositivo, punto 4.

²⁶ Corte giust. 13-2-2025, C-393/23, *Athenian Brewery*, sull'art. 8, punto 1, reg. (UE) n. 1215/2012: il giudice del domicilio della società madre, investito della domanda di condanna in solido della madre e della figlia per l'infrazione commessa da quest'ultima, può fondare la propria competenza sulla presunzione di influenza determinante, purché i convenuti possano addurre indizi idonei a contrastarla; Grande Sezione 2-12-2025, C-34/24, *Apple*, sull'art. 7, punto 2, reg. (UE) n. 1215/2012, che radica la competenza di ogni giudice dello Stato membro interessato, sulla base del luogo in cui si è concretizzato il danno, per un'azione rappresentativa proposta nell'interesse di una pluralità di utenti.

scono con un'unica citazione e con domande cumulate e scindibili, come in un'azione di classe di cui manca però la disciplina, sicché – ed il dato è decisivo – ciascuna domanda deve reggersi sulle proprie allegazioni²⁷. Da tale impostazione delle controversie discendono (i) le eccezioni di nullità della citazione quando, per ciascun attore, non sono indicati fornitori, prodotti, volumi, prezzi e periodi, e resta incerto se si agisca per la mera partecipazione del convenuto all'intesa o per forniture effettive; e (ii) le contestazioni della cosiddetta "allegazione implicita per documenti", fondate sul principio per cui la produzione di fatture non integra la domanda e l'onere di contestazione riguarda i fatti allegati, non i documenti²⁸. Nel rito riformato si chiede che la nullità sia rilevata già in sede di verifiche preliminari, valorizzando i poteri di direzione che la Corte costituzionale ha riconosciuto al giudice in quella fase²⁹.

Un'altra famiglia di eccezioni riguarda la «legittimazione passiva» del convenuto che non ha mai fornito l'attore ed è chiamato a rispondere del solo effetto ombrello, dell'impresa che ha partecipato a una sola delle intese accertate, per i danni riferibili all'altra, del beneficiario dell'immunità verso chi non è suo acquirente. La qualificazione è imprecisa: se l'attore si afferma danneggiato da quel convenuto, la legittimazione *ad causam* sussiste per come la domanda è prospettata, e ciò che si contesta è la titolarità passiva del rapporto, che attiene al merito, integra una mera difesa e può essere rilevata anche d'ufficio³⁰. La differenza non è nominalistica, perché proporre la questione «in via preliminare di rito» serve a ottenere la separazione della propria posizione e una decisione anticipata.

²⁷ La figura è quella del litisconsorzio facoltativo improprio: cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*¹⁴, I (Milano 2023), 319.

²⁸ Sulla determinatezza della domanda e sui suoi riflessi sulla nullità della citazione si richiama Cass. 15-5-2013, n. 11751; sull'oggetto dell'onere di contestazione, Cass. 21-6-2016, n. 12748, per la quale esso «riguarda le allegazioni delle parti e non i documenti prodotti».

²⁹ Corte cost. 3-6-2024, n. 96, che, nel dichiarare non fondata, «nei sensi di cui in motivazione», la questione di legittimità dell'art. 171-bis c.p.c. sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., ha rilevato che il giudice, nell'esercizio dei poteri di direzione del processo (art. 175 c.p.c.), in occasione delle verifiche preliminari «può apprezzare egli stesso la necessità, in concreto, che le parti interloquiscano in ordine all'oggetto del decreto» e «ha la possibilità di fissare, prima dell'emanazione del decreto [...], un'udienza ad hoc» (§ 8.6 del Considerato in diritto).

³⁰ Cass. s.u. 16-2-2016, n. 2951, punti 62-65: la titolarità «è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare»; la contestazione del convenuto è «una mera difesa. Non è un'eccezione», e «pertanto può essere proposta in ogni fase del giudizio», potendo il giudice rilevare la carenza di titolarità «anche d'ufficio».

Quanto alla tutela collettiva, il bilancio è netto: l'azione di classe degli artt. 840-bis ss. c.p.c. non risulta mai utilizzata. La nuova disciplina si applica soltanto alle condotte illecite poste in essere dopo la sua entrata in vigore, il 19 maggio 2021, sicché ai cartelli anteriori resta applicabile la previgente azione dell'art. 140-bis cod. cons., riservata ai consumatori e agli utenti³¹; e, comunque, l'omogeneità dei diritti individuali mal si adatta a imprese con acquisti, fornitori e capacità di traslazione eterogenei, e la materia resta estranea alla disciplina delle azioni rappresentative del codice del consumo³².

L'aggregazione passa allora per il cumulo soggettivo e, ormai, per la cessione dei crediti a veicoli finanziati da terzi, che la Corte di giustizia ha considerato con favore, ma entro limiti precisi (il diritto nazionale non può impedirla quando manchi ogni altro strumento di raggruppamento idoneo a garantire l'effettività della tutela e l'azione individuale si riveli impossibile o eccessivamente difficile; complessità e costi, di per sé, non bastano a integrare questa condizione³³).

Nella prassi più recente la cessione ha assunto la forma della cartolarizzazione: i crediti risarcitori di numerose imprese acquirenti sono ceduti in blocco a una società veicolo costituita a norma della l. 30 aprile 1999, n. 130, che li fa valere in un unico giudizio contro i destinatari del provvedimento, mentre i co-

³¹ Art. 7, co. 2, l. 12 aprile 2019, n. 31: «Le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore. Alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore». Il termine di entrata in vigore, più volte differito, è scaduto il 19 maggio 2021.

³² Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato* cit., 24 s.: «Un tema molto interessante, da approfondire, riguarda il mancato successo, in materia di danno antitrust, delle azioni collettive». Sul silenzio della direttiva in tema di tutela aggregata, Camilleri, *An Overview* cit., 369: «the current reference made by the newly harmonized rules to individual actions – or at least their silence on aggregate litigation – mainly hides the difficulties of an ongoing planning stage».

³³ Corte giust. *ASG 2* cit., dispositivo, che osta all'interpretazione di una normativa nazionale che abbia l'effetto di impedire ai presunti danneggiati di cedere i diritti al risarcimento a un prestatore di servizi legali affinché li faccia valere collettivamente, in un'azione che «non fa seguito a una decisione definitiva e vincolante» di un'autorità garante, «a condizione che – il diritto nazionale non preveda nessun'altra possibilità di raggruppamento delle pretese individuali di tali soggetti danneggiati che sia tale da garantire l'effettività dell'esercizio di tali diritti al risarcimento, e – l'esercizio di un'azione individuale per il risarcimento del danno individuale si riveli, alla luce di tutte le circostanze del caso di specie, impossibile o eccessivamente difficile»; e punto 86: «la complessità e i costi procedurali inerenti a siffatte azioni per il risarcimento del danno non consentono di per sé di concludere che l'esercizio del diritto al risarcimento nell'ambito di un'azione individuale sia reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile». Per un commento, E. Alonzo, *La cessione del credito risarcitorio antitrust. Note a margine di CGUE C-253/23*, *Pers. merc.*, 2025, 253 s.

sti e i rischi della lite sono sostenuti dagli investitori che finanziano l'operazione. Il modello ha aperto un fronte nuovo di questioni, che vanno dalla determinatezza dell'oggetto e dalla stessa cedibilità del credito risarcitorio antitrust ai requisiti soggettivi del cessionario, all'opponibilità della cessione e alla compatibilità con il principio del pieno risarcimento di un'operazione che destina al finanziatore una quota del ristoro ³⁴.

Gli argomenti non hanno lo stesso peso. Quelli che negano in radice la cedibilità del credito risarcitorio incontrano la regola generale dell'art. 1260 c.c., e la mancata riproduzione, nel decreto, della definizione della direttiva che annovera tra gli attori chi ha rilevato la domanda del danneggiato si spiega con il rinvio al diritto interno, non con un divieto; quanto al pieno risarcimento, esso misura ciò che il danneggiante deve, non ciò che il danneggiato può fare del proprio credito; né *ASG 2*, che fissa la soglia al di sotto della quale il diritto nazionale non può vietare la cessione, offre argomenti per invalidare una cessione che il diritto nazionale consente. Più consistenti sono i rilievi che investono non l'aggregazione in sé, ma i suoi effetti sul processo. La prova della titolarità, che per le cessioni in blocco si ritiene raggiunta con l'avviso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, torna a richiedere la prova del contratto di fronte a una contestazione specifica ³⁵.

Soprattutto, la cessione aggrega il processo, non i crediti: ciascun credito resta quello del cedente, con le eccezioni a lui opponibili, sicché prescrizione, traslazione e limiti dell'art. 9 vanno accertati cedente per cedente, e l'esibizione chiesta a decine o centinaia di imprese pone un problema di proporzionalità che il giudizio individuale non conosce. La forma unitaria dell'azione non dispensa, insomma, dall'allegazione e dalla prova individuali.

È nell'istruzione probatoria che il rito riformato mostra le maggiori tensioni con la materia in analisi.

³⁴ Art. 2, n. 4, dir. 2014/104/UE, che include nella nozione di azione per il risarcimento del danno quella proposta «da una persona fisica o giuridica che è succeduta nel diritto del presunto soggetto danneggiato, inclusa la persona che ha rilevato la sua domanda». Secondo la tabella di concordanza diffusa dal Ministero della giustizia, la definizione non è stata riprodotta nel d.lgs. 3/2017, insieme ad altre, «in quanto rinviano a disposizioni già presenti nel diritto nazionale».

³⁵ Cass. 20-7-2023, n. 21821; Cass. 22-4-2024, n. 10860, secondo le quali basta l'avviso che indichi per categorie i rapporti ceduti in blocco, purché gli elementi comuni presi in considerazione consentano di individuarli senza incertezze; ma, se il debitore contesta l'esistenza stessa della cessione, l'avviso vale al più come indizio: Cass. ord. 8-11-2024, n. 28790.

La riforma ha anticipato il consolidarsi del tema della prova, e non è raro che le perizie economiche dei danneggiati, una per ciascuno, siano depositate con la seconda memoria dell'art. 171-ter c.p.c., talvolta con un *petitum* aumentato e con le prime indicazioni puntuali su fornitori, prodotti e prezzi. Se ne eccipisce la tardività, assumendo che la perizia di parte integri un'allegazione, e si lamenta un contraddittorio compresso nei dieci giorni della terza memoria; ma l'eccezione si scontra con l'orientamento che tratta le relazioni tecniche come mere difese sottratte alle preclusioni³⁶. La soluzione sta in uno scrutinio funzionale, caso per caso: la perizia di parte che introduce fatti nuovi (fornitori, volumi, periodi) è allegazione e soggiace alle preclusioni assertive; quella che elabora fatti già allegati, proponendo un metodo di stima, è difesa tecnica. La compressione del contraddittorio trova poi rimedio nella consulenza d'ufficio.

Si è anche proposto di subordinare l'accesso all'istruttoria a requisiti minimi di allegazione e di prova, per evitare che l'azione risarcitoria si riduca a una scommessa sull'esito³⁷. Il nucleo della proposta è condivisibile, perché l'acquirente diretto ha nella propria contabilità la prova dei suoi acquisti, che produzioni massive di tabelle unilaterali, prive di attestazione di provenienza, non possono sostituire; non lo è l'idea che, in difetto di quelle condizioni, si possa decidere senza istruttoria anche la quantificazione, che obbedisce ad altre regole.

L'esibizione, disciplinata dagli artt. 3-6 del decreto in termini più ampi di quelli dell'art. 210 c.p.c., è il crocevia nel quale le asimmetrie informative si confrontano e si rovesciano. La disciplina speciale ha abbassato la soglia di specificità: l'istante non deve più descrivere *ex ante* il documento e può chiedere "categorie di prove", una volta verificata la plausibilità della domanda; ma così la legge affida al giudice un bilanciamento particolarmente complesso³⁸.

³⁶ V., in tema di appello, Cass. ord. 24-8-2017, n. 20347, secondo la cui massima la consulenza di parte «costituisce una semplice allegazione difensiva, priva di autonomo valore probatorio, la cui produzione, regolata dalle norme che disciplinano tali atti e perciò sottratta al divieto di cui all'art. 345 c.p.c., deve ritenersi consentita anche in appello».

³⁷ La proposta ricorre nella prassi.

³⁸ Camilleri, *An Overview* cit., 359: per effetto dell'art. 3 d.lgs. 3/2017 le azioni antitrust sono governate «by a less strict rule than article 210 Italian CPC», poiché «the party seeking disclosure is no longer requested to provide an *ex ante* precise description of the sought document/evidence, and the judge's order of disclosure, even if within the limits of a proportionality test, may concern even "relevant categories of evidence" once the plausibility of the claim is verified»; Rordorf, *Violazione della concorrenza* cit., § 2.3: «Nei giudizi di risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza il punto di equilibrio è spostato un po' più in favore dell'istante». Sulla plausibilità

Nella prassi si assiste a richieste speculari: dal lato dei danneggiati, l'intero fascicolo istruttorio dell'Autorità e le fatture e i registri delle imprese sanzionate per quindici anni; dal lato di queste ultime, l'opposizione della sussidiarietà dell'esibizione dal fascicolo dell'Autorità, del difetto di specificità e della tutela delle dichiarazioni di clemenza, con la qualificazione della richiesta come esplorativa, tanto più che il fascicolo, formato per accertare un'intesa per oggetto, non contiene prove sugli effetti ³⁹. Per provare la traslazione, le stesse imprese chiedono ai danneggiati dati ventennali (formule di pricing, conti economici analitici, dati transazionali), anche da elaborare *ex novo*, invocando la decisione *PACCAR*. Ma quella sentenza, che pure ammette l'esibizione di prove da creare mediante aggregazione o classificazione di dati, la subordina al «rigoroso rispetto» della proporzionalità ed esclude che la divulgazione possa trasformare il convenuto nel soggetto chiamato a provare il danno dell'attore: regola che, con i dovuti adattamenti, vale anche a parti invertite ⁴⁰.

L'asimmetria, insomma, va governata, non solo denunciata: la proporzionalità è un criterio bilaterale, da applicare con lo stesso metro alle due richieste, guardando alla pertinenza rispetto a un tema di prova specifico, al costo, alle alternative meno invasive, alla riservatezza ⁴¹. Non soddisfa, per questa ragione, la

tà, Corte giust. *Meliá Hotels International* cit., dispositivo, punto 3: la dimostrazione della plausibilità della domanda «non richiede di dimostrare che sia più probabile che improbabile che ricorrano le condizioni per il sorgere della responsabilità [...]. È sufficiente che l'attore dimostri che l'ipotesi che le condizioni in parola ricorrano sia ragionevolmente accettabile».

³⁹ Sull'utilizzabilità nel giudizio civile del materiale istruttorio dell'Autorità ai fini dell'accertamento degli effetti, M. Tavassi, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia, Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, a cura di G.A. Benacchio - M. Carpagnano (Trento 2019), 1 s., spec. 15; M.G. Montanari, *L'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità e la collaborazione tra il giudice e l'Autorità nelle azioni di private enforcement a seguito della direttiva 2014/104/UE e del d.lgs. n. 3/2017*, Eurojus, 2020, num. spec., 32 s.

⁴⁰ Corte giust. *PACCAR* cit., punto 69: l'art. 5, par. 1, dir. comprende anche le prove che il destinatario «dovrebbe creare ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso, nel rigoroso rispetto dell'articolo 5, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva, che impone ai giudici nazionali aditi di limitare la divulgazione delle prove a ciò che è pertinente, proporzionato e necessario»; e punto 66: l'interpretazione della norma «non può comportare che le convenute nel procedimento principale si sostituiscano ai ricorrenti nel procedimento principale nel compito loro incombente di dimostrare l'esistenza e la portata del danno subito».

⁴¹ Così anche Trib. Milano n. 212/2026 cit., nella massima, secondo cui l'ordine di esibizione rivolto ai danneggiati deve essere richiesto ragionevolmente e risultare proporzionato e necessario, «sicché non può aggravare in modo sproporzionato gli oneri processuali dei danneggiati dal cartel-

prassi, per quanto “ambrosianamente” pragmatica, che rimette al consulente d'ufficio la selezione dei documenti, delegando inammissibilmente a un tecnico una valutazione giuridica di rilevanza che spetta al solo giudice⁴². Occorre, perciò, che l'ordinanza fissi il perimetro (categorie di documenti, periodi, livelli di aggregazione) e che il consulente si limiti ad attuarlo, tenendo fermo il confine tra le acquisizioni del consulente, che richiedono il consenso delle parti (art. 198 c.p.c.), e l'ordine di esibizione, che richiede un provvedimento del giudice e l'anticipazione delle spese a carico dell'istante (art. 210, co. 3, c.p.c.).

Meno visibile, ma assai insidioso, è il rischio che riguarda la riservatezza. Il processo *follow-on* raccoglie prezzi, costi e margini di imprese concorrenti tra loro: le imprese sanzionate producono dataset e codici di replica su supporti criptati o in busta chiusa, accompagnati da relazioni di informatica forense che ne attestano l'estrazione e l'integrità, e chiedono cerchie di riservatezza su due livelli, con accesso pieno ai consulenti e sintesi aggregate per i difensori, impegni scritti, divieto d'uso in altri giudizi, obblighi di restituzione⁴³. Il pericolo è

lo». In motivazione (89) si legge che, «in applicazione del principio di effettività, le istanze di esibizione non possono aggravare in modo sproporzionato gli oneri processuali delle parti danneggiate da un cartello», e che i documenti da acquisire possono essere delimitati, «eventualmente in una prima fase», a quelli necessari per valutare la plausibilità della traslazione, con richiamo alle Linee guida della Commissione sul *passing-on*. Nello stesso senso lo studio predisposto per la Commissione: RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (B. Durand - I. Williams e a.), *Study on the Passing-on of Overcharges. Final Report*, studio per la Commissione europea, Direzione generale della Concorrenza (2016), <https://data.europa.eu/doi/10.2763/590101>, 166 s., che suggerisce al giudice di verificare preliminarmente la plausibilità della traslazione, di chiedere alle parti proposte scritte che indichino il perimetro, il costo e la reperibilità dei documenti, di disporre l'esibizione per fasi successive («staged disclosure») e, quando la raccolta integrale dei dati sia troppo onerosa, di limitarla a campioni sufficientemente rappresentativi.

⁴² È quanto avviene quando il consulente d'ufficio sia «delegato dal giudice a delimitare l'ordine di esibizione con riguardo ai documenti indispensabili» per la prova della traslazione: così Trib. Milano n. 212/2026 cit., 86, ove le quattordici categorie di documenti chieste dalle convenute per un ventennio sono state ridotte dal consulente a sei (registri IVA, dichiarazioni fiscali, registri dei beni ammortizzabili, bilanci, comunicazioni di modifica dei prezzi, schede contabili). Lo studio sul *passing-on* ammette che il consulente nominato dal giudice concorra a definire il perimetro dell'esibizione, ma avverte che il giudice deve conservarne il controllo e non può delegarlo per intero: «courts should maintain ultimate control of the disclosure process [...] and cannot delegate this task entirely to party or judicially-appointed experts» (RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., 166); e, quanto alle decisioni del consulente sul perimetro, che le parti debbono potersi rivolgere al giudice (170).

⁴³ Le basi normative sono l'art. 5, par. 4, e il considerando 18 della direttiva, la direttiva (UE)

che l'istruttoria civile divenga il canale di uno scambio di informazioni sensibili tra concorrenti proprio nel processo che mira a riparare gli effetti di una collusione occulta. Le cerchie di riservatezza, le *data room* e le relazioni oscurate presidiavano il rischio, a condizione che gli esiti circolino soltanto in forma aggregata.

Analoga cautela suggerisce la prassi, sempre più diffusa, di produrre consulenze d'ufficio rese in altri giudizi sullo stesso provvedimento per mostrare che il danno non è automatico: ammesse come prova atipica, esse valgono al più come argomento sul metodo, perché i dati che le fondano devono restare coperti dalla riservatezza del giudizio d'origine ed il contraddittorio su di esse rischia di rimanere apparente.

Le stesse esigenze investono la forma della prova. Si contesta, talora, l'utilizzabilità di fatture prodotte in copia di cortesia e di archivi di acquisti in formato elettronico nativo, invocando i requisiti di sicurezza, integrità e immodificabilità del documento informatico. L'eccezione, così formulata, prova troppo: il documento informatico privo di firma qualificata è liberamente valutabile, non inutilizzabile; la riproduzione informatica forma piena prova se non è disconosciuta con contestazione specifica; e quando le fatture sono state emesse dallo stesso autore della violazione, che ne custodisce gli originali nella propria contabilità, la contestazione generica urta contro il principio di vicinanza della prova⁴⁴. Per gli anni più risalenti, che eccedono i termini di conservazione del-

2016/943 sui segreti commerciali e la Comunicazione della Commissione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE, 2020/C 242/01. In dottrina, R. Bonatti, sub artt. 3 e 6, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, a cura di P. Manzini (Torino 2017), 15 s., spec. 30 s.; F. Ferraro, sub art. 4, ivi, 44 s.; N. Infante, «*Leniency*» e *diritto di accesso: un difficile temperamento di interessi*, An. giur. econ., 2017, 485 s. Per un catalogo delle misure, RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., 165: oscuramento dei passi sensibili, udienze a porte chiuse, cerchie di riservatezza approvate dal giudice e *data room* ad accesso limitato, sintesi aggregate dei dati affidate agli esperti, versione non riservata della decisione; con l'avvertenza, tratta dal considerando 18 della direttiva, che la tutela delle informazioni riservate non deve ostacolare l'esercizio del diritto al risarcimento; e precisa (174, nt. 253) che la cerchia è di regola limitata ai difensori esterni e agli esperti.

⁴⁴ Artt. 20, co. 1-bis, e 71 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82: fuori dei casi in cui al documento sia apposta una firma digitale, altra firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata, o in cui esso sia formato, previa identificazione informatica dell'autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID con le Linee guida previste dall'art. 71, l'idoneità del documento informatico a soddisfare la forma scritta e il suo valore probatorio sono «liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità»; artt. 2709 e 2712 c.c. Sul

le scritture, gli acquisti possono essere documentati con registri IVA e schede contabili o ricostruiti in via presuntiva, e le scritture dell'acquirente, anche fuori dei limiti degli artt. 2709 e 2710 c.c., forniscono elementi indiziari da valutare con le altre risultanze⁴⁵. Lo stesso rigore vale, a parti invertite, per i dataset transazionali delle imprese sanzionate, la cui provenienza richiede un'attestazione tecnica verificabile e non può affidarsi alla sola dichiarazione del legale rappresentante. Le cerchie di riservatezza a due livelli sono compatibili con la direttiva; non lo è la pretesa di fondare la contestazione su dati sottratti a ogni contraddittorio fino alla consulenza d'ufficio, e per la violazione degli impegni di riservatezza non occorrono sanzioni di nuovo conio, perché il decreto già le prevede⁴⁶.

