

LA LOCALIZZAZIONE DELL'ILLECITO CONCORRENZIALE  
NEL REGIME DI BRUXELLES: RIFLESSIONI ALLA LUCE  
DELLA SENTENZA FLYLAL II DELLA CORTE DI GIUSTIZIA  
DELL'UNIONE EUROPEA

THE LOCALIZATION OF ANTITRUST TORTS UNDER  
THE BRUSSELS REGIME: REFLECTIONS IN THE LIGHT  
OF THE JUDGMENT FLYLAL II OF THE COURT OF JUSTICE  
OF THE EUROPEAN UNION

CATERINA BENINI

*PhD student*

*Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

Recibido: 13.01.2019 / Aceptado: 28.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4641>

**Riassunto:** Nella sentenza *flyLAL II* la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che un calo delle vendite provocato da un illecito concorrenziale costituisce il "danno" rilevante agli effetti della individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 ("Bruxelles I") e ha ritenuto che tale danno vada localizzato nel paese in cui si trova il mercato interessato dagli effetti dell'illecito. Lo scritto, prendendo spunto da questa sentenza, esamina criticamente la disciplina internazionalprivatistica europea degli illeciti concorrenziali, soffermandosi sulle ricadute negative della stessa in termini di *private antitrust enforcement*. Dinnanzi a questo stato delle cose, la soluzione della Corte appare perseguire l'obiettivo di garantire coerenza tra la disposizione oggetto di pronuncia e l'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento (CE) n. 864/2007 ("Roma II") sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti da atti limitativi della concorrenza. Essa inoltre agevola il *private enforcement* del diritto della concorrenza, contribuendo al contempo alla funzione regolatoria del diritto internazionale privato nel contesto regionale dell'Unione Europea.

**Parole chiave:** illeciti concorrenziali, foro speciale degli illeciti, localizzazione del danno, criterio del mercato, *private antitrust enforcement*

**Abstract:** In the *flyLAL II* judgment, the Court of Justice of the European Union ruled that the loss of sales incurred as a result of antitrust tort can be regarded as "damage" for the purposes of identifying the competent jurisdictional authority pursuant to Art. 5 n. 3 of the Regulation (EC) n. 44/2001 ("Brussels I") and ruled that such damage is localized in the country whose market was affected by the anticompetitive conduct. Taking that judgment as point of departure, this article critically analyses the EU private international law regime of antitrust torts, focusing on its negative impact on private antitrust enforcement. Given this state of affairs, the solution adopted by the Court seems to pursue the goal of consistency between the provision under scrutiny and Art. 6, par. 3, lit. a), of the Regulation (CE) n. 864/2007 ("Rome II") on the law applicable to non-contractual obligations arising from acts restricting free competition. It also promotes the private enforcement of antitrust rules, thereby enhancing the regulatory function of private international law in the internal market.

**Keywords:** antitrust torts, special jurisdiction in matters relating to tort, localization of the loss, market criterion, *private antitrust enforcement*.

**Sumario:** I. La sentenza *flyLAL II*. II. La proiezione geografica dell'illecito concorrenziale: i termini del problema e un possibile approccio secondo il diritto internazionale privato dell'Unione: 1. Il foro speciale in materia di illeciti; 2. Peculiarità dell'illecito concorrenziale; 3. La criticità della disciplina internazionalprivatistica degli illeciti antitrust; 4. Il contributo della sentenza *flyLAL II*: A) Lettura della nozione di “luogo dell'evento dannoso” alla luce della disciplina sostanziale della concorrenza; B) Promozione del private antitrust enforcement; C) Funzione regolatoria del diritto internazionale privato; III. Rilettura delle esigenze alla base dei fori speciali del regime Bruxelles.

## I. La sentenza *flyLAL II*

1. Nella sentenza del 5 luglio 2018 (di seguito “sentenza *flyLAL II*”) la Corte di Giustizia è stata chiamata ad interpretare l'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (“Bruxelles I”). La norma, transitata senza modifiche di sostanza nell'art. 7 n. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012 (“Bruxelles I bis”)<sup>2</sup>, istituisce un foro speciale delle controversie “in materia di illeciti civili dolosi o colposi”, permettendo all'attore di agire davanti al giudice del luogo in cui “l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”. Nel caso di specie, alla Corte è stato richiesto di chiarire come operi tale disposizione rispetto a un illecito concorrenziale.