4. – Prima del decreto del 2017 la Corte di cassazione aveva costruito, a partire dal contenzioso sulle polizze RC auto, la figura del provvedimento dell'Autorità come «prova privilegiata» dell'illecito, giungendo ad affermare che il consumatore assolve il proprio onere producendo il provvedimento sanzionatorio e che

versante della prova degli acquisti, Trib. Milano n. 212/2026 cit., 78-80, ha ritenuto sufficienti le fatture e, per gli acquisti più risalenti, le sole risultanze del pubblico registro, che valgono come presunzioni semplici superabili con prova contraria; e ha escluso che il pagamento del prezzo sia elemento costitutivo della fattispecie, perché anche il prezzo non pagato «determinerebbe una passività maggiore rispetto a quella che vi sarebbe stata in assenza del cartello». Nello stesso senso Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.2, che ha ritenuto sufficienti i certificati del pubblico registro, non avendo il convenuto contestato tempestivamente l'acquisto e il pagamento, ha ribadito che la non contestazione riguarda i fatti e non il valore probatorio dei documenti, e ha ammesso i correttivi necessari a scomputare dal prezzo il valore degli allestimenti, estranei all'intesa, e l'IVA, per evitare sovracompenzazioni. In termini generali, Cass. s.u. ord. 18-8-2026, n. 24699, § 10.10, per la quale «anche la sola insorgenza d'un debito, causata dal fatto illecito o dall'inadempimento altrui, costituisce un danno risarcibile», mentre la tesi contraria introdurrebbe «una sorta di (inesistente) principio del solve et repete».

⁴⁵ Cass. 16-5-2016, n. 9968, secondo la cui massima gli artt. 2709 e 2710 c.c. «non precludono al giudice la possibilità di trarre dai libri contabili di una delle parti, regolarmente tenuti, elementi indiziari atti a concretare, in concorso con altre risultanze, una valida prova per presunzione anche a favore dell'imprenditore che i libri stessi ha prodotto in giudizio». Sul termine decennale di conservazione delle scritture, art. 2220 c.c.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione 2020/C 242/01 cit., §§ 59-74, sulla composizione delle cerchie, che il giudice può limitare ai soli consulenti esterni (§§ 63 e 65) od organizzare su due livelli di accesso (§ 71), e §§ 75-78, sugli impegni scritti dei loro membri; art. 8, par. 1, lett. c), dir. 2014/104/UE e art. 6, co. 3, d.lgs. 3/2017, sulle sanzioni per l'inosservanza degli obblighi imposti dal giudice a tutela delle informazioni riservate a norma dell'art. 3, co. 4.

spetta all'impresa dimostrare l'interruzione del nesso causale⁴⁷. L'art. 7, co. 1, d.lgs. 3/2017 ha compiuto un passo ulteriore: la violazione accertata da una decisione non più impugnabile, o da una sentenza passata in giudicato, si ritiene definitivamente accertata nei confronti dell'autore, ma il vincolo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

La prova privilegiata ha ceduto il passo a un'efficacia vincolante, la cui contropartita è il sindacato pieno del giudice amministrativo sui fatti e sui profili tecnici; ma non è mancato chi ne ha dubitato alla luce della soggezione del giudice soltanto alla legge⁴⁸. I confini oggettivi del vincolo sono, in ogni caso, chiari: esso copre l'illecito, mentre nesso e *quantum* restano affidati al giudizio civile⁴⁹. La tesi che vorrebbe degradare a prova liberamente valutabile la decisione della Commissione adottata all'esito della procedura di transazione, per la compressione del contraddittorio che la caratterizzerebbe, trascura che l'impresa vi riconosce gli addebiti con piena cognizione degli elementi a suo carico, sicché quella decisione non può valere meno di una decisione con im-

⁴⁷ Cass. 13-2-2009, n. 3640; Cass. 28-5-2014, n. 11904, la cui massima afferma che il consumatore «assolve l'onere probatorio a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio [...] e del contratto con l'impresa (nella specie, polizza assicurativa)» e che compete all'impresa «dimostrare l'interruzione del nesso causale tra illecito antitrust e danno patito tanto dalla generalità dei consumatori, quanto dal singolo». Per una critica penetrante di questa deriva, R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, nota a Cass. n. 11904/2014, Foro it., 2014, I, 1730 s.

⁴⁸ Tavassi, *La realtà del private antitrust enforcement* cit., 19: «Non è quindi una “prova privilegiata”, ma ha efficacia vincolante»; Rordorf, *Violazione della concorrenza* cit., § 3.1: «È dunque inevitabile porsi degli interrogativi circa la compatibilità di questa normativa con l'impianto sistematico del nostro ordinamento, che stenta a tollerare un vincolo come quello qui imposto all'accertamento nel giudizio civile, stante la soggezione del giudice soltanto alla legge e la ripartizione tra le competenze degli organi amministrativi e giudiziari desumibile dagli artt. 101 e 102 Cost.».

⁴⁹ Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato* cit., 10: «La vincolatività dell'accertamento definitivo dell'Agcm ha ad oggetto l'illecito (comprensivo dei profili dell'antigiuridicità e – di norma, quando siano state irrogate sanzioni amministrative pecuniarie – anche della colpevolezza). Rimane invece pertinente al giudizio civile l'accertamento del nesso di causalità e del quantum del danno»; Camilleri, *An Overview* cit., 366, per il quale ne discende che «causation and the assessment of an individual harm suffered by the plaintiff, are left to the regular rules on the burden of proof, as integrated by the special regime of rebuttable presumptions». In giurisprudenza, anche per le decisioni della Commissione adottate all'esito della procedura di transazione, Trib. Milano n. 212/2026 cit., 49 s.: il vincolo «riguarda la sola sussistenza della violazione antitrust accertata e non il nesso causale e il quantum della pretesa risarcitoria».

pegni, che la Corte di giustizia considera almeno un indizio dell'illecito⁵⁰. La giurisprudenza più recente ha tenuto ferma la distinzione tra condotta e conseguenze, ammettendo la prova contraria ma non la rimessione in discussione dei fatti costitutivi della violazione⁵¹. Sul terreno dell'*an* la partita è chiusa: nella prassi non si contesta più l'infrazione, ma i suoi confini, secondo una strategia riassumibile nella formula «*an sì, effetti no*».

I confini del vincolo sono anzitutto temporali: nei cartelli con molti destinatari, impugnazioni, rinvii, revocazioni e rideterminazioni della sanzione si protraggono per anni, impresa per impresa, e la definitività è progressiva, a geometria variabile. Se ne traggono, nella prassi, due argomenti. Il primo, tecnicamente fondato, è che la revocazione per errore di fatto (art. 395, n. 4, c.p.c.) è mezzo di impugnazione ordinario che impedisce il passaggio in giudicato (art. 324 c.p.c.), sicché finché essa pende l'art. 7 non opera⁵². Il secondo, assai più debole, è la so-

⁵⁰ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 6, che ha escluso, in continuità con i propri precedenti, che la semplificazione della procedura comprima il diritto di difesa, dato il complesso di garanzie previste dalla Comunicazione della Commissione 2008/C 167/01 e il controllo giurisdizionale cui la decisione resta soggetta; e ha aggiunto, richiamando Cass. n. 5232/2024 e Corte giust. 23-11-2017, C-547/16, *Gasorba*, punto 29, che a diverse conclusioni non può giungersi per la decisione di transazione, «nella quale gli addebiti formulati dalla Commissione sono stati oggetto di espresso riconoscimento da parte dell'impresa cui è stato contestato l'illecito, ciò indipendentemente dal tema del vincolo conformativo di cui all'art. 16 del reg. 1 del 2003». Ivi anche il richiamo a Cass. 27-2-2020, n. 5381, sull'utilizzabilità degli elementi acquisiti nel procedimento dinanzi all'autorità.

⁵¹ Cass. ord. 2-1-2024, n. 9, § 4.1: le conclusioni dell'Autorità «costituiscono una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso», sicché, come già affermato da Cass. 20-6-2011, n. 13486, «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»; mentre il danno «non è in re ipsa, ma, in quanto conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, deve essere autonomamente provato». In termini analoghi, per le azioni sottratte *ratione temporis* alla direttiva, Corte giust. 20-4-2023, C-25/21, *Repsol Comercial de Productos Petroliferos*, dispositivo, punto 1: la violazione constatata da una decisione definitiva dell'autorità nazionale «deve ritenersi dimostrata dal ricorrente [...] fino a prova contraria», purché la natura e la portata della violazione coincidano con quelle accertate. V. anche Cass. n. 1593/2025, che, in un'azione *follow-on* per abuso di posizione dominante, ha ravvisato una violazione dell'art. 112 c.p.c. nella decisione di merito che aveva preteso dall'attore la prova dell'illegittimità dei singoli rifiuti opposti dall'impresa dominante, perché la *causa petendi* è l'illecito come accertato dall'Autorità, e i singoli episodi attengono alle conseguenze dannose.

⁵² Cfr. art. 324 c.p.c., che esclude il passaggio in giudicato della sentenza ancora soggetta «a re-

sensione necessaria (art. 295 c.p.c.): anche senza vincolo il giudice dispone del provvedimento e può decidere, e la sospensione, che allunga processi già interminabili, non risponde a una pregiudizialità tecnica ⁵³.

Più delicato è il rapporto tra rideterminazione della sanzione e vincolo. La riapertura del procedimento sul *quantum* della sanzione non tocca l'*an* dell'infrazione, ma le pronunce che l'hanno disposta contengono talora accertamenti che vengono fatti valere nel processo civile: un ruolo passivo per parte della durata del cartello, una gravità minore o una ridotta intensità dell'elemento soggettivo, l'esclusione di alcune condotte associative, la differenziazione delle posizioni secondo il grado di coinvolgimento ⁵⁴. Essi non elidono l'infrazione, ormai definitivamente accertata, ma pesano sul riparto interno e sul regresso (§ 8).

I confini sono poi personali, materiali e, per così dire, concreti. Il vincolo opera solo «nei confronti dell'autore», sicché la sua estensione a società del gruppo non destinatarie passa per le regole sull'imputazione all'unità economica, che la Corte di giustizia ha portato nel *private enforcement* ⁵⁵. Il perimetro temporale è quello delle durate individuali di partecipazione indicate nel provvedimento, che i quesiti peritali recepiscono anno per anno: gli acquisti estranei a quelle durate, se rivendicati, sono pretese *stand-alone* non coperte dal vincolo. Il perimetro materiale è il terreno più conteso.

Quando lo stesso provvedimento accerta più intese distinte, il vincolo va scomposto per intesa: l'impresa che ha partecipato soltanto all'intesa a valle non risponde, in forza del vincolo, degli effetti dell'intesa a monte, e gli effetti congiunti delle due intese non sono coperti da alcuno dei due accertamenti; allo stesso modo si tende a escludere dal perimetro prodotti contigui, richia-

vocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395».

⁵³ Tavassi, *La realtà del private antitrust enforcement* cit., 20: «L'esclusione della pregiudizialità necessaria riceve conferma dalla categoria delle azioni c.d. stand-alone». Per le decisioni della Commissione, la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale, pur potendo sospendere il procedimento fino alla definitività della decisione, «non è affatto tenuto a una tale sospensione, purché non si discosti da tale decisione», si v. Corte giust. *Heureka Group* cit., punto 80.

⁵⁴ Sulla differenziazione delle posizioni nella rideterminazione delle sanzioni seguita al provvedimento sul cartone, Cons. Stato sez. VI n. 3792/2026 cit., che richiama il «sistema delle griglie relative al livello di coinvolgimento nell'intesa»; sulla legittimità di tale soluzione nella medesima vicenda, Cons. Stato sez. VI 7-7-2025, n. 5878, ivi richiamata insieme a Cons. Stato sez. VI 26-11-2024, n. 9474.

⁵⁵ Corte giust. 14-3-2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions*; 6-10-2021, C-882/19, *Sumal*.

mando anche le segmentazioni di mercato adottate dalla Commissione in sede di controllo delle concentrazioni ⁵⁶.

Un argomento ricorrente va ricollocato. Si assume che le condotte accertate, come le cosiddette triangolazioni sui clienti, fossero specifiche per cliente, sicché, se non sono state attuate verso quell'attore, l'intesa sarebbe rimasta inattuata nei suoi confronti e il vincolo non lo riguarderebbe. L'argomento, per quanto suggestivo, confonde i due piani. La portata dell'infrazione è quella del provvedimento ed è vincolante; se l'intesa abbia inciso sul rapporto di fornitura con quell'attore è questione di nesso causale, che l'art. 7 lascia aperta e che va decisa secondo le regole sul danno, comprese le presunzioni, purché gravi, precise e concordanti e apprezzate in una valutazione unitaria e non atomistica degli indizi ⁵⁷.

Al perimetro personale appartiene anche un profilo finora poco considerato: la successione nella responsabilità quando l'impresa partecipante, o un suo ramo, sia stata ceduta nel corso dell'infrazione o acquistata all'esito di una procedura concorsuale. Il cessionario oppone le regole interne sulla circolazione dell'azienda, che ne limitano la responsabilità ai debiti risultanti dai libri contabili obbligatori e, nelle cessioni concorsuali, la escludono per i debiti anteriori al trasferimento; l'attore invoca la continuità economica che la decisione *Skanska* ha portato nel *private enforcement*.

Nessuna delle due tesi, isolatamente, persuade.

Il soggetto tenuto al risarcimento è individuato direttamente dal diritto dell'Unione, con la stessa nozione di impresa che vale per le sanzioni, sicché le regole civilistiche non possono sottrarre il cessionario a una responsabilità che quel diritto gli imputi; ma la continuità economica, eccezione al principio di responsabilità personale, presuppone un'identità sostanziale tra gli enti, di regola nella forma del controllo comune, che l'acquisto di un ramo da parte di un terzo indipendente, specie da una procedura di crisi, difficilmente realizza. Essa è un rimedio contro l'elusione, non un criterio di allocazione del rischio d'insolvenza del cartellista. Quando poi il provvedimento definitivo abbia già imputato la condotta al cessionario, l'imputazione rientra nella portata personale coperta dal vincolo, e la questione si sposta sull'impugnazione amministrativa ⁵⁸.

⁵⁶ Per le segmentazioni di mercato, Commissione, decisioni M.6512 (2012), M.8421 (2017) e M.8831 (2018).

⁵⁷ Cass. ord. 21-3-2022, n. 9054, sulla necessità di una valutazione dei singoli indizi prima analitica e poi complessiva, e non atomistica.

⁵⁸ Corte giust. *Skanska Industrial Solutions* cit., punti 28-32 e 38-42; 11-12-2007, C-280/06,

Il nodo, tuttavia, è il silenzio del provvedimento sugli effetti: quello sul cartone accerta un'intesa restrittiva per oggetto e dà atto dell'assenza di elementi puntuali che consentano di stimarne l'impatto economico. Il termine «sovrapprezzo», come è stato osservato anche in sede peritale, non vi compare mai ⁵⁹. Le conseguenze vanno al di là del caso concreto: il vincolo non copre il danno, perché la restrizione della concorrenza è nozione più ampia del pregiudizio economico del singolo acquirente; e il silenzio sugli effetti sposta tutto il peso sulla regola di giudizio adottata in sede civile.

Dove si applica l'art. 14, co. 2, il ponte tra intesa e danno lo costruisce la legge; dove non si applica, lo devono costruire le presunzioni semplici. La Corte di giustizia lo ha detto con chiarezza a proposito del criterio di plausibilità richiesto per l'esibizione: una decisione che accerta una restrizione per oggetto non basta, da sola, a rendere plausibili il danno e il nesso ⁶⁰. La formula «an sì, effetti no» è corretta quanto al vincolo, ma tace sull'onere della prova degli ef-

ETT, punti 42 e 48-49, secondo cui la modifica giuridica o organizzativa non crea un'impresa esente da responsabilità «se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti», e può essere sanzionato l'ente cui l'autore dell'infrazione ha trasferito le proprie attività, anche se quest'ultimo esiste ancora, quando gli enti «siano stati sotto il controllo della stessa persona» e abbiano applicato «in sostanza le stesse direttive commerciali»; 18-12-2014, C-434/13 P, *Commissione c. Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin*, punti 40-41. Art. 2560, co. 2, c.c.; per le cessioni nelle procedure concorsuali, art. 105 l. fall. e art. 214, co. 3, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: «Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute sorti prima del trasferimento».

⁵⁹ Il Consiglio di Stato ha sottolineato il punto richiamando il paragrafo del provvedimento nel quale «si registra l'assenza di "elementi puntuali che consentano di stimare l'effettivo impatto economico dell'intesa sul mercato"»: Cons. Stato sez. VI n. 3792/2026 cit. Sull'irrelevanza degli effetti nelle intese per oggetto, ai fini sia dell'accertamento sia della gravità, Cons. Stato sez. VI 23-11-2020, n. 7320, ivi richiamata; ai fini dell'accertamento, Corte giust. 4-6-2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, punti 29-30; 6-10-2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, punto 55. *T-Mobile Netherlands* precisa peraltro, al punto 31, che la questione se, ed in quale misura, l'effetto anticoncorrenziale si produca in concreto «può avere interesse soltanto al fine di calcolare l'importo delle ammende e di valutare il diritto al risarcimento dei danni».

⁶⁰ Corte giust. *Meliá Hotels International* cit., dispositivo, punto 2: una decisione della Commissione che constata una restrizione verticale per oggetto «non è sufficiente a dimostrare la plausibilità di una domanda di risarcimento del danno, dal momento che quest'ultima richiede la dimostrazione, non solo della plausibilità di una siffatta violazione, accertata da tale decisione, ma anche della plausibilità di un danno e di quella di un nesso di causalità tra tale danno e detta violazione». La pronuncia riguarda una restrizione verticale, non un cartello, per il quale opera la presunzione dell'art. 17, par. 2, dir.

fetti, ed è per questo che il problema si riapre sul terreno del danno.

Fuori dal perimetro dell'art. 7 restano, infine, le decisioni con impegni, che non sono prova privilegiata ma consentono di utilizzare gli elementi acquisiti nell'istruttoria⁶¹, e le archiviazioni, sul cui valore probatorio la Corte di cassazione ha da ultimo rimesso la decisione alla pubblica udienza, per la rilevanza nomofilattica della questione⁶². Nei giudizi *follow-on* la componente *stand-alone* non è un'ipotesi di scuola: vi rientrano gli acquisti estranei alle durate individuali e gli effetti congiunti di intese distinte, per i quali l'attore sopporta l'onere pieno della prova dell'illecito, oltre che del danno. Diverso è il caso degli acquisti successivi alla cessazione, rivendicati come effetto di trascinamento: l'illecito resta quello accertato, e da provare è soltanto che i suoi effetti si siano protratti (§ 5). L'accoglimento della revocazione del giudicato amministrativo renderebbe l'azione in tutto o in parte *stand-alone*, rischio che viene evocato a sostegno della sospensione.

5. – L'art. 14, co. 2, d.lgs. 3/2017 stabilisce che «l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione». La presunzione, che la direttiva giustifica con il carattere segreto dei cartelli e con l'asimmetria informativa che ne deriva, riguarda l'esistenza del danno e non il suo ammontare⁶³, e traduce una massima d'esperienza che la dottrina ha segnalato⁶⁴, pur

⁶¹ Cass. 27-2-2020, n. 5381, § 4.3: nell'ipotesi di decisione con impegni «il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta [...], sebbene gli stessi non integrino prova privilegiata e possano essere quindi contrastati da emergenze di diverso tenore». In dottrina, E. Camilleri, *Decisioni con impegni e antitrust private enforcement: verso una convergenza possibile*, *Diritto civile e tutela del mercato* cit., 102 s.

⁶² Cass. ord. interl. 6-6-2026, n. 18275, che ha rimesso alla pubblica udienza la questione se il provvedimento di archiviazione dell'Autorità costituisca, al pari dei provvedimenti di accertamento positivo, prova privilegiata nel processo civile. L'ordinanza non afferma alcun principio di merito.

⁶³ Considerando 47 dir. 2014/104/UE: «è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. A seconda degli elementi fattuali del caso, i cartelli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe invece verificata in assenza di cartello. Tale presunzione non dovrebbe riguardare l'effettivo ammontare del danno». Secondo Corte just. *Volvo e DAF Trucks* cit., punto 94, la norma esonera le persone lese dal dimostrare «l'esistenza di un danno derivante da una simile violazione e/o un nesso di causalità tra detto danno e tale intesa».

⁶⁴ Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato* cit., 23: «La presunzione legale di danno traduce una massima di esperienza per cui, in presenza di un cartello, i prezzi dei beni o servizi interessati

con un interrogativo di fondo: quale danno si presume, se ciò che è più probabile che non è il pregiudizio arrecato al mercato nel suo complesso, e non quello del singolo acquirente?⁶⁵ Su questo interrogativo si innestano, nella prassi, tre linee argomentative volte a circoscrivere la presunzione, che conviene tenere distinte.

La prima è il filtro del «titolo individuale». La presunzione, si dice, non esonerebbe l'attore dal provare la specifica lesione e il concreto ammontare del danno⁶⁶. Il filtro è legittimo se riferito al fatto base: l'attore deve provare di avere acquistato prodotti oggetto del cartello, da imprese partecipanti, nei periodi accertati. Non lo è se riferito al fatto presunto, perché pretendere dall'attore la prova che il cartello abbia inciso sui suoi prezzi significa disapplicare la presunzione.

Un equivoco alimenta la prima linea. Il divieto del danno *in re ipsa* è divenuto l'argomento con cui si pretende dall'acquirente la prova di pagamenti sistematicamente alterati dall'intesa, cioè di un sovrapprezzo dimostrato acquistato per acquisto. La premessa è corretta, la conseguenza no. Le Sezioni Unite, nel congedare quella figura, non vi hanno sostituito una prova analitica, ma la nozione di danno normale o presunto, dimostrabile con presunzioni semplici e nozioni di comune esperienza. La distinzione, di recente riaffermata, tra danno-evento e danno-conseguenza colloca la presunzione dell'art. 14, co. 2, sul piano della causalità materiale, esonerando l'acquirente dalla prova dell'evento, che resta altrimenti da provare secondo le regole comuni, anche per presunzioni⁶⁷. Trasposta al cartello, la regola riguarda, come si è visto, il

sono più alti di quanto sarebbe avvenuto in mancanza del cartello stesso. Questa presunzione dovrebbe essere presa sul serio, sì da giustificare la pretesa dell'acquirente dei beni o servizi oggetto del cartello di ottenere, salvo prova contraria da parte del presunto danneggiante, il risarcimento di un danno liquidato sulla base dell'incremento medio dei prezzi, dovuto al cartello (accertato in questi termini mediante CTU).

⁶⁵ Camilleri, *An Overview* cit., 376: «we may wonder which kind of damage it is that we are presuming. Which harm we are talking about? What is in fact “more likely than not” is that an antitrust infringement, and more precisely a cartel, inflicts damage on the market as a whole and not a parceled individual harm».

⁶⁶ Trib. Milano 3-6-2020, n. 3110.

⁶⁷ Cass. s.u. 15-11-2022, n. 33645, che, escluso il danno *in re ipsa*, onera l'attore di allegare la concreta perdita e, se il fatto è specificamente contestato, di provarlo, anche mediante nozioni di comune esperienza o presunzioni semplici; sulla distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, Cass. ord. n. 3217/2025, resa in un'azione risarcitoria tra concorrenti, che esige la prova del danno-evento e del nesso causale prima della liquidazione, anche equitativa, del danno-conseguenza. Per l'impostazione più rigorosa, Trib. Milano 3-6-2020, n. 3110 cit., resa peraltro su una domanda che

fatto noto, non l'incidenza dell'intesa su ciascun prezzo, che è il fatto da inferire. Ne discende anche il peso della prova, offerta dal singolo partecipante, di non aver praticato alcun sovrapprezzo: vale come prova contraria per gli acquisti effettuati presso di lui, ma non spezza il nesso con il danno prodotto dall'intesa attraverso le forniture degli altri coautori, di cui risponde in solido, e trova il suo luogo naturale nel riparto interno.

Una seconda linea sostiene che, provati dal convenuto fatti specifici di segno contrario, tornerebbero ad applicarsi le regole ordinarie dell'art. 2697 c.c., e qualifica la presunzione, indifferentemente, come relativa o semplice. L'oscillazione non è irrilevante.

La presunzione legale relativa sposta sul convenuto il rischio della mancata prova: non basta introdurre un dubbio, occorre persuadere il giudice che il danno non vi è stato, e nell'incertezza la presunzione resta in piedi. La presunzione semplice opera invece all'interno dell'onere dell'attore, e gli indizi contrari ne indeboliscono l'inferenza. La tesi del ripristino della regola comune dell'art. 2697 c.c. applica alla prima lo statuto della seconda, con evidenti implicazioni pratiche. Una terza linea riguarda le condotte anteriori al decreto, per le quali la presunzione legale non opera e la giurisprudenza di legittimità esige la prova del danno secondo le regole comuni, ammettendone tuttavia la dimostrazione in via presuntiva o probabilistica⁶⁸. Il ponte è qui la giurisprudenza sulle polizze RC auto, che dal provvedimento, dalla natura e dalla dura-

non aveva ad oggetto un sovrapprezzo, secondo la cui massima, nonostante la presunzione dell'art. 14, co. 2, «rimane a carico dell'attore l'onere di provare la specifica lesione subita nella propria sfera giuridica (il titolo individuale al risarcimento) e il concreto ammontare del danno subito».

⁶⁸ Cass. 28-1-2025, n. 1923, § 5: «Spetta invece a chi si assume danneggiato da tale comportamento illecito fornire la prova del pregiudizio patrimoniale lamentato e del nesso di causalità tra la condotta e il danno»; e § 7, ove si precisa che il nesso causale «ben può essere accertato in termini probabilistici o presuntivi». Per i fatti anteriori alla direttiva, nel senso che il danno non si presume, Cass. ord. n. 33858/2024, resa in materia di fidejussioni conformi a uno schema associativo. Per l'uso, rispetto ai cartelli cessati prima della scadenza del termine di recepimento, di presunzioni semplici fondate sulla durata, sull'estensione e sulla copertura di mercato dell'intesa, Trib. Milano n. 212/2026 cit., 54-56, che ne trae l'«altissima probabilità logica» del danno; e 54, ove si afferma che l'art. 17, par. 1, dir. si applica anche alle azioni relative a fatti esauritisi prima di quella scadenza. In termini analoghi Trib. Milano n. 6381/2026 cit., §§ 10 e 11, che dalla durata, dall'estensione geografica e dalla copertura di mercato dell'intesa ha tratto una «presunzione fondata su fatti gravi, precisi e concordanti» del danno, riscontrata dalla consulenza d'ufficio, che aveva rilevato la stabilità delle quote di mercato dei partecipanti per tutta la durata dell'intesa e la loro maggiore variabilità dopo la cessazione.

ta dell'intesa risaliva per presunzioni al danno del singolo; se ne nega la trasferibilità, perché là si trattava di consumatori aderenti a condizioni uniformi, qui di acquirenti industriali dotati di potere negoziale.

L'argomento coglie una differenza reale, ma ne trae una conseguenza eccessiva. La forza dell'inferenza dipende dal meccanismo del cartello più che dalla qualità soggettiva dell'acquirente: un coordinamento sugli aumenti dei listini incide anche sui prezzi negoziati, se è gonfiato il punto da cui la negoziazione muove. È la conclusione della giurisprudenza tedesca, che, abbandonata la prova *prima facie*, vi ha sostituito una presunzione di fatto di forte valore indiziario e ne ha affermato la rilevanza anche quando il coordinamento abbia riguardato i listini e non i prezzi di transazione ⁶⁹.

Il potere d'acquisto dell'acquirente può ridurre l'effetto, raramente azzerarlo; ma anche questo va provato, almeno per presunzioni, e non può darsi per acquisito. Sul piano dei fatti, dal lato degli autori della violazione si adducono indici contrari, dalla negoziazione individuale con sconti e premi retroattivi, ai listini indicizzati alla materia prima, dagli acquisti centralizzati al ricorso a gare; dal lato dei danneggiati si oppongono la durata, la gravità e la copertura dell'intesa. La struttura del mercato pesa in entrambe le direzioni: prodotti su

⁶⁹ BGH 11-12-2018, KZR 26/17, *Schienenkartell*, Rn. 55-56: «Treffen Unternehmen trotz der damit einhergehenden erheblichen Risiken solche Absprachen, streitet danach eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache bildeten»; e: «Einer solchen tatsächlichen Vermutung kommt im Rahmen der freien Beweiswürdigung regelmäßig eine starke indizielle Bedeutung zu». BGH 23-9-2020, KZR 35/19, *LKW-Kartell*, *Leitsatz* a): se un cartello con elevata copertura di mercato ha coordinato per un lungo periodo listini e aumenti di listino, la massima d'esperienza va considerata «auch dann [...], wenn eine Koordinierung der Transaktionspreise nicht stattgefunden hat»; e *Leitsatz* b): essa va pesata nella valutazione complessiva «nach Inhalt, Umfang und Dauer der Verhaltenskoordinierung sowie aller weiterer erheblicher Umstände [...], die für oder gegen einen Preiseffekt des Kartells sprechen». Nello stesso senso Trib. Milano n. 212/2026 cit., 63, che ha disatteso l'argomento per cui la prassi degli sconti sui listini escluderebbe il danno, perché, date le caratteristiche del mercato, «gli aumenti di listino si sarebbero riflessi sui prezzi finali», e ha richiamato il rilievo di App. Napoli n. 4886/2024 secondo cui gli sconti erano pur sempre «applicati su prezzi più alti rispetto a quelli che si sarebbe ottenuto se il cartello non fosse esistito». Sul legame tra listini e prezzi di transazione la Commissione, nella decisione resa nel 2017 sullo stesso cartello nei confronti dell'unico destinatario che non aveva aderito alla transazione, ha constatato che «i listini dei prezzi lordi iniziali fissati dalla sede costituiscono una componente comune e fondamentale dei calcoli dei prezzi applicabili in ogni passaggio delle reti distributive nazionali in tutta Europa» (punto 38, nel testo riportato da Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 11).

misura, incidenza preponderante della materia prima sui costi variabili, capacità produttiva rigida, vendite “franco destino” in un raggio di poche centinaia di chilometri rendono fragile ogni presunzione uniforme e impongono un modello capace di isolare costi e domanda. Il problema si trasferisce così dal nesso alla quantificazione.

Le voci di danno riflettono la stessa tensione.

Il sovrapprezzo diretto, differenza tra il prezzo pagato all'impresa partecipante e quello che si sarebbe pagato in assenza dell'intesa, è la voce meno controversa. L'effetto ombrello lo è assai di più. Dopo *Kone* l'acquirente può chiedere ai partecipanti il sovrapprezzo pagato a imprese estranee, se il cartello era idoneo a indurle ad alzare i prezzi e i partecipanti non potevano ignorarlo ⁷⁰. Ma la voce è contestata su almeno tre fronti: sul piano causale, perché una parte dell'offerta era estranea all'intesa e i non partecipanti avrebbero potuto, anziché allinearsi, abbassare i prezzi per sottrarre clienti ai cartellisti; sul piano quantitativo, perché nelle stime peritali l'ombrello, applicato a volumi di acquisto talora maggiori, può superare in valore assoluto il danno diretto (benché la letteratura economica ne legghi l'entità al grado di sostituibilità dei prodotti e alla dimensione del cartello ⁷¹); sul piano del riparto, perché ne rispon-

⁷⁰ Corte giust. 5-6-2014, C-557/12, *Kone*, punto 34: la vittima di un prezzo di protezione «può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con loro, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato, detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima» (nello stesso senso, sul danno da effetto ombrello, BGH 19-5-2020, KZR 8/18, *Schienekartell IV*, *Leitsatz a*) e Rn. 38); e punto 35, che esclude la natura punitiva di tali azioni, perché le norme sulla responsabilità extracontrattuale «non subordinano l'entità del danno risarcibile al vantaggio economico realizzato dall'autore dell'illecito».

⁷¹ R. Inderst - F.P. Maier-Rigaud - U. Schwalbe, *Umbrella Effects*, J. Comp. L. & Econ., 10 (2014), 739 s. (citato dalla versione *working paper*, IÉSEG 2013-ECO-17), § VI: «[f]or a given price increase of a cartel, umbrella effects should depend positively on the degree of substitutability, as this increases the extent to which demand is diverted away from cartel members to outsiders, and likewise on the size of the cartel»; sul comportamento dei non partecipanti, ivi, nota 29: «In the extreme case of Bertrand competition this firm would simply undercut the cartel and thereby capture all demand»; e, sul piano della quantificazione, ivi, § IV: «the determination of an overcharge, i.e. a mark-up and its multiplication with actual quantity, may provide a very poor reflection of the damages emanating from an umbrella effect». I risultati numerici del lavoro sono stati corretti da E. Holler - M.P. Schinkel, *Umbrella Effects: Correction and Extension*, J. Comp. L. & Econ., 13 (2017), 185 s.

dono in solido anche i partecipanti che non hanno mai rifornito l'attore. Su quest'ultimo punto *Kone* è chiara, *prima facie*, nei rapporti esterni, ma lascia indeterminato il criterio di riparto interno.

La questione si complica quando due intese operano a livelli diversi della stessa filiera. L'impresa estranea all'intesa a valle che si rifornisce dell'input presso i partecipanti all'intesa a monte vede crescere i propri costi e trova nel prezzo concertato a valle un riferimento cui allinearsi: l'ombrello si intreccia allora con il trasferimento del sovrapprezzo a monte, fino alla tesi che i non partecipanti, stretti tra costi più alti e prezzi concertati, abbiano praticato lo stesso sovrapprezzo dei cartellisti.

Le due componenti vanno tenute distinte, per evitare che la stessa maggiorazione sia contata due volte e per imputarne ciascuna ai soli partecipanti all'intesa che l'ha prodotta.

L'effetto di trascinamento è chiesto sugli acquisti successivi alla cessazione, talora fino a due anni dopo, sull'assunto che i listini dell'intesa restino a lungo perturbati e di fatto in uso; vi si oppongono il carattere *stand-alone* della pretesa e la sua incompatibilità con un mercato di forniture spot. Le consulenze d'ufficio tendono a escluderlo o a contenerlo in pochi mesi; il giudice milanese, sugli autocarri, lo ha riconosciuto fino alla fine dell'anno di cessazione, nella metà del sovrapprezzo dell'intesa, ritenendolo tanto più probabile quanto più l'intesa sia stata duratura, estesa ed efficace⁷². Le domande estendono talora il trascinamento a più anni, adducendo la durata annuale o pluriennale dei contratti di

⁷² Trib. Milano n. 212/2026 cit., nella massima: «occorre perciò tenere conto dell'effetto di trascinamento (cd. *lingering*), tanto più probabile quanto più l'intesa sia stata duratura, estesa ed efficace». In motivazione (70-73 e 76 s.) il Tribunale ha rilevato che l'eliminazione del trascinamento dal modello conduce alla sottostima del danno, «essendo evidente che il confronto deve avvenire con prezzi non alterati dall'effetto cartello»; ha tratto la prova del trascinamento dalla mancata modifica dei listini dopo la cessazione e dalla dichiarazione del consulente d'ufficio, sentito a chiarimenti, secondo cui «vi sono evidenze di una durata perlomeno semestrale dell'effetto di *lingering*»; e, ritenuta eccessiva la durata triennale chiesta dagli attori, lo ha riconosciuto fino alla fine dell'anno di cessazione, con un sovrapprezzo del 4% sugli acquisti di quel periodo. Il fondamento è dichiaratamente economico: «La letteratura economica e la Guida Pratica della Commissione confermano che l'effetto di trascinamento è tanto più probabile quanto più il cartello è stato duraturo ed efficace» (73). Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.3, ha invece riconosciuto il trascinamento per l'intero anno di cessazione, applicando agli acquisti di quel periodo il sovrapprezzo pieno, e ha osservato che la sua durata rilevava solo marginalmente, perché il prezzo di tutti i veicoli in causa era stato determinato su listini formati prima della cessazione.

fornitura, i costi di cambio del fornitore per prodotti personalizzati, che richiedono attrezzature e omologazioni dedicate, la riduzione della capacità produttiva o del numero dei concorrenti avvenuta durante l'intesa e la persistenza degli effetti anche sui clienti acquisiti dopo la cessazione.

Sono eventualità in teoria plausibili, ma tutte verificabili in fatto; la durata dei contratti dice quando i prezzi potevano essere rinegoziati e la dinamica dei prezzi praticati ai nuovi clienti dice se il livello concorrenziale sia stato raggiunto. Estendere agli anni successivi la percentuale stimata per i primi mesi, senza quella verifica, significa presumerne la persistenza.

Più complessa è la dinamica del lucro cessante: all'eccezione di traslazione i danneggiati reagiscono con una domanda subordinata per la riduzione dei volumi o la perdita di chance che ne consegue, della quale si eccepisce a sua volta la tardività. Nel rito riformato la domanda che è conseguenza dell'eccezione del convenuto può essere proposta nella prima memoria dell'art. 171-ter c.p.c.; e sul piano sostanziale lo stesso art. 10, co. 2, del decreto fa salvo il diritto al lucro cessante derivante dal trasferimento⁷³. Nel merito, la voce richiede un controfattuale dei volumi, non la mera constatazione che i ricavi dell'attore sono cresciuti; e, se costruita come perdita di chance, occorre la prova di un'occasione concreta, seria e apprezzabile⁷⁴.

La traslazione del sovrapprezzo è il terreno sul quale le regole legali sono più chiare e la prassi più incerta. L'art. 11 del decreto pone a carico del convenuto che eccepisce il trasferimento l'onere di provarlo, «anche chiedendo l'esibizione

⁷³ Art. 10, co. 2, d.lgs. 3/2017: il risarcimento del danno emergente «non supera il danno da sovrapprezzo subito a tale livello, fermo il diritto del soggetto danneggiato di chiedere il risarcimento per il lucro cessante derivante dal trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo» (cfr. art. 12, par. 3, dir.). Nella giurisprudenza tedesca, l'onere del convenuto che eccepisce la traslazione si estende alla prova che ad essa non si sia accompagnata una contrazione della domanda: BGH 28-6-2011, KZR 75/10, *ORWI*, Rn. 69: «Weiter ist darzutun und gegebenenfalls nachzuweisen, dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist».

⁷⁴ Cass. ord. 26-1-2022, n. 2261, per la quale della possibilità perduta «dev'essere provata la serietà ed apprezzabilità ai fini della risarcibilità del conseguente pregiudizio»; Cass. ord. 28-2-2023, n. 5990, che qualifica la chance come «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene». In materia, Trib. Milano n. 212/2026 cit., 64, ha respinto la domanda di danno «da ritardo» nell'introduzione delle tecnologie a basse emissioni, perché gli attori non avevano allegato e provato che, in assenza dell'illecito, avrebbero acquistato veicoli conformi ai nuovi standard (richiamando Cass. n. 28993/2019 e n. 6116/2025).

di prove all'attore o a terzi»; l'art. 12 disciplina la posizione dell'acquirente indiretto, che beneficia di una presunzione relativa di trasferimento al ricorrere di tre condizioni⁷⁵. Chi eccepisce la traslazione argomenta di regola con gli indicatori qualitativi delle Linee guida della Commissione, dalla natura variabile del costo alla concorrenzialità del mercato a valle, dall'estensione del sovrapprezzo all'intero settore alla durata dell'intesa⁷⁶; vi si oppongono la forza contrattuale della grande distribuzione e la rigidità dei prezzi finali, e per la prova quantitativa occorrono dati che soltanto l'acquirente possiede.

La prassi peritale ha trovato una via d'uscita tutt'altro che pacifica: la traslazione, non quantificata per la mancanza dei dati dell'acquirente, è ritenuta probabile almeno in parte, e il consulente ricorre alla scorciatoia, pragmatica ma non scientifica, di suggerire al giudice uno sconto prudenziale forfettario, anche consistente, sul sovrapprezzo stimato⁷⁷.

⁷⁵ Sulla natura della presunzione dell'art. 12, co. 2, E. Camilleri, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, AIDA, 2015, 32 s., spec. 42 s.: «Si tratta, certo, giova ribadirlo, di una presunzione semplice, potendo infatti il convenuto dare prova del mancato trasferimento a valle o del trasferimento solo parziale del sovrapprezzo». In una prospettiva sistematica, Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato* cit., 24 s., legge nell'eccezione un limite di legittimazione: «Un limite, da valorizzare sul piano sistematico, riguarda però il difetto di legittimazione dell'acquirente che abbia trasferito il sovrapprezzo monopolistico su acquirenti successivi (art. 11, d.lgs. 3/2017)». La regola dell'onere sul convenuto è comune agli ordinamenti europei: v. BGH *ORWI* cit., *Leitsatz*; Competition Appeal Tribunal 7-2-2023, *Royal Mail Group Ltd c. DAF Trucks Ltd*, [2023] CAT 6, § 181(4) (riprodotto in Court of Appeal 27-2-2024, [2024] EWCA Civ 181, § 13): «The legal burden is on the defendant to plead and prove that the claimants have mitigated their losses by passing-on the overcharge».

⁷⁶ Commissione, *Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto*, 2019/C 267/07, in GUUE C 267 del 9 agosto 2019, 4 s., spec. punti 46-59. Il punto 51 elenca i fattori principali: la natura del costo colpito, fisso o variabile, e la circostanza che l'aumento riguardi un solo cliente o tutti o quasi tutti i clienti del mercato; le caratteristiche della domanda; l'intensità della concorrenza; e altri elementi, tra i quali i costi di adeguamento dei listini e i tempi delle decisioni di prezzo lungo la filiera. Il punto 52 precisa che il sovrapprezzo che incide sui costi variabili è di regola più probabilmente trasferito; il punto 54, a proposito dell'intensità della concorrenza, distingue il sovrapprezzo specifico di un'impresa da quello «a livello di settore»; quanto alla durata, l'esempio 4, richiamato al punto 64 e relativo a un cartello decennale, mostra come i costi di adeguamento dei prezzi possano divenire trascurabili rispetto al sovrapprezzo con il protrarsi dell'intesa. Per l'analisi economica sottostante, RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., iii-v e 42 s.

⁷⁷ Lo sconto forfettario non trova appoggio nella teoria economica, che non conosce un tasso tipico di traslazione. La misura in cui un aumento di costo si riflette sul prezzo di rivendita dipende non soltanto dalla struttura del mercato, ma dalla forma stessa della domanda: in concorrenza per-

La soluzione proposta non regge.

Anzitutto confonde l'incertezza della stima del sovrapprezzo, che può giustificare prudenza nella scelta del valore puntuale, con la traslazione, che è un fatto impeditivo assistito da un proprio onere. In secondo luogo, redistribuisce di fatto quell'onere: se i dati mancano perché l'attore non ha ottemperato a un ordine di esibizione, il rimedio è l'argomento di prova contro di lui e le sanzioni dell'art. 6⁷⁸; se non sono mai stati chiesti, la mancata iniziativa istruttoria ridonda a carico del convenuto. In terzo luogo, è apodittica e, se recepitata senza autonoma motivazione, *contra legem*, perché sottrae al giudice una valutazione che la legge gli riserva. La direttiva attribuisce ai giudici nazionali la facoltà di stimare la quota di sovrapprezzo trasferita (art. 12, par. 5), e il decreto, pur senza riprodurla espressamente, la consente attraverso il rinvio dell'art. 14, co. 1, all'art. 1226 c.c. (e la Corte di giustizia ha indicato proprio nelle difficoltà di ricostruire la ripercussione del sovrapprezzo un caso di stima giudiziale ammessa⁷⁹). Ma quella stima è un giudizio da motivare secondo i criteri della sti-

fetta con costi costanti la traslazione è integrale; per un monopolista con costi unitari costanti e domanda lineare è pari alla metà; con domanda a elasticità costante supera il cento per cento (J.A. Brander - T.W. Ross, *Estimating Damages to Direct and Indirect Purchasers in Price-Fixing Actions*, Can. Comp. L. Rev., 30 (2017), 1 s.; in termini generali E.G. Weyl - M. Fabinger, *Pass-Through as an Economic Tool: Principles of Incidence under Imperfect Competition*, J. Pol. Econ., 121 (2013), 528 s., che ricollegano il tasso di traslazione alla curvatura della domanda). Lo riconoscono le Linee guida cit., punto 53 e lo studio RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira cit., iv s. Lo sconto può dunque esprimere, al più, la prudenza del giudice di fronte all'incertezza della stima, non la prova di una traslazione che resta a carico del convenuto.

⁷⁸ Con due limiti, che la giurisprudenza milanese ha di recente messo in luce. Nei giudizi relativi a illeciti anteriori al decreto non si applica la regola dell'art. 6 che consente di ritenere provato il fatto cui si riferisce la prova non esibita, trattandosi di sanzione probatoria innovativa, non compresa tra le disposizioni procedurali richiamate dall'art. 19; resta il potere di desumere argomenti di prova dal contegno della parte (art. 116, co. 2, c.p.c.). E la sanzione presuppone, in ogni caso, un rifiuto ingiustificato, che non ricorre quando la parte, impresa di piccole dimensioni, abbia prodotto la documentazione di cui disponeva e non quella, risalente oltre il termine decennale di conservazione, che non era tenuta a conservare: Trib. Milano n. 212/2026 cit., 87 s., che ha poi respinto la richiesta subordinata di liquidare in via equitativa la quota traslata, perché l'«elevata probabilità» del *passing-on* su cui si fondava era smentita dalle risultanze istruttorie (89).