2. I quesiti posti alla Corte traevano origine dell'azione promossa in Lituania dalla *flyLAL*, compagnia aerea lituana, contro la compagnia lettone *Air Baltic* e il gestore dell'aeroporto di Riga (Lettonia), per il risarcimento dei danni provocati dalle condotte asseritamente anticoncorrenziali di questi ultimi. In particolare, la ricorrente si doleva di essere stata estromessa dal mercato lituano per effetto della politica predatoria realizzata dalla *Air Baltic* agendo sui prezzi dei voli da e verso l'aeroporto di Vilnius (Lituania). Nella prospettazione della *flyLAL*, la *Air Baltic* avrebbe acquisito una posizione dominante sul mercato grazie a un accordo con il gestore dell'aeroporto di Riga (comportante per la stessa *Air Baltic* una riduzione delle tariffe aeroportuali), e avrebbe abusato di tale posizione allo scopo, in particolare, di estromettere la *flyLAL* dal mercato.

3. La Corte d'appello di Vilnius ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire, tra le altre questioni, se una perdita finanziaria come quella lamentata dalla *flyLAL*, consistente in un calo delle vendite provocato dagli illeciti concorrenziali imputati alle convenute, costituisca un danno agli effetti della norma sul foro degli illeciti e, in caso affermativo, dove debba essere localizzato.

4. Nella sentenza, la Corte muove dalla distinzione tra “danno iniziale”, derivante direttamente dall'evento generatore del danno, e “conseguenze patrimoniali negative” del fatto<sup>3</sup>. Il primo – ricorda la Corte, richiamando la propria giurisprudenza – è rilevante per l'individuazione del *locus damni* agli effetti della giurisdizione, mentre le seconde non lo sono. Già nella sentenza *Marinari*, la Corte aveva

<sup>1</sup> Causa C-27/17 (ECLI:EU:C:2018:533). La sentenza sarà indicata in seguito come *flyLAL II*, per distinguerla dalla sentenza del 23 ottobre 2014, causa C-302/13, *flyLAL* (ECLI:EU:C:2014:2319), originatasi nell'ambito della stessa controversia. In *flyLAL*, la Corte di giustizia ha chiarito che un ricorso avente ad oggetto il risarcimento del danno per violazione delle norme concorrenziali è di natura civile e commerciale.

<sup>2</sup> I due strumenti normativi sono legati fra loro da un rapporto di continuità interpretativa, onde le soluzioni elaborate con riguardo al più risalente dei due testi (e, prima, con riguardo alla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, da cui il regolamento Bruxelles I ha tratto origine), restano in grado di illuminare, in linea di principio, anche l'interpretazione del più recente. Per un'affermazione in questo senso, v. la sentenza del 17 ottobre 2017, causa C-194/16, *Bolagsupplysningen* (ECLI:EU:C:2017:766), punto 24; la sentenza del 18 ottobre 2011, causa C-406/09, *Realchemie Nederlands* (ECLI:EU:C:2011:668), punto 38; le conclusioni dell'avv. gen. Léger nella causa C-281/02, *Owusu*, (ECLI:EU:C:2004:798), punto 194. Sulla continuità interpretativa, v. P. TORREMANS, “Jurisdiction Under The Brussels/Lugano System”, in *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, a cura di P. TORREMANS *et al.*, 15ª ed., Oxford University Press, 2017, pp. 195-196. Data la pressoché identità delle due disposizioni, il presente contributo inerisce anche al vigente art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I bis.

<sup>3</sup> Sentenza *flyLAL II* cit., punto 31 s.

escluso che la nozione di “luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto” potesse essere «interpretata estensivamente fino a ricomprendere qualsiasi luogo in cui possono essere risentite le conseguenze dannose di un evento effettivamente verificatosi in un altro luogo», e aveva dunque negato che avesse rilievo, ai fini della giurisdizione, il luogo in cui il danneggiato «sostiene di aver patito un pregiudizio patrimoniale in conseguenza di un danno iniziale insorto e da essa subito in un altro Stato»<sup>4</sup>. Similmente, nella sentenza *Kronhofer*, la Corte ha affermato che il luogo dell'evento dannoso, ai fini delle norme europee sulla giurisdizione, non può farsi coincidere con il domicilio del danneggiato o con il suo “centro patrimoniale”, quando lo stesso abbia subito un danno economico risultante dalla perdita di elementi del suo patrimonio avvenuta altrove<sup>5</sup>.