⁷⁹ Corte giust. *Tráficos Manuel Ferrer* cit., punto 53: la stima giudiziale è limitata alle situazioni in cui sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare il danno, una volta accertata la sua esistenza, «il che può corrispondere, ad esempio, a difficoltà particolarmente serie di interpretazione dei documenti prodotti in merito alla proporzione della ripercussione del sovrapprezzo risultante dal cartello sui prezzi dei prodotti acquistati dalla parte attrice presso uno degli autori

ma equitativa, non un coefficiente tecnico suggerito dal consulente a rettifica dei valori confermati. La giurisprudenza di merito offre soluzioni più lineari, escludendo la traslazione per acquirenti privi di margini di manovra sui prezzi a valle e presumendola, nei limiti di legge, a favore dell'acquirente indiretto⁸⁰. Di recente essa ha respinto proprio lo sconto forfettario, infatti il giudice milanese ha disatteso la riduzione del venti per cento suggerita dal consulente d'ufficio, perché non fondata su dati qualitativi e quantitativi relativi all'incidenza del costo del bene sui prezzi praticati dall'acquirente, e ha ribadito che l'onere della prova grava su chi eccepisce la traslazione⁸¹.

del cartello». Sulla valutazione equitativa del danno da traslazione, Camilleri, *Il trasferimento* cit., 51 s.: «Certo potrà in tal caso giovare la valutazione equitativa da parte del giudice, in ossequio a quanto previsto dall'art. 17, comma 1, laddove si evoca giusto il caso in cui risulti "praticamente impossibile o eccessivamente difficile" provare il danno».

⁸⁰ Trib. Milano n. 212/2026 cit., 80-84, che ha posto a carico del convenuto la prova del *passing-on* anche nel regime anteriore al decreto, benché l'art. 11 non sia richiamato dall'art. 19, traendo la regola dagli artt. 2697, co. 2, e 1227, co. 2, c.c., dal principio di effettività e dal Libro bianco del 2008, in continuità con precedenti milanesi e con la giurisprudenza tedesca e inglese; e ha escluso la traslazione da parte di piccole imprese prive di potere sui prezzi (*price takers*), per le quali il sovrapprezzo incideva tra lo 0 e lo 0,66% dei ricavi, il costo dei veicoli aveva natura di costo fisso nel breve periodo e gli ammortamenti toglievano ogni incentivo ad aumentare i prezzi; v. anche Trib. Napoli n. 6319/2021 cit., che, in un'azione dell'acquirente indiretto, ha applicato la presunzione di trasferimento dell'art. 12 e ha ritenuto non fornita dal convenuto la prova contraria. Nello stesso senso Trib. Milano 15-5-2023, n. 3914, in un'azione relativa a un cartello dell'acciaio, che ha ricondotto l'eccezione di traslazione alla *compensatio lucri cum damno*, qualificandola eccezione in senso lato, ma ne ha posto la prova a carico di chi la solleva (secondo la massima pubblicata in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Un principio analogo la Corte di giustizia aveva affermato per la ripetizione dei tributi riscossi in violazione del diritto dell'Unione, escludendo presunzioni o regole di prova che pongano a carico di chi agisce la dimostrazione di non aver trasferito l'onere su altri: Corte giust. 9-11-1983, causa 199/82, *San Giorgio*; 2-10-2003, C-147/01, *Weber's Wine World*.

⁸¹ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.5: il collegio «non condivide la soluzione prospettata dal c.t.u. con riguardo ad una stima forfettaria del *passing on*, in ipotesi operato dall'attrice, nella misura del 20% in quanto l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo non risulta adeguatamente fondato su dati qualitativi e quantitativi dai quali desumere una effettiva incidenza del prezzo dei camion nella determinazione dei prezzi applicati [...] ai clienti finali». L'acquirente era un'impresa subappaltatrice, con ridotto potere negoziale, che dichiarava di formare le proprie offerte su tariffari regionali e non disponeva di procedure formalizzate di determinazione dei prezzi; il collegio ha richiamato la natura di costo fisso dei veicoli, per la quale la traslazione nel breve periodo è, secondo le Linee guida cit., meno probabile, e l'onere del convenuto già affermato da Trib. Milano n. 212/2026 cit. fuori dall'ambito temporale dell'art. 11. Per la stessa ragione ha negato rilievo, in difetto di allegazione e prova da parte dei convenuti, al ricavato della rivendita dei veicoli sul mercato dell'usato, che si voleva computare in parziale compensazione del sovrapprezzo.

Due argomenti ricorrenti meritano maggiore attenzione. Il primo riguarda la qualificazione: l'eccezione di traslazione è proposta talora anche ai sensi dell'art. 1227 c.c., come se il trasferimento del sovrapprezzo fosse un comportamento esigibile dal danneggiato per ridurre il danno, sulla falsariga della *mitigation* del diritto anglosassone. Nel nostro sistema, però, la traslazione è un fatto che esclude o riduce il danno emergente dell'acquirente, non la violazione di un onere di diligenza che gli imponga, inconsapevole com'era del cartello, di mitigare il pregiudizio. Né ha senso argomentare che l'acquirente, per diligenza, avrebbe dovuto aumentare i propri prezzi, a rischio di perdere volumi, per favorire l'autore dell'illecito⁸². Il secondo riguarda la coerenza delle allegazioni. Chi chiede il ristoro dell'effetto ombrello afferma che il sovrapprezzo ha investito l'intero mercato, e un aumento di costo comune a tutto il settore è, secondo le stesse Linee guida della Commissione, quello più agevolmente trasferito: l'osservazione non inverte l'onere, ma può concorrere ad assolverlo in via presuntiva. Al contrario, quando il bene oggetto dell'intesa è un input di incidenza modesta sul prezzo finale, non si può sostenere insieme che la traslazione vi sia stata e che, per l'esiguità degli importi unitari, essa non abbia ridotto i volumi: la modestia dell'incidenza, che esclude l'effetto sui volumi, rende anche meno probabile l'adeguamento dei prezzi finali⁸³.

⁸² Artt. 10, co. 2, e 11 d.lgs. 3/2017. Nella prassi l'eccezione è formulata nel senso che gli acquirenti avrebbero potuto, traslando il sovrapprezzo, evitare o mitigare il danno, anche ai sensi dell'art. 1227 c.c. Per l'impostazione inglese, Competition Appeal Tribunal *Royal Mail Group Ltd c. DAF Trucks Ltd* cit., § 181(4) (riprodotto in Court of Appeal, [2024] EWCA Civ 181, § 13). La riconduzione all'art. 1227, co. 2, c.c. configurerebbe, del resto, un'eccezione in senso stretto, soggetta alle preclusioni e con onere della prova pur sempre a carico del convenuto. La pretesa che l'acquirente avrebbe dovuto alzare i prezzi trascura, inoltre, che la traslazione non è gratuita: ogni aumento del prezzo di rivendita riduce di regola le vendite, e il margine perduto su di esse, il cosiddetto effetto volume, è una voce di danno autonoma. Un esempio elementare: un distributore vende 1.000 unità a 100, con un costo unitario di 80; il cartello aumenta il costo di 5; il distributore ne trasferisce 3, portando il prezzo a 103, e perde 50 unità di vendite. Il suo profitto scende da 20.000 a 17.100, e il danno di 2.900 risulta dal sovrapprezzo pagato sulle unità acquistate ($5 \times 950 = 4.750$), meno la traslazione ($3 \times 950 = 2.850$), più il margine perduto sulle vendite mancate ($50 \times 20 = 1.000$): chi computasse il solo effetto di prezzo liquiderebbe 1.900. Lo studio predisposto per la Commissione osserva che l'effetto volume può persino superare quello di traslazione («this adverse volume effect may more than offset the impact of the passing-on effect»: RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., 4) e annovera tra le domande che il giudice deve porsi quella se le stime dei consulenti tengano conto di entrambi gli effetti (182).

⁸³ Commissione, *Linee guida per i giudici nazionali* cit., sugli indicatori relativi all'estensione del

Resta il capitolo degli accessori, che nei cartelli di lunga durata ha un peso considerevole. Il danno da cartello è un debito di valore, sicché si liquidano rivalutazione e interessi compensativi sulle somme progressivamente rivalutate, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite⁸⁴. La Corte di giustizia ha precisato che gli interessi decorrono dal momento in cui il danneggiato ha iniziato a subire il pregiudizio, di regola l'acquisto a prezzo maggiorato, e che la norma nazionale che lo prevede si applica alle azioni proposte dopo la sua entrata in vigore anche per danni anteriori alla direttiva⁸⁵; e il giudice milanese, nel contenzioso sugli autocarri, ha riconosciuto dalla domanda il saggio dell'art. 1284, co. 4, c.c. in luogo di rivalutazione e interessi legali⁸⁶. Una successiva decisione della stessa sezione ha invece liquidato gli interessi legali sul sovrapprezzo via via rivalutato, come misura equitativa del danno da ritardo, e, dalla sentenza, gli interessi dell'art. 1284, co. 1, c.c., disattendendo a sua volta il costo medio ponderato del capitale indicato dal consu-

sovrapprezzo ai concorrenti dell'acquirente diretto e alla natura del costo (punti 51, i), 52 e 54): se il sovrapprezzo colpisce un solo acquirente diretto in forte concorrenza con gli altri, la traslazione è meno probabile, mentre se investe l'intero settore una concorrenza intensa tra gli acquirenti diretti ne favorisce di regola una maggiore; nello stesso senso RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., iii: «pass-on of "industry-wide" overcharges is generally predicted to be greater than for "firm-specific" overcharges of the same magnitude». Sull'incidenza modesta, Linee guida cit., punti 56 e 125, per i quali i costi di adeguamento dei listini possono rendere non conveniente trasferire un sovrapprezzo che rappresenti una piccola quota dei costi; ma anche punto 124, secondo cui, quando l'input è una frazione molto piccola del costo marginale, persino una traslazione integrale può non essere rilevabile nei dati di prezzo: la modestia dell'incidenza rende la traslazione meno probabile e, insieme, più difficile da provare, il che, gravando l'onere sul convenuto, ne accresce il peso.

⁸⁴ Cass. s.u. 17-2-1995, n. 1712. Il considerando 12 della direttiva qualifica il pagamento degli interessi come «componente essenziale del risarcimento per indennizzare il danno subito tenendo conto del decorso del tempo», da corrispondere «con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell'effettivo risarcimento».

⁸⁵ Corte giust. *Wenzel Logistics* cit., dispositivo, punto 2: la data a partire dalla quale sono dovuti gli interessi «è quella in cui si è verificato il fatto che caratterizza in modo preponderante il momento in cui il danneggiato ha iniziato a subire un danno emergente o un lucro cessante a causa della suddetta intesa».

⁸⁶ Trib. Milano n. 212/2026 cit., 91 s. e 97: sul sovrapprezzo sono dovuti, dalla data di ciascun acquisto fino alla domanda, la rivalutazione e gli interessi legali calcolati sul capitale «rivalutato anno per anno», secondo Cass. s.u. n. 1712/1995 cit., e, dalla domanda, gli interessi al saggio dell'art. 1284, co. 4, c.c. «in luogo di rivalutazione monetaria e interessi legali». La stessa decisione ha ritenuto improprio il richiamo al costo medio ponderato del capitale (WACC), che non attiene agli interessi, e ha ricordato che il maggior danno dell'art. 1224 c.c. esige una prova precisa, ancorché presuntiva.

lente d'ufficio come tasso di capitalizzazione⁸⁷.

Restano aperti il rischio di duplicazione tra interessi compensativi e lucro cessante da mancato impiego delle somme e il silenzio delle consulenze sul punto, non trascurabile quando gli accessori maturati in quindici o vent'anni possono avvicinarsi al capitale⁸⁸. Né appare pienamente condivisa dalla giurisprudenza la soluzione del saggio maggiorato dalla domanda. Alla tesi che lo limita alle obbligazioni di fonte contrattuale si può obiettare che il criterio decisivo non è la fonte, ma la struttura dell'obbligazione: il saggio dell'art. 1284, co. 4, c.c. presuppone, secondo un recente orientamento, un credito liquido o agevolmente liquidabile, mentre il danno da cartello è un debito di valore, che si converte in debito di valuta soltanto con la liquidazione, sicché il saggio maggiorato potrà semmai decorrere solo da quel momento⁸⁹. Né l'argomento è superato dalla più recente affermazione della Corte di cassazione, secondo cui la norma si applica a qualsiasi domanda di condanna al pagamento di una somma

⁸⁷ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., §§ 12.7-12.7.4. L'applicazione di un tasso superiore a quello legale presuppone, per il Tribunale, la puntuale allegazione e prova degli elementi oggettivi che lo giustificano; e il costo medio ponderato del capitale, che esprime il rendimento richiesto da azionisti e creditori, «non corrisponde al profitto dell'attrice, ma al rendimento atteso dagli investitori». La decisione non prende in esame il saggio dell'art. 1284, co. 4, c.c.

⁸⁸ Il rischio non è teorico. Per gli acquisti finanziati con il leasing il consulente d'ufficio aveva osservato che il valore attuale dei flussi del contratto coincide con il prezzo finanziato, sicché il sovrapprezzo si riflette in maggiori interessi lungo la durata del contratto, e aveva perciò preferito capitalizzarlo alla data dell'acquisto; Trib. Milano n. 6381/2026 cit., §§ 12.4 e 12.7, ha invece liquidato i maggiori interessi del leasing come danno emergente e, insieme, rivalutazione e interessi sull'intero sovrapprezzo a decorrere dalla data di pagamento indicata per ciascun veicolo. Se il sovrapprezzo è stato corrisposto ratealmente con i canoni, il ristoro dei maggiori interessi e la decorrenza dalla data iniziale rischiano di remunerare due volte il medesimo differimento.

⁸⁹ Nel senso che il saggio dell'art. 1284, co. 4, c.c. si applichi soltanto alle obbligazioni di fonte contrattuale, orientamento invocato nella prassi, Cass. 7-11-2018, n. 28409; per il criterio della liquidità, Cass. 22-10-2025, n. 28036, che, secondo la massima, ravvisa il presupposto della norma nel «carattere liquido o, comunque, agevolmente liquidabile dell'obbligazione dedotta in giudizio» e la esclude per il credito risarcitorio da inadempimento di un'obbligazione non pecuniaria; per l'applicabilità a ogni obbligazione, quale che ne sia la fonte, Cass. ord. 3-1-2023, n. 61; Cass. ord. 31-10-2024, n. 28840; Cass. ord. 22-3-2025, n. 7677, per la quale il saggio maggiorato si applica anche alle obbligazioni nascenti da fatto illecito; e ora Cass. ord. 22-7-2026, n. 23891, che la estende a qualsiasi domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro, compresi i crediti risarcitori. Le Sezioni Unite non hanno sciolto il contrasto. Nella prassi si invoca anche l'art. 1, co. 2, lett. b), d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che esclude dall'ambito di quel decreto i «pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno»; vi si replica che l'art. 1284, co. 4, c.c. rinvia alla legislazione sui ritardi di pagamento per la sola misura del saggio.

di denaro: la ratio che la Corte stessa vi riconosce, indurre il debitore a un pronto adempimento, presuppone un debito di cui il debitore possa conoscere l'importo da offrire, mentre l'ammontare del danno da cartello dipende da una stima controfattuale che soltanto la liquidazione rende certa.

6. – È sul *quantum* che il contenzioso *follow-on* si decide davvero, ed è qui che il diritto è più tentato di ritrarsi davanti all'economia, a scapito della certezza. È anche il terreno sul quale si misura il ragionamento centrale: che la consulenza tecnica, chiamata a stimare, finisca per decidere, perché le assunzioni da cui dipende la misura del danno non sono dati, ma regole di giudizio che distribuiscono tra le parti il rischio dell'incertezza.

La quantificazione del danno da cartello richiede il confronto tra la posizione reale del danneggiato e quella in cui si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione, uno scenario che per definizione non può essere osservato ma solo stimato; la Commissione ne ha desunto che la materia è sempre stata segnata da limiti considerevoli di certezza e di precisione, e il legislatore europeo ha perciò attribuito al giudice il potere di stima⁹⁰. Stabilire il controfattuale significa dire che cosa sarebbe accaduto nel mercato se l'illecito non vi fosse stato: formulare,

⁹⁰ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2013/C 167/07, in GUUE C 167 del 13 giugno 2013, 19, punto 9: «La quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza è sempre stata caratterizzata, per la sua stessa natura, da limiti considerevoli per quanto riguarda il livello di certezza e precisione atteso. Talvolta sono possibili solo stime approssimative». Il considerando 46 dir. 2014/104/UE osserva che quantificare il danno «significa valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza della violazione. Tale valutazione implica un confronto con una situazione per definizione ipotetica e non potrà mai, quindi, essere totalmente esatta. È pertanto opportuno assicurare che ai giudici nazionali sia conferito il potere di stimare l'ammontare del danno». Nello stesso senso il documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la Comunicazione, Guida pratica relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE, SWD(2013) 205 dell'11 giugno 2013, così designata nella Comunicazione cit., punto 10, e qui citata dal testo inglese, punto 12: lo scenario di riferimento, detto «di non violazione» o «controfattuale», è una situazione ipotetica che «cannot be observed directly» e va perciò ricostruita mediante una stima; il punto 17 ne trae la conseguenza che «There cannot be a single 'true' value of the harm suffered that could be determined, but only best estimates relying on assumptions and approximations». Se il controfattuale è una stima, ogni risultato peritale porta con sé un margine di errore, che il giudice deve conoscere per poterlo valutare. In giurisprudenza, Trib. Milano n. 212/2026 cit., 66: per valutare l'entità del danno «deve valutarsi cosa sarebbe successo se l'intesa non si fosse verificata, ricreando uno scenario ipotetico (ipotesi controfattuale)».

cioè, lo scenario che la letteratura economica e la giurisprudenza anglosassone chiamano *but-for* (letteralmente, «se non fosse stato per» l'infrazione) e ricavarne il prezzo che l'acquirente avrebbe pagato in quel mondo ipotetico. Il sovrapprezzo è lo scarto tra il prezzo effettivamente pagato e quel prezzo ipotetico, sicché ogni scelta compiuta nel costruire lo scenario, dal periodo o dal mercato di confronto ai fattori di costo e di domanda di cui si tiene conto, si riflette direttamente sulla misura del danno ⁹¹.

Ne risulta confermato il ruolo centrale della consulenza tecnica, che la professione economico-contabile qualifica senza esitazioni come «determinante» ⁹², ma anche il rischio, avvertito in dottrina, che il giudizio si risolva in un'alternativa tra due esiti egualmente insoddisfacenti, la stima equitativa priva di ancoraggi e un danno sostanzialmente *in re ipsa* ⁹³. La diagnosi più severa è anche la più utile: si ricorrerà sempre, in ultima istanza, a un criterio equitativo, ma anche l'equità deve avere un forte ancoraggio alla razionalità, e la prassi tecnico-professionale è ancora lontana dal garantirlo ⁹⁴. La razionalità, invero, si recupera non chiedendo all'economia ciò che non può dare, ma restituendo alle categorie giuridiche che le governano le scelte che la consulenza compie sotto apparente veste tecnica.

È utile, perciò, seguire l'ordine in cui quelle scelte si presentano – il quesito-

⁹¹ Conta anche la base di calcolo, così Trib. Milano n. 6381/2026 cit., §§ 12.2 e 12.3, che ha applicato la formula ai prezzi dei veicoli al netto dell'IVA e degli allestimenti, estranei al perimetro dell'intesa.

⁹² Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili - Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti, *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, documento di ricerca del 12 luglio 2023, § 2.3, 22: «È, in tal senso, innegabile il ruolo determinante che il consulente tecnico, a prescindere dal soggetto che lo nomina (giudice o parte in causa), è chiamato a svolgere nell'operazione di quantificazione delle voci di danno risarcibili, con particolare riferimento alla complessa attività di analisi fattuale, economica e statistica degli scenari di mercato».

⁹³ Camilleri, *An Overview* cit., 377: le presunzioni forniscono una risposta provvisoria sull'esistenza del danno, «without saying anything as to the main quantification of damages suffered. [...] the complex economic assessments involved suggest that the Court requires specialized assistance, either from an NCA or from other institutions or persons. The two likely outcomes are both negative: either an equitable estimation (with the implied risks of over-estimations or under-estimations) or a sort of *damnum in re ipsa*».

⁹⁴ Libertini, *Il rapporto tra pubblico e privato* cit., 24, nel contesto della stima del danno da abusi escludenti: «In pratica, si ricorrerà sempre ad un criterio finale equitativo. Ma anche il criterio equitativo dovrebbe avere una sua razionalità. Invece, siamo ancora ben lontani dal raggiungimento di una prassi tecnico-professionale soddisfacente».

to, il metodo, il periodo di confronto, il trattamento degli scostamenti negativi, i campioni e le lacune documentali – per mostrare, di ciascuna, il contenuto giuridico.

La prima di queste scelte precede la consulenza e ne fissa i confini: il quesito. Nella prassi, di regola, il consulente ricostruisce gli acquisti dell'attore per fornitore, prodotto e territorio, accerta se e in quale misura l'intesa abbia generato, per ciascuna impresa partecipante e per ciascun anno, un sovrapprezzo rispetto al prezzo che sarebbe stato praticato in sua assenza, sceglie il metodo nel contraddittorio con i consulenti di parte, verifica la traslazione, quantifica trascinamento, ombrello e lucro cessante, e si pronuncia persino sulla qualità di piccola o media impresa dei partecipanti e sulle quote interne di responsabilità. Il rilievo critico più grave è che un quesito così congegnato delega inammissibilmente al consulente valutazioni giuridiche, come i requisiti della PMI, il riparto interno, l'applicabilità *ratione temporis* del decreto; i consulenti più accorti le restituiscono al giudice come semplici proposte⁹⁵, e il risultato è corretto, ma costa tempo e contraddittorio. Una recente decisione milanese ne offre la riprova: il quesito chiedeva al consulente anche di stimare la traslazione, di valutare l'incidenza della rivendita dei beni e del vantaggio fiscale e di individuare il tasso con cui capitalizzare il danno, e il collegio si è discostato dalle sue conclusioni sulla traslazione, sulla rivendita e sul tasso, perché non coerenti con il riparto dell'onere della prova e con la funzione degli interessi nella liquidazione del danno⁹⁶. Sarebbe preferibile che il giudice sciogliesse le premesse giuridiche prima di conferire l'incarico o, se ciò non è possibile, le formulasse come ipotesi alternative, chiedendo al consulente scenari di calcolo distinti.

Il quesito è anche, come si è detto, norma di metodo: nella prassi peritale si sono scartate la regressione e le differenze nelle differenze⁹⁷ perché, tra l'altro,

⁹⁵ Il testo di questo paragrafo e dei successivi riferisce, in forma riassuntiva, scelte e motivazioni ricorrenti nella prassi peritale. Sui limiti dei poteri del consulente, che può acquisire documenti e accertare fatti secondari necessari a rispondere al quesito, ma non i fatti principali che è onere delle parti allegare e provare, Cass. s.u. 1-2-2022, n. 3086; sulla consulenza esplorativa e su quella percipiente, Cass. 6-12-2019, n. 31886; ord. 3-7-2020, n. 13736.

⁹⁶ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 4.2, per il testo del quesito, e §§ 12.5 e 12.7, per le ragioni del dissenso. Sul vantaggio fiscale, invece, il collegio ha condiviso la conclusione del consulente, che ne aveva giudicato non praticabile la stima.

⁹⁷ Le due tecniche sono gli strumenti ordinari del confronto, non alternative eccentriche. La regressione è, in termini elementari, un confronto tra medie «a parità di condizioni»: anziché accostare il prezzo medio del periodo dell'intesa a quello di un periodo di riferimento, stima di quanto il

né il quesito né la legge le richiederebbero espressamente, e si sono escluse la traslazione o l'ombrello perché il quesito non li prevedeva. Il perimetro del quesito pesa quanto il metodo, ed è il giudice che deve fissarlo.

La stessa tensione investe il rapporto tra esistenza e misura del danno: il quesito domanda se l'intesa abbia generato un sovrapprezzo, ma non è raro che il consulente dichiari che esso non richiede alcuna analisi dell'efficacia dell'intesa. La tensione non è lessicale. Dove opera la presunzione legale, l'esistenza del danno è regolata dall'art. 14, co. 2, e un risultato peritale pari a zero è un elemento di prova contraria da valutare, non la smentita automatica della presunzione; all'inverso, un risultato positivo ottenuto con un calcolo asimmetrico non prova di per sé l'esistenza del danno. In entrambi i casi la consulenza fornisce materiali; la regola di giudizio resta al giudice.

Il metodo prevalente nella prassi è il confronto tra i prezzi praticati durante l'intesa e quelli del periodo successivo, corretto con un indice pubblico dei costi variabili: il prezzo del periodo di riferimento, di regola il biennio successivo alla cessazione, è ricostruito a ritroso con un indice composito, i cui pesi sono tratti dallo stesso provvedimento; si assume, cioè, che senza l'intesa il prezzo avrebbe seguito i costi misurati dall'indice, e si imputa all'intesa lo scarto tra prezzo pagato e prezzo ricostruito. Dove mancano i dati per un confronto temporale, si è fatto ricorso a un controfattuale costruito sull'andamento del costo della materia prima. Talvolta il confronto, condotto in termini nominali, esclude il sovrapprezzo perché i prezzi successivi risultano più alti; ma se il periodo di riferimento comprende anni di forti rincari, un confronto nominale non dice nulla ⁹⁸.

prezzo vari al variare dei costi, della domanda e degli altri fattori osservabili, e imputa all'intesa soltanto la differenza che quei fattori non spiegano. Le differenze nelle differenze combinano il confronto nel tempo con quello tra mercati: si misura di quanto è variato il prezzo nel mercato interessato dall'intesa e di quanto è variato, nello stesso periodo, in un mercato comparabile che ne è rimasto estraneo, e si attribuisce all'intesa la differenza tra le due variazioni, che elide i fattori comuni a entrambi i mercati. Nell'esempio della Commissione, se il prezzo della farina aumenta di 40 euro a sacco nel mercato del cartello e di 10 euro nel mercato di confronto per il rincaro dei cereali, l'effetto stimato dell'intesa è di 30 euro: Guida pratica cit., punti 56-58, ove si osserva che il metodo consente di «subtract out changes unrelated to the infringement that occurred during the same time period as the infringement». La premessa, che va verificata e non presunta, è che in assenza dell'intesa i due mercati avrebbero seguito andamenti paralleli. Per la trattazione manualistica, J.D. Angrist - J.-S. Pischke, *Mostly Harmless Econometrics. An Empiricist's Companion* (Princeton 2009), 221 s.

⁹⁸ Il confronto nominale confonde l'effetto dell'intesa con la dinamica generale dei prezzi e dei

Non meno istruttivi sono i metodi scartati: le ricostruzioni *bottom-up* proposte dal lato dei danneggiati, per la discrezionalità delle assunzioni; i metodi *cost-plus* e finanziari proposti dal lato opposto, che adoperano margini del periodo dell'intesa o bilanci aggregati incapaci di isolare i prezzi; la regressione, per complessità, fabbisogno di dati ed endogeneità ⁹⁹.

Quando poi due intese hanno operato contemporaneamente a livelli diversi della stessa filiera e sono cessate insieme, il confronto temporale non ne separa gli effetti, e le perizie di parte ricorrono ai modelli di simulazione, che ricostruiscono lo scenario controfattuale da un modello teorico del mercato, per esempio quello di un'impresa dominante affiancata da una frangia concorrenziale, calibrato su pochi parametri: l'elasticità della domanda, spesso tratta dalla letteratura, il numero dei partecipanti, la forma funzionale della domanda ¹⁰⁰. Il metodo è tra quelli che la Guida pratica considera, ma sposta il contraddittorio dai dati alle ipotesi: il risultato dipende dalla calibrazione, e la ve-

costi. Se, tra il periodo dell'intesa e quello successivo, i costi crescono del 12% e il prezzo di vendita del 10%, il prezzo successivo è più alto in valore assoluto, ma più basso in rapporto ai costi: il confronto nominale suggerisce l'assenza di danno, mentre quello condotto a parità di costi indica che durante l'intesa i prezzi erano superiori di quasi due punti percentuali al livello che l'andamento dei costi avrebbe giustificato. Di qui la regola, ovvia per gli economisti, che i valori di periodi diversi vanno resi omogenei, deflazionandoli o rapportandoli ai costi, e che variabili nominali e reali non vanno mescolate: CNMC, *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, G-2020-03 (11 luglio 2023), punto 93, citata dalla versione inglese diffusa dall'autorità: «a mere comparison of prices (or other variables expressed in monetary units) could be biased due to inflation effects», sicché il metodo non deve «mix variables expressed in nominal terms (i.e., without adjusting for inflation) with others in real terms (deflated)».

⁹⁹ In econometria una variabile esplicativa si dice endogena quando è correlata con la componente del prezzo che il modello non osserva, sicché il suo coefficiente assorbe effetti che non le appartengono. Nelle stime di danno ciò accade, tipicamente, quando la variabile di controllo è a sua volta influenzata dal cartello, per esempio perché le imprese, al riparo dalla concorrenza, hanno lasciato crescere i propri costi (M.O. Finkelstein - H.L. Levenbach, *Regression Estimates of Damages in Price-Fixing Cases*, *Law & Contemp. Probs.*, 46 (1983), 145 s., spec. 161: «Some explanatory factors may themselves have been influenced by collusion»), o quando prezzo e quantità si determinano a vicenda (D.L. Rubinfeld, *Reference Guide on Multiple Regression, Reference Manual on Scientific Evidence* cit., 303 s., spec. 322 e nota 51, sulla «simultaneity»). La regressione rende l'assunzione esplicita, e dunque controllabile: J. McCrary - D.L. Rubinfeld, *Measuring Benchmark Damages in Antitrust Litigation*, *J. Econometric Methods*, 3 (2014), 63 s., spec. 64. La stessa Guida pratica cit., punti 81 s., riconosce che la regressione richiede di regola molti dati e che i risultati sono distorti se le variabili esplicative sono state influenzate dall'infrazione, ma ne indica i rimedi: tecniche statistiche specifiche o dati esterni al periodo o al mercato dell'infrazione.

¹⁰⁰ Guida pratica cit., punti 97-105.

rifica della sua robustezza al variare dei parametri diviene l'equivalente funzionale dell'intervallo di confidenza dei metodi econometrici.

Eppure, è proprio la regressione la tecnica che, secondo lo studio predisposto per la Commissione, supera il limite strutturale dei confronti tra medie, e che i giudici di altri ordinamenti maneggiano con naturalezza, anche quando i modelli delle parti divergono ¹⁰¹.

La preferenza per gli indici pubblici ha una giustificazione dichiarata: le fonti pubbliche offrirebbero garanzie di imparzialità e di indipendenza, mentre i dati interni delle imprese sanzionate potrebbero essere orientati a giustificare o a minimizzare il sovrapprezzo. È una ragione seria di terzietà e di replicabilità; ma il metodo incorpora un'ipotesi forte, non sempre esplicitata: applicare la variazione dei costi variabili all'intero prezzo presuppone che il prezzo sia fatto soltanto di costi variabili, o che il margine resti costante in proporzione ¹⁰². Lo stesso vale per le assunzioni sul periodo «pulito» e sulla durata del trascinamento, attaccate da entrambi i lati: sono scelte con effetti distributivi, non dati. L'argomento secondo cui un metodo non sarebbe richiesto dal quesito o dalla

¹⁰¹ Oxera e a., *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*, studio per la Commissione europea (Luxembourg 2009), <https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Quantifying-antitrust-damages-3.pdf>. L'*Executive Summary*, vi: «These techniques address a shortcoming of simple comparisons of averages, in that they can take into account factors other than the infringement that may cause the price difference». Competition Appeal Tribunal *Royal Mail Group Ltd c. DAF Trucks Ltd* cit., § 372 (riprodotto in Court of Appeal, [2024] EWCA Civ 181, § 38): «there are advantages and disadvantages of the B-D and B-D-A models and it cannot be said that it was wrong for each expert to have used the model that he did». Per un inquadramento economico nella letteratura italiana, L. Prosperetti - E. Pani - I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica* (Bologna 2009). Nella prospettiva dell'applicazione giudiziale, G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la cooperazione tra public e private enforcement, Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea*, a cura di G.A. Benacchio - M. Carpagnano (Napoli-Trento 2018), 11 s., spec. 21 s., indica negli approcci comparativi fondati su termini di confronto temporali o geografici gli strumenti di regola più utili e rimette la scelta del metodo a un bilanciamento tra accuratezza e praticità che dipende dal caso e dai dati disponibili.

¹⁰² Lo mostra l'esempio della stessa Guida pratica cit., punto 76: se il prezzo della farina passa da 120 a 140 e il costo dei cereali da 50 a 60, il prezzo senza cartello «would not be 120 but 130»; l'aumento di 10 del costo si somma, cioè, al prezzo in valore assoluto, e il sovrapprezzo è di 10. Chi applicasse all'intero prezzo l'aumento percentuale del costo (+20%) otterrebbe invece un controfattuale di 144, superiore al prezzo effettivo, e il sovrapprezzo scomparirebbe. L'ipotesi sul modo in cui i costi si trasmettono al prezzo non è un dettaglio tecnico: decide il risultato, e deve perciò essere dichiarata e verificata sui dati.

legge, poi, è giuridico e non tecnico, e prova troppo, perché né la legge né i quesiti impongono alcun metodo e la Guida pratica della Commissione tratta le tecniche di regressione come strumenti ordinari dei metodi comparativi ¹⁰³.

La scelta tra un metodo semplice e uno econometrico va dunque motivata sui dati disponibili e sulla robustezza dei risultati; e quando le parti ne contestano le premesse con rilievi specifici, il giudice che aderisce alla consulenza deve dar conto delle ragioni per cui li disattende ¹⁰⁴. Proprio dove i dati sono più poveri la prassi peritale ha formulato la regola più utile: sono i dati disponibili a definire il metodo e il periodo per il quale il danno è stimabile; le prove selettive, come il confronto con poche fatture scelte di un fornitore estraneo, vanno respinte per il rischio di una selezione volta a enfatizzare particolari risultati.

Nei metodi temporali il periodo di confronto è la premessa da cui dipende ogni risultato, ma la prassi tende a trattarlo come un dato: lo si presenta come comparatore ideale per la sua lunghezza e, insieme, si nega il trascinamento, si in-

¹⁰³ Guida pratica cit., punti 59-62 e 69-90, che collocano la regressione tra le tecniche di attuazione dei metodi comparativi; la scelta del metodo vi è rimessa al diritto applicabile, in ragione dello standard di prova, dei dati di cui dispone la parte onerata e della proporzionalità dei costi rispetto al valore della domanda (punti 8 e 91-93). Le due varianti più usate nella prassi internazionale sono il metodo della previsione, che stima la relazione tra prezzo e fattori di costo e di domanda nel solo periodo non collusivo e la proietta sul periodo dell'intesa, e quello della variabile indicatrice (*dummy*), che stima un'unica equazione sull'intero periodo e misura il sovrapprezzo con il coefficiente di una variabile pari a uno durante l'intesa e a zero altrove (punti 71 s.). Nella prassi peritale la Guida pratica è richiamata assai più spesso della Comunicazione che la accompagna.

¹⁰⁴ È l'orientamento della Corte di cassazione: l'adesione alla consulenza esaurisce l'obbligo di motivazione con l'indicazione delle fonti del convincimento quando il consulente abbia già replicato ai rilievi delle parti (Cass. ord. 2-2-2015, n. 1815), mentre, ove siano state sollevate censure dettagliate e non generiche, il giudice «ha l'obbligo di fornire una precisa risposta argomentativa correlata alle specifiche critiche sollevate» (così la massima di Cass. 19-6-2015, n. 12703). Secondo la dottrina processualistica il giudice deve enunciare «i criteri in base ai quali ha formulato la propria interpretazione e valutazione dei dati e delle informazioni scientifiche», anche quando aderisce alle conclusioni del consulente (M. Taruffo, *Scienza e processo, XXI Secolo*, Istituto della Enciclopedia Italiana (Roma 2009), § «La valutazione delle prove scientifiche», consultata in www.treccani.it). La motivazione *per relationem* è stata criticata perché finisce per legittimare un atteggiamento «dismissivo» dei giudici di merito, «troppo spesso pronti a delegare al consulente propri compiti esclusivi» (V. Ansanelli, *Consulenza tecnica d'ufficio e valutazione giudiziale. La Casazione continua a legittimare la motivazione «per relationem»*, www.diritto.it, 3-12-2019). Trasposto alla quantificazione del sovrapprezzo, il principio significa che, se le parti contestano con rilievi puntuali la scelta del periodo di confronto o l'applicazione della variazione dei costi all'intero prezzo, la sentenza deve spiegare perché quella premessa regga, e non soltanto che il consulente l'ha adottata.

vocano mutamenti strutturali del mercato, come l'uscita di un concorrente che praticava prezzi inferiori ai costi, e si producono analisi di redditività aggregata, per le quali margini modesti durante l'intesa ne proverebbero l'inefficacia. Le premesse non convivono senza attrito. Se il trascinamento vi è stato, il periodo successivo è contaminato e il confronto sottostima il sovrapprezzo; se l'uscita del concorrente aggressivo ha innalzato il livello concorrenziale dei prezzi, quel periodo non è comparabile, e il metodo deve isolare il mutamento anziché assorbirlo; e margini bassi in una fase di crisi non dicono quali sarebbero stati senza coordinamento¹⁰⁵. Lo stesso vale, a parti invertite, per le stime, proposte dal lato dei danneggiati, fondate sui costi, che ricostruiscono il prezzo controfattuale aggiungendo ai costi un margine ritenuto «equo»: quel margine non è un dato tecnico, ma un'assunzione sul profitto che la concorrenza avrebbe consentito, omologa al periodo «pulito» dei metodi comparativi. In entrambi i casi la premessa non va assunta, ma verificata, ed è proprio ciò che la regressione consente, controllando i fattori diversi dall'infrazione¹⁰⁶.

Quando la regressione manca, la premessa può almeno essere resa esplicita e motivata. In un recente giudizio il consulente d'ufficio ha escluso dalla media del periodo dell'intesa gli anni 2009 e 2010, nei quali la crisi aveva depressa domanda e prezzi, e ha assunto come riferimento non l'anno della cessazione, che riteneva contaminato dal trascinamento, ma quello successivo; il collegio ne ha condiviso le scelte, giustificate con la dinamica dei prezzi e delle

¹⁰⁵ Nella giurisprudenza di merito si è osservato che un margine operativo medio inferiore al sovrapprezzo stimato implicherebbe, nello scenario controfattuale, risultati in perdita, circostanza non da escludere, «potendo un'intesa avere effetti non solo sui prezzi, ma anche con riguardo all'efficienza» (Trib. Milano n. 212/2026 cit., 75).

¹⁰⁶ Guida pratica cit., spec. punti 61 e 69, sull'analisi di regressione come strumento per valutare se, e in che misura, fattori osservabili diversi dall'infrazione abbiano inciso sulla differenza di prezzo. Vi si riconduce l'argomento, talora proposto, dello stato di necessità indotto dalla crisi del mercato (art. 2045 c.c.): la norma presuppone il pericolo attuale di un danno grave alla persona e non giustifica il coordinamento tra concorrenti, ma il fattore di crisi che essa evoca trova posto nella costruzione del controfattuale. Sull'omissione dal modello di un mutamento strutturale, come l'uscita di un concorrente aggressivo, vale l'avvertenza generale di Rubinfeld, *Reference Guide* cit., 314: «Failure to include a major explanatory variable that is correlated with the variable of interest in a regression model may cause an included variable to be credited with an effect that actually is caused by the excluded variable». Quanto ai metodi fondati sui costi, la Guida pratica cit., punti 107 e 110 s., avverte che il margine «ragionevole» si stima per confronto con altri periodi, mercati o imprese, sicché poggia su ipotesi di somiglianza che «are not always easily verified», e che i costi osservati durante l'intesa possono essere gonfiati dalla minore pressione concorrenziale.

quantità¹⁰⁷. La soluzione rimuove il fattore perturbatore dal campione anziché controllarlo nel modello, e sposta il peso sulla comparabilità dell'anno assunto a riferimento, che resta, a sua volta, una premessa da verificare.

La scelta più controversa, e quella che più spesso decide l'esito, riguarda il trattamento dei c.d. scostamenti negativi. In molte consulenze il sovrapprezzo si conta soltanto negli anni, o per i prodotti, in cui il prezzo effettivo supera il controfattuale, sicché un prezzo inferiore vale come assenza di danno e non come danno negativo: è il calcolo asimmetrico, o troncato, distinto da quello simmetrico, che somma algebricamente gli scostamenti positivi e negativi. La scelta è motivata con argomenti giuridici: poiché il cartello resta un illecito, non sarebbe corretto bilanciare danni e benefici, e la *compensatio* varrebbe solo per i vantaggi derivanti direttamente dall'illecito. Si replica che un sovrapprezzo dichiarato medio impone di considerare anche gli scostamenti negativi, che sarebbero frequentissimi e il cui computo, in un calcolo simmetrico, azzererebbe il danno. Le due questioni vanno tenute distinte.

Quella giuridica è se un prezzo inferiore al controfattuale in un dato anno costituisca un vantaggio da compensare, e la risposta è probabilmente negativa: dentro un'infrazione unica e continuata il danno è l'effetto complessivo del cartello sui prezzi pagati, sicché lo scostamento negativo non è un vantaggio da compensare, ma una componente della misura di quell'effetto, e il richiamo alla *compensatio* è fuori bersaglio¹⁰⁸. Quella statistica, però, è un'altra. Il controfattuale è una stima, affetta da errore; se si sommano soltanto gli scostamenti positivi di una grandezza che oscilla intorno al suo valore vero, il risultato è positivo anche quando quel valore è zero, perché la media della parte positiva di un errore a media nulla è comunque maggiore di zero. Un calcolo troncato trasforma il rumore in danno. Se in cinque anni la stima si scosta dal valore vero, per il

¹⁰⁷ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.3: il prezzo medio del periodo dell'intesa è stato calcolato sugli anni 2002-2008, a prezzi costanti ottenuti con l'indice dei prezzi alla produzione del settore, e confrontato con quello del 2012; secondo il consulente, i prezzi erano scesi nel 2009 e rimasti all'incirca a quel livello fino al 2011, per poi scendere ancora nel 2012-2013 nonostante una parziale ripresa delle quantità, sicché i dati del biennio della crisi, se inclusi, avrebbero condotto a sottostimare l'incidenza dell'intesa. Il collegio ha ritenuto la scelta del 2012 come termine di confronto immune da «vizi metodologici o censure di diritto», perché coerente con la durata degli effetti dell'intesa per tutto il 2011.

¹⁰⁸ Sulla *compensatio lucri cum damno*, che presuppone che pregiudizio e vantaggio siano riconducibili al medesimo fatto illecito secondo un criterio di causalità giuridica e che il vantaggio assolve una funzione compensativa del danno, Cass. s.u. 22-5-2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567.

solo effetto dell'errore, di tre punti in più, due in meno, uno in più, quattro in meno e due in più, la somma di tutti gli scostamenti è nulla, mentre quella dei soli positivi restituisce sei punti di un sovrapprezzo che non esiste¹⁰⁹. La regola per cui lo scostamento negativo vale come assenza di danno, e non come danno negativo, presuppone ciò che il metodo non sa distinguere: gli anni in cui il cartello non ha inciso da quelli in cui la stima è semplicemente scesa sotto il valore vero.

Non a caso il giudice tedesco tratta la differenza tra prezzo effettivo e controfattuale come grandezza che può essere pari o inferiore a zero, e che in tal caso esclude il sovrapprezzo, e attribuisce valore indiziario all'analisi solo se condotta su dati affidabili e con risultati significativi¹¹⁰.

Nella prassi peritale i test di significatività non sono di regola effettuati, e sono talora dichiarati non pertinenti, benché siano proprio essi a dire se lo scostamento misurato si distingue dalle oscillazioni che il caso produrrebbe anche in assenza dell'intesa. È qui che si colloca il primo standard minimo da esigere: esporre il risultato tanto nella versione simmetrica quanto in quella asimmetrica, con il relativo intervallo di confidenza¹¹¹. Non per negare il risarcimento quan-

¹⁰⁹ Il fenomeno si comprende senza formule. Se il modello è ben costruito, l'errore di stima del controfattuale è positivo tanto spesso quanto negativo e, nella media, si annulla; ma se gli scostamenti negativi vengono azzerati e si conservano soltanto quelli positivi, la compensazione viene meno e resta un residuo sempre positivo, tanto maggiore quanto più ampio è l'errore. Un ordine di grandezza aiuta: se l'errore tipico della stima (ciò che gli statistici chiamano deviazione standard) è di due punti percentuali, il calcolo troncato produce in media circa 0,8 punti di sovrapprezzo inesistente, e circa 1,6 punti se la media si calcola sui soli anni o prodotti con scostamento positivo. Ne seguono due conseguenze. Il danno apparente prodotto dal troncamento è tanto maggiore quanto meno precisa è la stima, e dunque quanto più il calcolo è frazionato per anno, per prodotto o per fornitore, perché ciascuna di quelle suddivisioni poggia su meno dati e oscilla di più; e la distorsione non scompare quando un sovrapprezzo vero esiste, ma vi si aggiunge, pur riducendosi quanto più il sovrapprezzo vero è grande rispetto all'errore. Né il problema si risolve contando i soli scostamenti superiori a una soglia: anche una soglia pari all'errore tipico della stima, che i manuali chiamano errore standard, è superata per puro caso circa una volta su sei.

¹¹⁰ BGH 13-4-2021, KZR 19/20, *LKW-Kartell II*, Rn. 66. Sul legame tra soglie di significatività e bilanciamento degli errori di primo e secondo tipo, Oxera, *Submission to the Consultation on the CNMC Second Draft Damages Guide* (22 novembre 2022), 26: «different significance thresholds may be considered sufficiently good evidence in different contexts, and refer back to the discussion of Type I and Type II errors and the balancing act between these risks which must always be case specific».

¹¹¹ Poche nozioni bastano al giurista, e un esempio le rende intuitive. Si supponga che la consuetudine stimi un sovrapprezzo del 4%. Quel numero non è una misura esatta, ma il valore più proba-

do i dati sono pochi: un risultato non significativo non prova l'assenza del danno, e dove i dati non consentono di più soccorre la stima equitativa; ma per sapere quanto la stima meriti fiducia. Spetta al giudice scegliere la premessa giuridica, che il consulente può prospettare ma non decidere; il numero ne segue ¹¹².

Analoghe considerazioni valgono per i campioni e per le lacune documentali. Il confronto temporale richiede prodotti presenti in entrambi i periodi, sicché il campione copre una parte, talora minoritaria, degli acquisti, e non è casuale: i prodotti presenti in entrambi i periodi sono quelli standard e di lunga vita, la cui dinamica di prezzo può non rappresentare quella dei prodotti su misura ¹¹³. In sede peritale si è proposto di estendere la media agli acquisti

bile ricavato da dati imperfetti, e l'errore standard indica di quanto, tipicamente, la stima potrebbe discostarsi dal valore vero. L'intervallo di confidenza traduce quell'incertezza in un ventaglio di valori compatibili con i dati: se l'intervallo va dall'1 al 7%, la stima dice qualcosa di utile; se va da -2 al 10%, i dati non permettono di escludere che il sovrapprezzo sia nullo. Il livello del 95%, abitualmente adottato, è una convenzione e non una regola di giudizio: la soglia, avverte la Commissione, «represents a pure convention», e, a parità di altre condizioni, la significatività statistica cresce con il numero delle osservazioni (Guida pratica cit., punti 86-88). Il test di significatività pone la stessa domanda dal lato opposto: quanto sarebbe probabile osservare uno scarto almeno pari a quello rilevato, se il cartello non avesse avuto alcun effetto? È il cosiddetto *p-value* (D.H. Kaye - D.A. Freedman, *Reference Guide on Statistics, Reference Manual on Scientific Evidence* cit., 211 s., spec. 241 e 249 s.): quanto più è piccolo, tanto meno è credibile che il risultato sia frutto del caso. Il livello di significatività, di solito il 5%, è il rischio, accettato in anticipo, di affermare un effetto che non c'è; il rischio opposto, di negare un effetto che c'è, dipende dalla quantità e dalla qualità dei dati, ossia da ciò che gli statistici chiamano potenza del test, sicché un risultato non significativo ottenuto su pochi dati non dimostra, di per sé, che il danno manchi. Due avvertenze completano il quadro. La significatività statistica non coincide con la rilevanza pratica: un effetto può essere statisticamente accertato ed economicamente trascurabile, o viceversa. Nel senso indicato nel testo, la CNMC raccomanda che la relazione peritale indichi «los test y comprobaciones realizados, significatividad estadística e intervalos de confianza asociados a los coeficientes estimados de las variables relevantes» (CNMC, *Guía* cit., punto 76).

¹¹² Lo standard civile del «più probabile che non» non è, del resto, una soglia statistica. Cass. s.u. 11-1-2008, n. 581, lo riconduce alla «preponderanza dell'evidenza» e precisa che lo standard di «certezza probabilistica» in materia civile «non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana)», ma va verificato sugli elementi di conferma, e di esclusione delle ipotesi alternative, disponibili nel caso concreto. Sulla distinzione tra la probabilità come frequenza e la probabilità come grado di conferma di un'ipotesi, M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali* (Milano 1992), 166 s., 199 s. e 273 s. Nella letteratura italiana, sull'esigenza di dichiarare il livello di confidenza della stima e di affiancare alla significatività statistica quella economica, Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale* cit., 22 s.

¹¹³ È il problema che gli econometrici chiamano distorsione da selezione del campione, e un

esclusi in via equitativa, se il giudice lo ritenga, e si è riconosciuto che il sovrapprezzo medio esteso a tutti gli acquisti è, di fatto, una stima equitativa del danno. L'ammissione è preziosa, perché qualifica l'estensione per ciò che è: un giudizio soggetto ai presupposti dell'art. 1226 c.c.¹¹⁴

Le consulenze ribadiscono, correttamente, che il consulente non può sopperire alle lacune probatorie della parte né procedere in via esplorativa, e ne traggono conseguenze nette: anni di acquisti privi di fatture escono dalla stima, e i dati non prodotti pesano su chi li deteneva, anche quando si tratti del convenuto, che avrebbe potuto fornire dati completi. Il principio non è però applicato in modo uniforme. Sul sovrapprezzo le lacune ricadono sulla parte onerata; sulla traslazione, dove l'onere grava sul convenuto, la mancanza dei dati dell'attore produce il già ricordato sconto prudenziale, che ridistribuisce

esempio tratto dall'esperienza giudiziaria lo rende intuitivo: chi volesse stimare la durata media dei processi civili guardando soltanto alle cause giunte in Cassazione otterrebbe un dato preciso ma fuorviante, perché vi giungono soltanto le cause che hanno già percorso due gradi di giudizio, cioè proprio quelle più lunghe. Lo stesso accade ogni volta che le osservazioni non sono estratte a caso, ma entrano nel campione per una ragione connessa a ciò che si vuole misurare: la media del campione non rappresenta l'insieme, e l'errore ha la stessa natura di quello che si commette omettendo dal modello un fattore rilevante. Nel confronto temporale il criterio di selezione è la presenza del prodotto in entrambi i periodi: restano dentro i beni standard e di lunga vita, restano fuori quelli su misura o di breve ciclo. Se la capacità dell'intesa di incidere sui prezzi era diversa per le due categorie, per esempio perché sui prodotti su misura il confronto tra offerte era meno trasparente, la media calcolata sui primi non dice nulla dei secondi, e la direzione dell'errore non è nota in anticipo. Un problema affine affligge i confronti tra medie quando muta, nel tempo, la composizione delle vendite: in un recente giudizio il consulente d'ufficio ha ritenuto inattendibili i dati di uno dei produttori, perché lo spostamento verso veicoli di maggiori dimensioni e, per alcuni anni, verso il canale di vendita diretta ne alterava i prezzi medi, e ha poi recuperato una serie omogenea, con una stima del sovrapprezzo del 12,96% in luogo del 14% ottenuto sui dati degli altri due produttori (Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.3).

¹¹⁴ Secondo l'orientamento costante, quale risulta dalle massime, il potere dell'art. 1226 c.c. dà luogo a un giudizio di diritto, di «equità giudiziale correttiva od integrativa», che presuppone già assolto l'onere di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno e l'impossibilità, o la particolare difficoltà, di provarne il preciso ammontare (Cass. 22-2-2018, n. 4310; Cass. 19-12-2011, n. 27447); non esonera la parte dal fornire gli elementi di cui possa ragionevolmente disporre, poiché ha «la sola funzione di colmare le lacune insuperabili ai fini della precisa determinazione del danno» (Cass. 8-1-2016, n. 127); ed esige che il giudice dia conto in motivazione «del peso specifico attribuito ad ognuno» dei fattori considerati (Cass. 13-9-2018, n. 22272). In dottrina, F. Mezzanotte, *La valutazione equitativa del danno* (Torino 2022), cap. I; M. Rossetti, *La liquidazione equitativa del danno*, I, Art. 1226, Il Codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger (Milano 2025), cap. II.

quell'onere; e le stesse assunzioni del controfattuale, come un periodo non analizzato o un sovrapprezzo assunto nullo fino a un dato evento di mercato, distribuiscono in silenzio il rischio della prova mancante.

Si coglie qui, nella forma più nitida, il fenomeno annunciato in apertura. Le scelte passate in rassegna – il perimetro del quesito, il metodo e il periodo di confronto, il computo dei soli scostamenti positivi, l'estensione della media, lo sconto per la traslazione, l'imputazione delle lacune – hanno in comune un tratto: nessuna è ricavabile dai dati, e ciascuna decide chi sopporti il rischio che i dati non siano sufficienti od inequivoci. Sono, in altri termini, regole di giudizio, vale a dire il criterio con cui il giudice risolve l'incertezza secondo l'onere della prova. Quando quelle scelte sono compiute dal consulente, e dal giudice recepite perché asseritamente tecniche, l'onere della prova viene ripartito senza che nessuno l'abbia esaminato e deciso, e la motivazione della sentenza si riduce al rinvio a una relazione che non espone le proprie premesse giuridiche perché non sa di averle. Non si tratta di negare la competenza tecnica, né di tornare a un giudice che stima da solo, ma di ristabilire una sequenza: il giudice fissa le premesse, il consulente calcola sotto ciascuna di esse, il giudice sceglie e motiva. È l'ordine inverso a quello che la prassi conosce, nella quale il numero arriva per primo e la premessa giuridica, se mai viene esplicitata, lo segue.

Vi è infine un problema di trasparenza, perché il contraddittorio tecnico esige che i fogli di calcolo circolino tra tutti i consulenti, entro le cerchie di riservatezza¹¹⁵, e che l'integrità dei dati sia verificabile anche con l'impronta hash dei documenti prodotti¹¹⁶.

¹¹⁵ Lo studio sul *passing-on* raccomanda che ciascun consulente possa replicare la quantificazione dell'altro, mettendo a disposizione tutti i dati utilizzati, compresi quelli grezzi anteriori a ogni trattamento, e il codice di calcolo, con una documentazione dei passaggi seguiti: «This requires that experts make available to the other side's expert all the data used, including so-called "raw data" that has been treated (managed, cleaned and possibly aggregated) before being analysed, as well as the code used to run the analysis» (RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., 174). Il problema non è teorico: in un recente giudizio i modelli dei convenuti sono stati contestati perché i dataset «sarebbero stati modificati ed alterati rispetto ai dati grezzi», che non erano stati prodotti (Trib. Milano n. 212/2026 cit., 71).

¹¹⁶ L'«impronta» è definita come «la sequenza di simboli binari (bit) di lunghezza predefinita generata mediante l'applicazione alla prima di una opportuna funzione di hash», e la funzione di hash come una funzione matematica costruita in modo che risulti «di fatto impossibile» ricostruire l'evidenza informatica originaria e «generare impronte uguali a partire da evidenze informatiche differenti» (d.P.C.M. 22 febbraio 2013, art. 1, co. 1, lett. g) e h), in G.U. n. 117 del 21 maggio 2013; in

Di tutte queste scelte lo scarto tra le stime è l'evidenza più vistosa. Le perizie di parte prodotte dai danneggiati approdano di regola a percentuali a due cifre, spesso vicine alle medie rilevate dalla letteratura economica; le consulenze d'ufficio che adottano confronti temporali corretti per l'andamento dei costi restituiscono per lo più valori di gran lunga inferiori. Tra i due poli si collocano le decisioni edite, che talora hanno liquidato in via equitativa percentuali prossime al coefficiente di gravità della sanzione, talaltra hanno corretto verso l'alto la stima del consulente d'ufficio, escludendo che il sovrapprezzo, una volta accertata l'esistenza del danno, possa stimarsi come media tra il valore del modello ritenuto attendibile e un danno pari a zero ¹¹⁷. Quel coefficiente, peraltro, per le ragioni già dette (§ 2), non può fungere né da base né da tetto della liquidazione.

Lo scarto non riflette soltanto la parzialità delle posizioni, ma incorpora premesse giuridiche diverse: calcolo simmetrico o asimmetrico, estensione o no della media agli acquisti non campionati, durata del trascinamento, inclusione dell'ombrello, regola sulla traslazione. Ne nascono richieste di rinnova-

termini analoghi le specifiche tecniche del processo civile telematico, provv. DGSIA 7 agosto 2024, art. 2, co. 1, lett. r) e v), che dal 30 settembre 2024 ha sostituito le specifiche adottate con provv. 16 aprile 2014; v. anche AgID, Linee guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici (2021), § 2.1.1, che consente l'identificazione univoca del documento «mediante associazione al documento di una sua impronta crittografica basata su funzioni di hash che siano ritenute crittograficamente sicure»).

¹¹⁷ Trib. Napoli n. 6319/2021 cit., che ha liquidato in via equitativa un sovrapprezzo del 15% al netto dell'IVA e tenuto conto anche dei benefici fiscali conseguiti dall'acquirente; Trib. Milano n. 212/2026 cit., 66-74, che ha fissato in via equitativa il sovrapprezzo nell'8% del prezzo di acquisto, a fronte di una stima del consulente d'ufficio pari a circa la metà (poco più del 4%), ottenuta come media tra il valore ricavato dal modello degli attori, corretto dal consulente, e il valore nullo dei modelli dei convenuti. Per il Tribunale «non può reputarsi corretta l'operazione compiuta dal CTU consistente nell'aver effettuato la media tra due valori, uno dei quali ritenuto dal medesimo non plausibile», perché contraddittoria con l'accertata esistenza del danno (69); il collegio ha quindi assunto come «stima ipotetica massima» il 12,2% risultante dal modello corretto con un anno di trascinamento e l'ha ridotto all'8%, ritenuto «equo, e prudentiale», perché quel valore si riferiva ai prezzi di listino e non al livello della catena al quale gli attori avevano acquistato (71 s.). La stessa decisione riferisce che le analisi di parte attrice avevano stimato un sovrapprezzo del 33,4%, poi rettificato al 29,4%, e, con un modello alternativo fondato sui prezzi netti ai concessionari, del 17,8% (67), mentre le convenute lo avevano stimato in misura negativa (70). Ha invece recepito la stima della consulenza d'ufficio, a due cifre benché ottenuta con un confronto temporale a prezzi costanti, Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.3, che l'ha ritenuta corroborata dall'analisi dei margini e dagli indicatori di bilancio dei produttori, i quali mostravano una compressione dei margini dopo la cessazione dell'intesa.

zione e di assistenza dell'Autorità a norma dell'art. 14, co. 3.

Il confronto con l'esperienza inglese è eloquente. Davanti a due modelli econometrici entrambi imperfetti, il Competition Appeal Tribunal non ha cercato rifugio nelle medie della letteratura, ma ha collocato il sovrapprezzo tra le posizioni degli esperti con un giudizio dichiaratamente approssimativo, rinunciando a una precisione che i dati non consentivano¹¹⁸. Il giudice, *peritus peritorum*, può discostarsi dalla consulenza con motivazione rafforzata; ma per governare lo scarto ha bisogno che la consulenza ne renda visibili le premesse.

Di qui una proposta semplice: chiedere al consulente, come già anticipato a proposito del quesito, una matrice di risultati, cioè scenari di calcolo distinti per ciascuna combinazione delle premesse appena elencate, così che il giudice scelga la premessa giuridica e il numero ne discenda¹¹⁹. Il consulente conserva la competenza tecnica; il giudice si riappropria di quella giuridica e del sindacato critico su una consulenza spesso piegata a tecnicismi indecifrabili.

Resta la stima equitativa, approdo inevitabile di questo percorso. L'art. 14, co. 1, d.lgs. 3/2017 rinvia all'art. 1226 c.c., in attuazione dell'art. 17, par. 1, della direttiva, che la Corte di giustizia legge come norma diretta ad attenuare il livello di prova richiesto per la determinazione dell'ammontare del danno¹²⁰.

¹¹⁸ Competition Appeal Tribunal *Royal Mail Group Ltd c. DAF Trucks Ltd* cit., § 479: «the true value of the Overcharge we believe lies somewhere between the two experts' diametrically opposed positions. In the circumstances, we have no choice but to make a judgment based both on the evidence that was presented in the experts' models, and on a wider appreciation of the factual context and witness evidence»; § 484: «We therefore consider that a fair and reasonable broad axe view on Overcharge comes out at 5% for both Claimants (ie approximately half of what they are claiming)»; § 485: un'ulteriore modulazione per anni «would imply a greater precision to the broad axe approach than we consider is justified, given the substantial imperfections in the data available and the complexity of the task». I passi sono riprodotti in Court of Appeal, [2024] EWCA Civ 181, §§ 52-53.

¹¹⁹ Un passo in questa direzione, a consulenza già depositata, è l'invito rivolto alle parti a indicare nelle note tecniche di replica «i risultati conclusivi cui pervengono sulle questioni affrontate nella CTU con metodologie o argomenti che non condividono onde consentire al giudice di valutare le ipotesi alternative anche alla luce del risultato concreto cui conducono» (Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 4.3). Affidata alle parti, però, la matrice perde la terzietà del calcolo, che solo il consulente d'ufficio può assicurare.

¹²⁰ Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., punto 82: la disposizione «ha lo scopo di attenuare il livello di prova richiesto ai fini della determinazione dell'ammontare del danno subito e di porre rimedio all'asimmetria informativa esistente a scapito della parte ricorrente interessata nonché alle difficoltà derivanti dal fatto che la quantificazione del danno subito richiede di valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza della violazione»; e punto 85, sulla natura procedurale della norma.

La decisione *Tráficos Manuel Ferrer* ne ha precisato i presupposti: la stima giudiziale presuppone che l'esistenza del danno sia accertata e che sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo con precisione; le mere incertezze inerenti al contraddittorio tra perizie non bastano; e la valutazione deve tener conto di tutti i parametri rilevanti, compresa l'infruttuosità delle iniziative istruttorie, a cominciare dall'esibizione ¹²¹. La giurisprudenza italiana era già su questa linea, avendo costantemente affermato che l'art. 1226 c.c. ha carattere sussidiario, presuppone un danno certo e un'oggettiva difficoltà, non imputabile alla parte, di provarne l'ammontare, e colma soltanto lacune insuperabili ¹²²; in materia di intese, la Corte ha di recente ribadito che il giudice non può rifiutarsi di liquidare il danno per la sola difficoltà del calcolo e che l'inerzia del danneggiato rileva soltanto se questi abbia ommesso del tutto di collaborare ¹²³; e la dottrina ha sottolineato che il divieto di sovracompenrazione non esclude, ma anzi presuppone, una liquidazione equitativa ricondotta al sistema del codice ¹²⁴.

¹²¹ Corte just. *Tráficos Manuel Ferrer* cit., punto 52: le azioni risarcitorie «mirano al risarcimento il più esatto possibile di un danno», sicché «la mera esistenza di queste incertezze, inerenti al contenzioso della responsabilità e che risultano, in realtà, dal raffronto di argomenti e di perizie nell'ambito del contraddittorio, non corrisponde al grado di complessità nella valutazione del danno necessario per consentire l'applicazione della stima giudiziale»; punto 53: la stima è limitata «alle situazioni in cui sia praticamente impossibile oppure eccessivamente difficile quantificare quest'ultimo, una volta accertata la sua esistenza in capo alla parte attrice»; punto 65: la stima presuppone che sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare il danno con precisione, «il che comporta la necessità di prendere in considerazione l'insieme dei parametri che portano a tale constatazione e, in particolare, l'infruttuosità di iniziative quali l'istanza di divulgazione di prove, prevista all'articolo 5 di tale direttiva».

¹²² Cass. 19-11-2013, n. 25912; Cass. 8-1-2016, n. 127, e Cass. 22-2-2018, n. 4310, cit.; Cass. ord. 17-11-2020, n. 26051.

¹²³ Cass. sez. I, ord. n. 18276/2026, che ha dichiarato inammissibile il ricorso contro la liquidazione equitativa del danno da un cartello di lunga durata nella misura del 15% del prezzo di acquisto, secondo la sintesi pubblicata in www.lexced.com il 21-7-2026.

¹²⁴ Rordorf, *Violazione della concorrenza e tutela risarcitoria* cit., § 2.4: «La circostanza che il risarcimento dovuto dall'autore dell'illecito non debba superare l'entità del danno subito dalla vittima non esclude però, ovviamente, che alla sua concreta quantificazione si possa pervenire in via equitativa, secondo le regole generali del codice civile espressamente richiamate dalla normativa speciale». Nello stesso senso Scognamiglio, *Saluti istituzionali* cit., 6, per il quale il richiamo al potere di liquidazione equitativa, «in una materia nella quale la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria da porre a carico del responsabile esibisce problemi di particolare complessità, rappresenta una soluzione che – pur opportunamente collocata [...] all'interno del "sistema" codicistico della responsabilità civile – tiene conto delle peculiarità del "problema" del danno antitrust»; Campagnano, *La funzione della responsabilità civile* cit., 657: «Ciò spiega perché l'ordinamento ammetta, in questo ambito, un

Nella prassi *Tráficos Manuel Ferrer* è talora invocata come se escludesse la stima equitativa, mentre ne fissa le condizioni, a cominciare dall'uso degli strumenti istruttori. Quanto alla richiesta, già ricordata (§ 2), di un sovrapprezzo forfettario pari alla media dei cartelli, essa non regge, e a smentirla è proprio la letteratura invocata. Lo studio predisposto per la Commissione, che indica una mediana del 18%, avverte che il dato va interpretato con cautela, che una quota non trascurabile dei cartelli osservati non ha prodotto alcun sovrapprezzo e che l'ammontare nel caso concreto va determinato secondo il diritto nazionale applicabile; gli stessi autori hanno poi quantificato in oltre undici punti percentuali l'errore medio che deriverebbe dall'applicare la media ai singoli casi; le raccolte di dati più ampie scontano dichiarati limiti di affidabilità e, una volta corrette le distorsioni di selezione e di pubblicazione, restituiscono valori centrali sensibilmente più bassi¹²⁵. Le esperienze straniere convergono. La Corte federale tedesca ha avallato il rifiuto del giudice d'appello di trarre dallo studio del 2009 una massima d'esperienza su una determinata percentuale, ammettendone l'uso soltanto per collocare il cartello concreto tra quelli che producono effetti e per fondare la stima di un danno minimo; il Tribunal Supremo spagnolo ha confermato una liquidazione del 5% intesa come importo minimo, ancorato alle circostanze del cartello e superabile in entrambe le direzioni da chi ne dia

maggiore margine di ricorso a presunzioni semplici, a regole di esperienza e a strumenti equitativi di liquidazione, come previsto dall'art. 14, comma 1, del d.lgs. 3/2017 e dagli artt. 1223 e 1226 c.c.».

¹²⁵ Oxera e a., *Quantifying antitrust damages* cit., *Executive Summary*, ix: «the median overcharge is 18% of the cartel price»; «there is a small but significant proportion of cartels (7%) where there is no overcharge. Whether a particular cartel falls into this category would need to be explored on a case-by-case basis»; «This empirical data needs to be interpreted with caution»; «the amount of the overcharge in any particular damages case would ultimately need to be determined pursuant to the requirements of applicable national law». Oxera, *Submission to the Consultation* cit., 16 s.: «the application of any 'average' or notional value based on past cases carries a significant risk that the actual harm caused would be considerably greater or smaller than the compensation awarded»; «the average absolute error in the estimate that would result from applying the average overcharge to the cases included would be more than 11 percentage points». J.M. Connor - R.H. Lande, *How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines*, Tul. L. Rev., 80 (2005), 513 s., spec. 540, ove si precisa che la mediana è calcolata su una distribuzione che «includes a significant number of zeros», e 534, ove gli autori ammettono che il loro approccio alla raccolta dei dati «may create concerns in the minds of some readers about the reliability of the reported overcharges». Nello stesso senso del testo, CNMC, *Guía* cit., punto 80 (versione inglese): l'applicazione automatica di una percentuale media tratta da infrazioni precedenti o dalla letteratura economica «may lead to significant errors, without prejudice to their being considered as references».

la prova ¹²⁶. Le medie della letteratura possono dunque servire, al più, come controllo esterno di plausibilità o come soglia minima motivata, mai come misura del danno. È in questa funzione di riscontro, accanto all'analisi dei margini e degli indicatori di bilancio dei produttori, che le ha di recente richiamate il giudice milanese ¹²⁷.

Quel che manca, nella prassi, è un potere equitativo esercitato per passaggi verificabili, nella forma di una valutazione equitativa strutturata, che pure è alla portata del giudice. Essa dovrebbe muovere dall'accertamento dei presupposti, cioè l'esistenza del danno, per presunzione legale o per presunzioni semplici, l'effettivo impiego degli strumenti istruttori disponibili e la condotta delle parti nell'esibizione; ancorare la stima agli intervalli prodotti dalla consulenza nel caso concreto, e non alle medie della letteratura; rettificare in modo esplicito le distorsioni note, come l'asimmetria del calcolo e la selezione del campione, nella direzione indicata dalle premesse giuridiche adottate; e dare conto, passaggio per passaggio, del percorso seguito, così da renderlo controllabile in sede di impugnazione. Manca, a quanto consta, nella dottrina italiana una riflessione dedicata alla stima equitativa del danno antitrust dopo *Tráficos Manuel Ferrer* ¹²⁸; ed è in questa zona inesplorata, che lega la consulenza al giudizio, che il *private enforcement* decide le sue cause.

7. – L'art. 8 d.lgs. 3/2017 fissa in cinque anni il termine di prescrizione e ne subordina la decorrenza a una duplice condizione, la cessazione della violazione

¹²⁶ BGH 9-7-2024, KZR 98/20, *LKW-Kartell IV*, Rn. 6, ove si riferisce la motivazione del giudice d'appello. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12-6-2023, n. 923/2023, FD 6°, § 24: finché non si provi che il danno sia stato superiore, «el demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje», mentre ciò «no impide tampoco que el demandado pueda acreditar que el daño fue inferior a ese porcentaje mínimo»; la stessa pronuncia, al § 17, richiama *Tráficos Manuel Ferrer*, punto 53, quale limite all'esercizio del potere di stima.

¹²⁷ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 12.3, che riferisce l'osservazione del consulente d'ufficio per cui gli studi sui dati aggregati, a prescindere dalla loro accuratezza, «confermano l'ovvio, e cioè che obiettivo dei cartelli è "superare" le dinamiche concorrenziali fissando prezzi in qualche misura superiori al livello di concorrenza».

¹²⁸ Sulla quantificazione in generale, E. Camilleri, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, Nuove leggi civ. comm., 2018, 143 s.; E. Al Mureden - M. de Pamphilis, sub art. 14, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza* cit., 126 s.; R. Pardolesi, *La quantificazione del danno antitrust, Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, a cura di G.A. Benacchio - M. Carpanano (Trento 2007), 101 s.

e la conoscenza, effettiva o ragionevolmente presumibile, della condotta e della sua illiceità, del danno e dell'identità dell'autore. La prescrizione resta sospesa dall'avvio dell'istruttoria dell'Autorità fino a un anno dal momento in cui la decisione è divenuta definitiva ¹²⁹. Prima del decreto valeva l'art. 2947 c.c., con un *dies a quo* che la giurisprudenza di legittimità aveva già spostato dal momento in cui il fatto si verifica a quello in cui esso si manifesta all'esterno nei suoi connotati di illiceità e di dannosità ¹³⁰. La regola nuova è sostanziale, e *Volvo e DAF Trucks* ne ha delimitato l'ambito temporale: si applica alle pretese il cui termine, secondo il regime previgente, non era ancora maturato alla scadenza del termine di recepimento della direttiva ¹³¹. Per i cartelli di lunga durata accertati dopo il 2017 è l'ipotesi più frequente, sicché l'eccezione di prescrizione si presenta di regola in forma condizionata: se il decreto non si applica, il diritto si prescrive secondo il regime comune; se si applica, la sospensione dell'art. 8 rende la prescrizione, nei giudizi *follow-on*, un'ipotesi quasi teorica. Contestare l'applicabilità dell'art. 8 serve, in realtà, a riaprire la questione della decorrenza.

Nei cartelli accertati in sede nazionale convivono, infatti, tre possibili decorrenze: l'avvio del procedimento, la pubblicazione del provvedimento finale, la sua definitività. La prima trova appoggio nell'orientamento di legittimità che, almeno per gli operatori professionali del settore, ha individuato nell'avvio dell'istruttoria, reso pubblico nel Bollettino dell'Autorità, il momen-

¹²⁹ Art. 8, co. 2, d.lgs. 3/2017: «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 legislatore italiano ha correttamente inteso l'art. 10, par. 4, dir., la cui versione italiana («La sospensione non può protrarsi oltre un anno [...]») esprime un senso opposto a quello fatto proprio dalla Corte, per la quale la sospensione deve cessare «non prima di un anno dopo la data in cui la decisione che constata la violazione è divenuta definitiva»: Corte giust. *Heureka Group* cit., punto 91.

¹³⁰ Cass. ord. 19-10-2022, n. 30783, § 1: il termine «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», e cioè dal momento in cui il titolare sia stato «adeguatamente informato o si possa pretendere ragionevolmente [...] che lo sia stato, non solo dell'altrui violazione ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto».

¹³¹ Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., dispositivo, punto 1: l'art. 10 della direttiva «costituisce una disposizione sostanziale» e rientra nel suo ambito di applicazione un ricorso che, pur vertendo su una violazione cessata prima dell'entrata in vigore della direttiva, sia stato proposto dopo l'entrata in vigore delle norme di recepimento, «sempreché il termine di prescrizione applicabile a tale ricorso, in virtù delle norme previgenti, non sia scaduto prima della data di scadenza del termine di recepimento della medesima direttiva».

to in cui l'illecito diviene conoscibile¹³², e si tende a estenderla alle imprese acquirenti di grandi dimensioni, spesso associate alle organizzazioni di categoria. Vi si contrappone l'indirizzo che esige la ragionevole percezione del danno e non la sola conoscibilità dell'illecito¹³³. La Corte di giustizia ha spostato la decorrenza verso la conclusione del procedimento. Per le decisioni della Commissione la conoscenza degli elementi indispensabili si presume, di regola, dalla pubblicazione della sintesi nella Gazzetta ufficiale, e non dal comunicato stampa, anche se la decisione non è ancora definitiva; per le decisioni delle autorità nazionali la decorrenza non può precedere la definitività¹³⁴. Il passo di *Volvo e DAF Trucks* sulla conoscibilità, spesso richiamato a sostegno della decorrenza anticipata, va dunque letto per intero: vi si ancora la conoscibilità alla pubblicazione della decisione finale, non all'avvio dell'indagine. Nello stesso senso, il giudice milanese ha di recente negato che i comunicati e le notizie di stampa sull'avvio dell'indagine, privi di ogni ricostruzione delle condotte, della durata e dei prodotti interessati, consentissero all'acquirente di cogliere la dimensione dell'illecito e il nesso con il proprio danno¹³⁵.

¹³² Cass. 27-2-2020, n. 5381, § 3.4, che ha ritenuto compatibile con il principio di effettività, rispetto a un'impresa concorrente, un termine quinquennale «che cominci a decorrere dal momento in cui sia stato dato, con pubblicità legale, avvio al procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante»; Cass. n. 30783/2022 cit., per la quale, per le imprese concorrenti, «il dies a quo della prescrizione può essere anticipato [...] alla data di avvio dell'istruttoria dinanzi all'AGCM».

¹³³ Cass. 28-1-2025, n. 1923 cit.

¹³⁴ Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., punto 61, sulla duplice condizione della cessazione e della conoscenza, e punti 67-71, sul diverso valore del comunicato stampa e della sintesi pubblicata nella Gazzetta ufficiale; *Heureka Group* cit., punto 59, sulla cessazione come condizione necessaria per consentire al danneggiato di identificare e provare la violazione, e punto 78: a partire dalla pubblicazione della sintesi e purché la violazione sia cessata, «indipendentemente dal fatto che la decisione della Commissione di cui trattasi sia divenuta definitiva o meno», si può ragionevolmente presumere che il danneggiato disponga delle informazioni necessarie; punto 71, sull'onere del convenuto di provare una conoscenza anteriore; Corte giust. *Nissan Iberia* cit., dispositivo: il diritto dell'Unione osta a una normativa secondo la quale, per le azioni conseguenti a una decisione dell'autorità nazionale, «si può ritenere che la persona che si reputa lesa abbia preso conoscenza delle informazioni indispensabili per proporre la sua azione per il risarcimento del danno prima che tale decisione sia divenuta definitiva». Per una lettura critica, che vi scorge un'incisione profonda sull'autonomia processuale degli Stati membri, L. Comito, *L'autonomia processuale degli Stati membri alla prova del diritto della concorrenza: il caso Heureka Group (Compareurs de prix en ligne)*, BlogDUE, 18 luglio 2024, 7: la soluzione della Corte «finisce per incidere pesantemente sull'autonomia processuale degli Stati membri e, per certi versi, mette a dura prova il principio della certezza del diritto».

¹³⁵ Trib. Milano n. 6381/2026 cit., §§ 5.11-5.13: le notizie, pur indicando a grandi linee

Gli argomenti volti ad anticipare la decorrenza non si arrestano all'avvio dell'istruttoria. Si sostiene, anzitutto, che la giurisprudenza europea non sarebbe trasferibile al regime previgente, maturata com'è su ordinamenti dotati di termini brevi e privi di ipotesi generali di sospensione, mentre l'art. 2947 c.c. sarebbe di per sé conforme ai principi di effettività ed equivalenza. L'argomento coglie un dato vero, perché la durata del termine concorre al giudizio di effettività, ma confonde la durata con la decorrenza: un termine più lungo non compensa una decorrenza che preceda la conoscibilità degli elementi indispensabili, e già prima della direttiva la Corte di giustizia aveva censurato, in nome dell'effettività, regimi che non sospendevano il termine durante il procedimento dinanzi all'autorità nazionale¹³⁶. Si tenta poi di anticipare la decorrenza alla segnalazione che ha dato impulso all'istruttoria, o alle voci che circolavano nel settore; ma una denuncia non è un accertamento, e se non basta il comunicato stampa della Commissione non può bastare l'eco informale di un esposto. Il canone dell'ordinaria diligenza è, inoltre, relazionale: ciò che può esigersi dall'impresa concorrente che opera nel medesimo mercato non può esigersi

l'ambito dell'intesa e le imprese coinvolte, non contenevano «alcuna ricostruzione delle condotte materiali, né informazioni sulla durata dell'infrazione e sulla tipologia di veicoli oggetto dell'intesa», e l'onere di provare un *dies a quo* anteriore grava su chi eccepisce la prescrizione. Il Tribunale ha fatto decorrere il termine dal 19 luglio 2016, data della decisione della Commissione, e non dalla successiva pubblicazione della sintesi nella Gazzetta ufficiale, alla quale *Volvo e DAF Trucks* cit., punti 67-71, ancora la conoscenza presunta: una scelta più favorevole ai convenuti, priva di conseguenze sull'esito perché il termine non era comunque maturato alla scadenza del termine di recepimento. Per l'applicazione dello stesso criterio intertemporale la decisione richiama Cass. n. 5232/2024. Nel senso che il termine decorra dalla pubblicazione della decisione della Commissione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione, e che a farlo decorrere non bastino le informazioni generiche desumibili dai bilanci delle imprese, Trib. Milano n. 3914/2023 cit., secondo la massima redazionale.

¹³⁶ Corte giust. 28-3-2019, C-637/17, *Cogeco Communications*, dispositivo, punto 2, sull'incompatibilità con l'art. 102 TFUE e con il principio di effettività di una normativa che fissi in tre anni il termine di prescrizione, facendolo decorrere dalla conoscenza del diritto al risarcimento anche se l'autore della violazione non è noto, senza alcuna possibilità di sospensione o interruzione durante il procedimento dinanzi all'autorità nazionale; Corte giust. *Nissan Iberia* cit. La condizione posta da Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., dispositivo, punto 1 («sempreché il termine di prescrizione applicabile a tale ricorso, in virtù delle norme previgenti, non sia scaduto prima della data di scadenza del termine di recepimento»), è generale e non riservata ai termini inferiori al quinquennio. Per l'affermazione che il termine non può decorrere prima che la violazione sia cessata e che il danneggiato ne abbia, o si possa ragionevolmente presumere che ne abbia, conoscenza, insieme al danno e all'identità dell'autore, Trib. Milano n. 212/2026 cit., 42 s., richiama Cass. n. 5232/2024, accanto a Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit.

dall'acquirente utilizzatore, che si procura il bene come input di un'attività diversa. Si sostiene, infine, che resterebbero prescritti i danni sugli acquisti anteriori al quinquennio precedente gli atti interruttivi: la tesi presuppone che il termine decorra da ciascun acquisto, contraddice così quella che lo ancora alla conoscibilità dell'illecito, e urta contro la segretezza dell'intesa, che rende ogni acquisto inconoscibile come dannoso fino alla sua esteriorizzazione¹³⁷.

Se l'ancoraggio alla definitività guadagna terreno, ne discende una conseguenza poco esplorata. Poiché la definitività si consegue in tempi diversi per ciascun destinatario (§ 4), la decorrenza si frammenta impresa per impresa: il termine può decorrere in momenti diversi per lo stesso attore nei confronti di convenuti diversi, mentre la solidarietà li tiene insieme nel medesimo processo. Non è privo di ironia che la Corte di giustizia, per altro verso, abbia censurato i regimi che frazionano la prescrizione in più *dies a quo* successivi¹³⁸.

Assume così un peso inatteso il contenzioso sugli atti interruttivi: nell'incertezza sulla decorrenza i danneggiati hanno spesso inviato diffide cautelative, la cui idoneità è contestata sotto più profili: quanto alla forma, per le diffide inviate a nome di più imprese senza sottoscrizione dei legali rappresentanti né di un difensore munito di procura, e per la pretesa di sanarle con mandati prodotti in seguito, privi di data certa; quanto al contenuto, per le lettere che subordinano la pretesa alla futura definitività dell'accertamento, e che esprimono più una riserva che un'intimazione.

Rilevante è, infine, l'estensione soggettiva: l'interruzione nei confronti di un coobbligato in solido ha effetto verso gli altri, e la diffida a un solo partecipante può proteggere la pretesa verso tutti¹³⁹. La regola, pensata per la soli-

¹³⁷ Corte giust. *Volvo e DAF Trucks* cit., punti 67-71; *Heureka Group* cit., punti 59 e 63, contro il frazionamento della prescrizione in più *dies a quo*. Sulla necessità di un accertamento in concreto della conoscibilità, che tenga conto della posizione del danneggiato, Cass. 3-4-2020, n. 7677, per la quale il termine decorre dal momento in cui il titolare sia stato adeguatamente informato, o si possa pretendere ragionevolmente e secondo l'ordinaria diligenza che lo sia stato, non solo dell'altrui violazione, ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto; Cass. ord. 19-10-2022, n. 30783 cit.

¹³⁸ Corte giust. *Heureka Group* cit., punto 63, ove si osserva che la cessazione della violazione come condizione di decorrenza può avere un effetto dissuasivo, effetto che mancherebbe in un regime che consentisse «di frazionare la prescrizione in più *dies a quo* successivi».

¹³⁹ Art. 1310, co. 1, c.c. Per il beneficiario dell'immunità e per la PMI chiamati a rispondere verso danneggiati diversi dai propri acquirenti o fornitori, l'art. 9, co. 4, d.lgs. 3/2017 fa decorrere il termine «da quando risulta accertato che gli stessi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza».

darietà ordinaria, acquista nei cartelli un peso particolare, perché i coautori sono decine e i rapporti di fornitura diretta riguardano spesso pochi di essi. La disciplina europea vuole che la prescrizione non decorra prima che la vittima possa ragionevolmente agire, e nei cartelli accertati in sede nazionale l'obiettivo si realizza pienamente solo legando la decorrenza alla definitività della decisione, o almeno alla sua pubblicazione: legarla all'avvio dell'istruttoria significa chiedere alle vittime di agire mentre l'illecito è ancora in corso di accertamento. Il prezzo è la frammentazione della decorrenza tra i coautori, che il giudice deve governare con l'art. 1310 c.c. e con una lettura non formalistica degli atti interruttivi ¹⁴⁰.

8. – La solidarietà tra i coautori, che consente all'attore di scegliere i convenuti più solvibili e di lasciare agli altri il problema del riparto, è per questo il terreno sul quale più naturalmente si colloca la reazione del partecipante che si percepisce marginale, dal fornitore occasionale a quello chiamato a rispondere del solo effetto ombrello. L'argomento per cui il singolo partecipante non avrebbe dato alcun contributo causale ai prezzi negoziati da altri fornitori con clienti non suoi confonde il rapporto di fornitura con la fattispecie dell'illecito. Il cartello è un'infrazione unica, ciascun partecipante ha concorso a produrne gli effetti sul mercato, e l'art. 2055 c.c. è norma sulla causalità materiale che non esige l'identità delle condotte ¹⁴¹; *Kone*, del resto, ha sganciato la responsabilità dal rapporto contrattuale con il danneggiato.

La solidarietà ha però confini precisi, che coincidono con quelli della partecipazione all'illecito: copre il danno prodotto dall'intesa cui il convenuto ha partecipato, nei periodi della sua partecipazione, e non gli effetti di intese distinte (§ 4), salvo che l'attore provi in via autonoma un concorso causale tra le due.

¹⁴⁰ In dottrina, R. Bonatti, sub art. 8, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza* cit., 80 s.; G. Afferni, *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, Nuove leggi civ. comm., 2018, 171 s.

¹⁴¹ F. Mollo, *Private enforcement nel settore antitrust. Riflessioni a margine di un recente provvedimento in tema di danno da cartello nel mercato europeo dell'acciaio*, Contr. impr. Eur., 2023, 497, che riferisce la regola per cui, «[n]el caso di violazione unica e complessa, l'impresa convenuta non può eccepire la propria partecipazione solo ad alcune parti della violazione, al fine di ridurre o escludere la propria responsabilità solidale per tutto il danno causato dalla violazione», e ricorda, con Cass. s.u. 27-4-2022, n. 13143, che, ai fini dell'art. 2055, co. 1, c.c., «che è norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 c.p., è richiesto solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità».

La versione più avvertita dell'eccezione di estraneità commerciale non nega la solidarietà, ma pretende di ricondurla per intero al diritto comune. L'art. 9 del decreto, che deroga alle «ordinarie regole in materia di responsabilità solidale» soltanto in senso riduttivo, dimostrerebbe che la corresponsabilità presuppone l'accertamento del nesso tra la condotta di ciascun partecipante e il danno del singolo attore; e, quando i due non abbiano mai scambiato merce, le vendite di altri fornitori si inserirebbero nella serie causale come causa sopravvenuta, da sola sufficiente. L'argomento non regge su alcuno dei due versanti. La direttiva impone la solidarietà per il danno causato dalla violazione, e l'art. 2055 c.c. va interpretato in conformità: il fatto dannoso imputabile a più persone è l'intesa nella sua unità, non il singolo rapporto di fornitura. E la causa sopravvenuta interrompe il nesso solo se eccezionale e atipica, mentre la vendita a prezzo concertato da parte di un altro partecipante è l'attuazione normale, anzi programmata, del disegno comune. Né persuade la variante che riqualifica il sovrapprezzo come pagamento in parte indebito, da ripetere nel solo rapporto bilaterale con il fornitore. Essa ha il merito di mettere a nudo il concorso tra rimedi restitutori e aquiliani, ma il concorso di azioni non elide la responsabilità extracontrattuale dei coautori: l'eventuale credito restitutorio si aggiunge come titolo verso il fornitore diretto e può pesare nel riparto interno, mentre il divieto di sovracompensazione impedisce soltanto che lo stesso pregiudizio sia ristorato due volte ¹⁴².

Le intese distinte accertate da un medesimo provvedimento generano una figura singolare: il partecipante all'intesa a valle che, convenuto dall'acquirente, si afferma a sua volta danneggiato dall'intesa a monte e chiede ai partecipanti a quest'ultima di essere manlevato, sostenendo che il cartello a valle si sarebbe limitato a trasferire, in tutto o in parte, il rincaro del prodotto intermedio. La qualificazione è impropria: tra partecipanti a intese diverse non vi è solidarietà né regresso, perché manca un medesimo fatto dannoso, e la domanda è un'autonoma azione risarcitoria dell'acquirente diretto del prodotto interme-

¹⁴² Art. 11, par. 1, dir. 2014/104/UE; art. 2055, co. 1, c.c., che il d.lgs. 3/2017 presuppone e al quale l'art. 9, co. 1 e 3, deroga soltanto a favore delle piccole e medie imprese e del beneficiario dell'immunità; art. 41, co. 2, c.p. Nella prassi la tesi si appoggia sull'esclusione del danno *in re ipsa* (Cass. s.u. n. 33645/2022 cit.) per esigere un contatto significativo tra la condotta del singolo convenuto e la sfera del danneggiato; nella variante restitutoria, il differenziale configurerebbe un credito restitutorio individuale verso il solo fornitore che abbia ricevuto il pagamento eccedente. Sulla nullità parziale dei contratti a valle riproduttivi di un'intesa, Cass. s.u. 30-12-2021, n. 41994.

dio, con tutti gli oneri di quella posizione. Essa espone, inoltre, chi la propone a un'alternativa senza uscita. Se il rincaro a monte è stato trasferito per intero, il convenuto non ha subito danno, e quello trasferito è un danno dell'attore, quale acquirente indiretto, verso i partecipanti all'intesa a monte; se non lo è stato, il convenuto ha una pretesa propria, ma non può opporla all'attore come causa esclusiva del sovrapprezzo che questi ha pagato ¹⁴³.

La vera posta tra i coautori è il criterio di riparto interno, oggetto di domande trasversali di accertamento delle quote, di manleva e di regresso, proposte anche prima del pagamento secondo l'orientamento che ammette la precostituzione del titolo ¹⁴⁴. La direttiva indica un criterio di principio, la responsabilità relativa di ciascun coautore per il danno causato, senza definirne il contenuto; il decreto rinvia, quanto al regresso, all'art. 2055, co. 2, c.c., e dunque alla gravità della colpa e all'entità delle conseguenze ¹⁴⁵. Nella prassi si confrontano almeno quattro criteri: il valore degli acquisti dell'attore presso ciascun convenuto; la durata della partecipazione, eventualmente corretta per i regimi speciali dell'art. 9; il grado di coinvolgimento accertato dall'Autorità o dal giudice amministrativo, comprese le attenuazioni riconosciute in sede di rideterminazione delle sanzioni ¹⁴⁶; le quote di mercato, che però il provvedimento indica di regola soltanto per intervalli e per singoli anni.

Le consulenze d'ufficio hanno proposto anche criteri compositi, che pesano acquisti, sovrapprezzo e durata, presentandoli però come mera proposta, perché la questione è, all'evidenza, giuridica.

Il criterio dovrebbe seguire il meccanismo causale del danno. Per il sovrapprezzo diretto il parametro più coerente è il valore delle forniture all'attore, corret-

¹⁴³ Art. 12, co. 2, e art. 13 d.lgs. 3/2017; art. 15 dir. 2014/104/UE, sul coordinamento tra azioni promosse a livelli diversi della catena di approvvigionamento. Nella prassi si è sostenuto che l'intesa a valle si sarebbe limitata a trasferire, e solo in parte, l'aumento del prezzo del prodotto intermedio.

¹⁴⁴ Cass. 19-5-2008, n. 12691; 13-11-2002, n. 15930.

¹⁴⁵ Art. 11, par. 5, dir. 2014/104/UE: l'autore di una violazione può recuperare da ogni altro autore della violazione «un contributo il cui importo è determinato alla luce delle loro responsabilità relative per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza». Osserva Mollo, *Private enforcement nel settore antitrust* cit., 497, che l'art. 9 del decreto «non detta specifiche disposizioni in tema, limitandosi a rinviare alla disciplina comune in materia di azione di regresso di cui all'articolo 2055 c.c.». Sulla conformità dell'art. 2055 c.c. al modello della direttiva, C. Schepisi, sub art. 9, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza* cit., 94 s.

¹⁴⁶ Sul «sistema delle griglie relative al livello di coinvolgimento nell'intesa», Cons. Stato sez. VI n. 3792/2026 cit.

to per durata e grado di coinvolgimento; per l'effetto ombrello, che dipende dall'influenza del cartello sul livello generale dei prezzi, conta invece il peso di ciascun partecipante sul mercato, e applicarvi il criterio delle forniture porterebbe all'esito paradossale di esonerare dal regresso proprio chi non ha mai rifornito l'attore, cioè il convenuto per il quale l'ombrello è l'unico titolo di responsabilità.

Resta aperto il problema delle quote dei partecipanti non convenuti, che nel giudizio di regresso tra le sole parti finiscono per gravare su chi è stato chiamato in causa. In ogni caso il giudice deve esplicitare il criterio prescelto: la condanna solidale con regresso pro quota, senza indicazione delle quote, sposta il conflitto in un secondo giudizio ¹⁴⁷. Il regresso ha una struttura che le domande trasversali tendono a trascurare: è divisibile, sicché il coautore che paga oltre la propria quota può ripetere da ciascuno degli altri soltanto la parte di questi, ed è ammesso anche quando il pagamento non abbia estinto l'intero debito, purché ecceda la quota del solvens; la condanna può essere pronunciata prima del pagamento, condizionatamente ad esso, quando il credito principale sia accertato nel medesimo processo. Nel cartello con decine di partecipanti pesano poi due regole residuali del codice: la presunzione di eguaglianza delle colpe nel dubbio, che, applicata per capi, produrrebbe esiti sganciati dal contributo causale, e che impone perciò al giudice di accertare anzitutto l'entità delle conseguenze imputabili a ciascuno; e la ripartizione della quota del co-obbligato insolvente, problema concreto nei cartelli di lunga durata, i cui partecipanti escono talora dal mercato ¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Indica invece il criterio Trib. Milano n. 212/2026 cit., 92 s.: affermata la «pari responsabilità» dei partecipanti in forza della presunzione dell'art. 2055, co. 3, c.c., in mancanza di elementi per una diversa valutazione delle condotte, il Tribunale ha stabilito che, nei regressi incrociati, «ciascuna casa produttrice partecipe del cartello dovrà tenere a proprio carico gli importi risarcitori dovuti per i camion rispettivamente prodotti e commercializzati», sicché il convenuto condannato ha regresso verso gli altri partecipanti per gli importi relativi ai veicoli da ciascuno prodotti. È, in concreto, il criterio delle forniture proposto nel testo per il sovrapprezzo diretto, adottato accanto all'enunciazione della presunzione di eguaglianza. Lo stesso criterio ha adottato Trib. Milano n. 6381/2026 cit., § 14, che, non ravvisando elementi per superare la presunzione dell'art. 2055 c.c., ha posto a carico di ciascun produttore gli importi riferibili ai veicoli da esso prodotti; applicato anche al beneficiario dell'immunità, il criterio conduce in concreto al limite del regresso previsto dall'art. 9, co. 5, d.lgs. 3/2017, che la decisione non richiama.

¹⁴⁸ Artt. 1299, co. 1 e 2, e 2055, co. 2 e 3, c.c. Sul pagamento parziale eccedente la quota, Cass. sez. II 27-8-2018, n. 21197; sul limite della quota del convenuto in regresso, Cass. sez. III 19-8-2009, n. 18406.

Due regimi speciali complicano il quadro. L'art. 9, co. 1, limita la responsabilità solidale della PMI ai propri acquirenti diretti e indiretti, se la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per tutta la durata della violazione e se l'applicazione delle regole ordinarie determinerebbe «un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività», salvo che l'impresa abbia avuto un ruolo di guida, abbia costretto altri a partecipare o sia recidiva. La qualità di PMI va accertata secondo la raccomandazione 2003/361/CE, tenendo conto delle imprese associate e collegate, e la prassi peritale la riconosce solo ad alcuni partecipanti e per periodi limitati; il pregiudizio irreparabile sfugge per definizione alla verifica tecnica; e, trattandosi di regola sostanziale, ne è contestata l'applicazione ai cartelli anteriori al decreto.

Resta incerto, inoltre, il momento cui riferire la qualità di PMI. Una tesi guarda al momento in cui la deroga è invocata, valorizzando il riferimento della raccomandazione ai dati dell'ultimo esercizio contabile chiuso e l'attualità del pregiudizio irreparabile, e osserva che l'impresa può essere cresciuta proprio grazie ai profitti dell'intesa; l'altra guarda al periodo della violazione, in coerenza con il requisito della quota, misurato sull'intera sua durata, e con la funzione di una regola che gradua la responsabilità sulla posizione dell'impresa nel mercato dell'illecito ¹⁴⁹. Si discute, infine, se il pregiudizio irreparabile debba misurarsi tenendo conto dell'effettiva possibilità di regresso, quando tutti i coautori sono convenuti e il riparto interno è deciso nel medesimo giudizio.

Vi è poi un problema sistematico: la PMI resta solidalmente responsabile verso i propri acquirenti indiretti, sicché il partecipante all'intesa a monte può rispondere verso chi ha acquistato imballaggi realizzati con i fogli da esso prodotti, e la nozione di acquirente indiretto riavvicina così le intese che il vincolo tiene distinte.

L'art. 9, co. 3, limita a sua volta la responsabilità del beneficiario dell'immunità ai propri acquirenti e fornitori diretti e indiretti, mentre verso gli altri danneggiati egli risponde solo se questi non possano ottenere l'integrale risarcimento dalle altre imprese coinvolte ¹⁵⁰. Il limite, spesso eccepito come

¹⁴⁹ Raccomandazione 2003/361/CE, allegato, art. 4, par. 1: i dati impiegati per calcolare gli effettivi e gli importi finanziari «sono quelli riguardanti l'ultimo esercizio contabile chiuso e vengono calcolati su base annua»; per il par. 2, la qualifica si perde o si acquista solo se il superamento delle soglie si ripete per due esercizi consecutivi.

¹⁵⁰ L'art. 9, co. 5, d.lgs. 3/2017 limita il regresso nei suoi confronti alla «misura del danno che lo stesso beneficiario dell'immunità ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti».

difetto di legittimazione passiva, attiene al merito della responsabilità (§ 3); e l'onere di provare l'impossibilità di ottenere il pieno risarcimento dagli altri coautori, che la norma configura come eccezione alla regola della responsabilità limitata, grava sull'attore, senza che la vicinanza della prova lo smentisca, perché la solvibilità dei coautori è accertabile da chiunque. Quando questi sono imprese solide, la condizione è difficilmente realizzabile, e la domanda verso l'immune per acquisti presso terzi può essere proposta, al più, in via subordinata.

Sullo sfondo stanno le soluzioni consensuali degli artt. 15 e 16 del decreto, con la riduzione della pretesa del danneggiato della quota del coautore che transige e l'esclusione del regresso degli altri nei suoi confronti. Nel contenzioso seriale circolano proposte di transazione individuale per quota, ma il meccanismo presuppone ciò che manca, un criterio di riparto prevedibile: finché le quote restano incerte, il convenuto non sa quanto vale la propria posizione e l'attore non sa di quanto si riduca la pretesa residua verso gli altri. L'incertezza sul riparto è dunque anche la prima causa della scarsa diffusione delle transazioni, e un criterio esplicito, fissato presto dalla giurisprudenza, avrebbe un effetto deflattivo superiore a qualsiasi incentivo procedurale ¹⁵¹.

La posizione del *leniency applicant* condensa tutte queste tensioni. Il programma di clemenza è il principale strumento di disvelamento dei cartelli, e il *private enforcement* ne è al tempo stesso beneficiario e minaccia: beneficiario, perché senza clemenza molte intese non sarebbero accertate; minaccia, perché l'esposizione alle azioni di danno può scoraggiare la cooperazione.

La Corte di giustizia aveva affidato il bilanciamento a una valutazione caso per caso dell'accesso ai documenti di clemenza, escludendo che il diritto nazionale potesse precluderlo in modo assoluto, e aveva chiarito che il programma, privo di forza legislativa, non può privare i singoli del diritto al risarcimento ¹⁵². La direttiva ha scelto diversamente: le dichiarazioni legate a un program-

Sulla posizione dell'immune, M. D'Ostuni - M. Beretta, *Il diritto della concorrenza in Italia* (Torino 2021), 1371 s.

¹⁵¹ In dottrina, Schepisi, sub art. 9 cit., 90 s.; G. Presti, *Spunti generali dal microsistema della solidarietà nella disciplina del danno da concorrenza*, An. giur. econ., 2017, 437 s.; M.F. Campagna, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, ivi, 451 s.

¹⁵² Corte giust. 14-6-2011, C-360/09, *Pfleiderer*; 6-6-2013, C-536/11, *Donau Chemie*; Corte giust. *Kone* cit., punto 36: il programma di clemenza «è sprovvisto di forza legislativa e non è vincolante nei confronti degli Stati membri», sicché esso «non può privare i singoli del diritto di ottenere, dinanzi ai giudici nazionali, il risarcimento del danno subito a seguito di una violazione dell'articolo 101 TFUE».

ma di clemenza e le proposte di transazione non possono essere oggetto di esibizione (art. 4 d.lgs. 3/2017), e le prove ottenute soltanto attraverso l'accesso al fascicolo dell'autorità soggiacciono a limiti d'uso (art. 5); sul piano del procedimento amministrativo, la disciplina è completata dall'art. 31-ter l. 287/1990¹⁵³.

Nel processo civile la protezione è invocata di continuo contro le istanze di esibizione del fascicolo dell'Autorità; ma copre le dichiarazioni, non le informazioni preesistenti allegate dal dichiarante né gli altri documenti del fascicolo, soggetti ai criteri ordinari di necessità e proporzionalità, e distinguerli è compito del giudice, che non può risolversi in un diniego generalizzato. Le dichiarazioni di clemenza sono, inoltre, prove peculiari: provengono da un coautore, sono rese in cambio di un beneficio e, per i dichiaranti successivi al primo, sono premiate in proporzione al valore aggiunto che apportano all'accertamento, con un incentivo strutturale a estendere il racconto ai concorrenti. Di qui l'esigenza di riscontri esterni, che la giurisprudenza maneggia con incertezza, talora con scelte di politica del diritto distanti dagli indirizzi della Corte di giustizia: non è isolato il caso di un annullamento pronunciato in primo grado per difetto di riscontri alla sola dichiarazione del *leniency applicant* e riformato in appello.

Nel giudizio civile il problema si ripresenta quando la partecipazione di un'impresa per un certo periodo poggia soltanto su dichiarazioni di concorrenti. Se il vincolo dell'art. 7 opera, la portata temporale della partecipazione non è più contestabile; se non opera, il provvedimento vale come prova privilegiata e il convenuto può contestarne i fatti specifici, ma non può accedere alle dichiarazioni su cui quei fatti si fondano. La prova contraria, ammessa in astratto, è resa assai difficile in concreto, e il giudice può attenuare l'asimmetria valorizzando i riscontri esterni indicati nel provvedimento e, all'inverso, la loro assenza.

¹⁵³ Art. 31-ter, co. 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287, inserito dall'art. 1, co. 10, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185: «L'accesso a dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole di cui all'articolo 15-bis o alle proposte di transazione, ove previste, è concesso solo alle parti oggetto del pertinente procedimento e unicamente ai fini dell'esercizio dei loro diritti di difesa»; il co. 2 consente alla parte che ha ottenuto l'accesso di utilizzare le informazioni desunte da tali dichiarazioni o proposte solo in quanto necessario per l'esercizio dei diritti di difesa, in giudizi direttamente collegati al caso per il quale l'accesso è stato concesso e relativi alla ripartizione della sanzione irrogata in solido o al riesame della decisione. La norma riguarda l'accesso al fascicolo del procedimento amministrativo e non sostituisce gli artt. 4 e 5 d.lgs. 3/2017.

Resta poco esplorata la responsabilità civile del dichiarante per dichiarazioni non veritiere. L'azione dell'impresa sanzionata contro il concorrente le cui dichiarazioni ne abbiano fondato la condanna incontra difficoltà molteplici: il giudicato amministrativo, che preclude di rimettere in discussione i fatti essenziali, lasciando spazio soltanto ai fatti non essenziali e alla distinzione tra la verosimiglianza sufficiente all'accertamento amministrativo e la veridicità che fonda l'illecito civile; l'uso processuale delle dichiarazioni, protette dal divieto di esibizione e dall'art. 31-ter anche, si discute, quando rese prima della loro entrata in vigore. Infine nesso e danno: la sanzione è conseguenza dell'infrazione e non della dichiarazione, e chi ha commesso l'illecito non può traslarla su altri; ma la dichiarazione falsa può aver esteso la durata o l'ambito della partecipazione accertata, e con essi l'entità della sanzione e l'esposizione nelle azioni *follow-on*, cui si aggiunge il danno reputazionale dell'impresa e dei suoi esponenti.

In senso inverso, il regime di favore dell'art. 9, co. 3, contropartita civilistica della cooperazione, assume nel contenzioso seriale un rilievo particolare. Il beneficiario dell'immunità di regola non impugna il provvedimento, che diviene definitivo nei suoi confronti per primo: il vincolo dell'art. 7 opera prima verso di lui che verso gli altri, e se la prescrizione decorre dalla definitività anche la decorrenza lo riguarda per primo. L'immune, strumentale alla scoperta degli illeciti, rischia così di divenire il bersaglio preferenziale delle azioni civili; la limitazione della sua responsabilità serve a evitarlo, e la sua applicazione rigorosa, compresa la corretta ripartizione dell'onere sulla condizione di sussidiarietà, è condizione di credibilità del sistema.

9. – Il *private enforcement* antitrust italiano non è più un'ipotesi: funziona come un insieme di processi individuali aggregati, lunghi per la complessità delle istruttorie economiche e privi del sostegno di strumenti collettivi. Lo attraversano quattro tensioni. La prima oppone deterrenza e compensazione: la sanzione presume la gravità del cartello e la misura con coefficienti costruiti sul sovrapprezzo medio, mentre il risarcimento richiede la prova del danno del singolo acquirente, e le stime peritali restano spesso ben al di sotto di quei coefficienti. La seconda è la dialettica tra effettività della tutela e diritto di difesa, perché l'esibizione che riequilibra l'asimmetria informativa minaccia, con la sua ampiezza, la riservatezza di imprese concorrenti. La terza separa il contenzioso di massa dal giudizio individuale: azioni aggregate e convenuti numerosi

chiedono regole uniformi, mentre il danno resta, per definizione, individuale. La quarta oppone effettività e certezza: ancorare il *dies a quo* della prescrizione alla definitività, come l'effettività richiede, lo fa scivolare in avanti e lo frammenta impresa per impresa, risultandone un quadro a geometria variabile a detrimento della certezza dei rapporti.

Gran parte di queste tensioni trova risposta a diritto vigente. Le sezioni specializzate potrebbero dotarsi di protocolli per il quesito e per la conduzione della consulenza, che impongano al giudice di sciogliere *in limine* le premesse giuridiche, come l'applicabilità del decreto, il perimetro del vincolo e il regime della presunzione, o di formularle come ipotesi alternative, chiedendo al consulente una matrice di risultati sotto premesse diverse. Alla consulenza economica andrebbero chiesti alcuni standard minimi: il calcolo in versione simmetrica e asimmetrica con i relativi intervalli di confidenza, la correzione esplicita per i costi, la condivisione dei fogli di calcolo e la verificabilità dei dati ¹⁵⁴. L'assistenza dell'Autorità prevista dall'art. 14, co. 3, meriterebbe un uso effettivo, almeno sulle questioni di metodo e sul perimetro dei prodotti, che l'Autorità conosce meglio di chiunque altro; e le cerchie di riservatezza dovrebbero divenire la regola per i dati delle imprese concorrenti, con la circolazione dei soli risultati aggregati.

Sul piano del giudizio, la stima equitativa dovrebbe essere strutturata secondo la lettura di *Tráficos Manuel Ferrer*, verificandone i presupposti, ancorandola alle stime del caso concreto, correggendo in modo esplicito le distorsioni note e motivandone ogni passaggio; la traslazione dovrebbe essere decisa secondo il riparto legale dell'onere e non con sconti forfettari, ricorrendo agli argomenti di prova e, ove applicabili, alle sanzioni contro la parte che non ottempera senza giustificato motivo all'esibizione e, quando ne ricorrano i presupposti, a una stima giudiziale motivata della quota traslata; il riparto interno dovrebbe seguire

¹⁵⁴ Sono, nella sostanza, le indicazioni dello studio sul *passing-on*: la scelta del modello e delle assunzioni va motivata e ancorata ai fatti del caso, conforme, per quanto possibile, alla pratica scientifica generalmente accettata, robusta e replicabile; i risultati vanno confrontati con quelli di metodi alternativi e sottoposti ad analisi di sensibilità, per verificare se dipendano da poche osservazioni o da una singola assunzione (RBB Economics - Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, *Study* cit., 171 s.). Lo stesso studio raccomanda al giudice che si avvalga di un consulente d'ufficio di fissarne il mandato («terms of reference»), con tempi realistici e quesiti chiari e concisi per i consulenti delle parti su tutte le questioni controverse, così da conservare la responsabilità e il controllo del processo (169 s.), e propone una lista di controllo in trentanove passaggi per vagliare le prove economiche sulla traslazione e sull'effetto volume («39 steps: a checklist for judges», 181 s.).

criteri espliciti e coerenti con il meccanismo causale del danno, le forniture all'attore per il sovrapprezzo diretto, il peso sul mercato per l'effetto ombrello, con correzioni per durata e grado di coinvolgimento.

Il *private enforcement* italiano ha superato la prova dell'*an*: il vincolo del provvedimento ha fatto ciò che doveva, e l'esistenza dell'illecito non è più l'oggetto del contendere. La prova del *quantum* è ancora in corso, su un terreno nel quale il diritto tende a ritirarsi davanti all'economia e a scelte di metodo in apparenza neutrali, che invece decidono chi sopporti il rischio dell'incertezza. È la tesi che questo lavoro ha inteso sostenere: la consulenza tecnica non ha usurpato un potere, lo riceve e lo esercita "per difetto", a valle di un quesito che le consegna la formulazione delle premesse giuridiche, a cui fa seguito una motivazione che ne recepisce i risultati senza farle proprie. Restituire quelle scelte alle categorie giuridiche che le governano – *id est* l'onere della prova, la presunzione, la traslazione e la stima equitativa – non significa sottrarle ai tecnici, ma ricondurle sotto il controllo del giudice e del contraddittorio. È da questa capacità di governo, più che da nuove regole, che dipende se la promessa del 2017 sarà mantenuta ¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Per un bilancio, oltre agli scritti citati alle note iniziali, Tavassi, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia* cit.; S. Lopopolo, *Italy, The EU Antitrust Damages Directive. Transposition in the Member States*, a cura di B. Rodger - M. Sousa Ferro - F. Marcos (Oxford 2018).

Abstract

A nove anni dal d.lgs. n. 3/2017, la prassi del *private enforcement* in Italia ha portato in emersione questioni complesse, in particolare nelle azioni risarcitorie c.d. «follow-on», intentate a seguito di cartelli di lunga durata. Sebbene l'efficacia vincolante della decisione dell'AGCM abbia semplificato l'accertamento della responsabilità, il fulcro del contenzioso s'incentra sulla quantificazione del danno, sulla sua estensione temporale e sulla ripartizione dell'onere risarcitorio tra i coautori dell'illecito. In sede di quantificazione, i consulenti tecnici d'ufficio finiscono per esercitare un potere che non spetta loro: le scelte da cui dipende l'entità del risarcimento – l'impostazione metodologica adottata, il computo dei soli scostamenti positivi, l'applicazione di uno «sconto prudenziale» per il mancato assolvimento dell'onere della prova sul trasferimento del sovrapprezzo («*passing-on*»), l'estensione dei sovrapprezzi medi rilevati su un campione agli acquisti non campionati – non costituiscono meri dati tecnici, bensì vere e proprie regole di giudizio, che ripartiscono tra le parti il rischio dell'incertezza. Occorre, pertanto, ricondurre tali scelte – specialmente alla luce della recente giurisprudenza dell'Unione europea e di altri ordinamenti – nell'alveo delle categorie giuridiche di pertinenza, vale a dire l'allocazione dell'onere della prova, l'estensione della presunzione di danno, il trasferimento del sovrapprezzo e la valutazione equitativa del giudice, secondo criteri che sono già validamente attingibili nel quadro normativo vigente.

Nine years after Legislative Decree No. 3 of 19 January 2017, private anti-trust enforcement in Italy has become serial litigation. The essay takes stock of the issues now arising in follow-on actions brought after long-running cartels. The binding effect of the authority's decision has simplified liability, but has shifted the dispute to quantum, time and apportionment among co-infringers. Its central claim is that, on quantum, court-appointed economic experts have come to exercise a power that is not theirs: the choices on which the measure of damages depends – the expert question operating as a rule of method, the counting of positive deviations only, the prudential discount applied for unproven passing-on, the extension of average overcharges to unsampled purchases – are not data but rules of decision, allocating between the parties the risk of uncertainty. The article argues for bringing those choices back within the categories of burden of proof, presumption of harm, passing-on and judicial estimation, in light of recent EU case law and of the experience of other jurisdictions, and sets out standards that can be applied under the law as it stands.