5. La Corte passa poi ad esaminare se la perdita di reddito conseguente al calo delle vendite collegato alle condotte anticoncorrenziali possa essere qualificata come “danno iniziale”, ai sensi della giurisprudenza appena ricordata. A tal fine, essa rammenta di aver dichiarato nella sentenza *Concurrance* che «la riduzione del volume delle vendite e la perdita di profitto che ne deriva [...] costituiscono un danno tale da rendere applicabile l'art. 5 punto 3 del regolamento n. 44/2001»<sup>6</sup>. Su questa base riconosce che «una perdita di reddito consistente, in particolare, in un asserito calo delle vendite subito a seguito di condotte anticoncorrenziali contrarie agli artt. 101 e 102 TFUE può essere qualificata come “danno” [...], consentendo di giustificare, in linea di principio, la competenza dei giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto»<sup>7</sup>.

6. Per l'individuazione del *locus damni*, la Corte fa leva sul criterio del mercato interessato dalla condotta anticoncorrenziale. Essa afferma che, in relazione a condotte anticoncorrenziali che hanno prodotto un calo delle vendite, il luogo dell'evento coincide con il «luogo del mercato interessato dalle suddette condotte in seno al quale la vittima sostiene di aver subito detto calo»<sup>8</sup>. Per la Corte, questa soluzione obbedisce a ragioni di (i) prossimità, in quanto i giudici dello Stato in cui si trova il mercato in questione sono nella posizione più idonea per esaminare le azioni per risarcimento dei danni causati dall'illecito *antitrust*<sup>9</sup>; (ii) prevedibilità, nella misura in cui un operatore economico che mette in atto condotte anticoncorrenziali può ragionevolmente prevedere di essere convenuto dinnanzi ai giudici del luogo il cui mercato è stato alterato, e (iii) coerenza con l'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II, il quale dispone che all'obbligazione derivante da atto restrittivo della concorrenza si applica la legge «del paese su cui la restrizione ha o potrebbe avere effetto».

## II. La proiezione geografica dell'illecito concorrenziale: i termini del problema e un possibile approccio secondo il diritto internazionale privato dell'Unione

7. La novità della sentenza *flyLAL II* sta nella lettura mercato-centrica del foro degli illeciti, che individua il *locus damni* nel paese su cui si trova il mercato interessato dagli effetti anticoncorrenziali. Questa soluzione è interessante e dà lo spunto per riflettere sulla disciplina internazionalprivatistica degli illeciti concorrenziali.

In questo scritto, dopo aver preliminarmente delineato i tratti di fondo del foro speciale in materia di illeciti civili (1), mi soffermo su alcuni caratteri tipici dell'illecito concorrenziale, capaci di distinguerlo – ai fini che qui interessano – dalla generalità degli illeciti (2). Passo poi ad analizzare criti-

<sup>4</sup> Sentenza del 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari* (ECLI:EU:C:1995:289), punti 14 s.

<sup>5</sup> Sentenza del 10 giugno 2004, causa C-168/02, *Kronhofer* (ECLI:EU:C:2004:364), punto 21.

<sup>6</sup> Sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-618/15, *Concurrance* (ECLI:EU:C:2016:976), punto 35.

<sup>7</sup> Sentenza *flyLAL II* cit., punto 36.

<sup>8</sup> Ivi, punto 43.

<sup>9</sup> V. le conclusioni dell'avv. gen. Bobek nella causa in esame (ECLI:EU:C:2018:136), il quale al punto 51 afferma: «Le principali disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione, articoli 101 e 102 TFUE, mirano principalmente alla tutela della concorrenza autentica. Per questa sola ragione, trovo impossibile immaginare che sia riconosciuta la competenza giurisdizionale, sulla base dell'art. 5, punto 3 del regolamento n. 44/2001 e del “luogo in cui si è verificato il danno”, a giudici esterni ai mercati interessati dalla violazione».

camente la disciplina di conflitto dell'Unione in materia di illeciti *antitrust* (3), rispetto alla quale valuto i profili di novità e le ragioni sottostanti alla sentenza *flyLAL II* (4). Infine, alla luce di questa riflessione, effettuo una rilettura delle esigenze alla base del foro speciale in materia di illeciti (III).

## 1. Il foro speciale in materia di illeciti

8. La Corte di giustizia ha affermato sin dalla sentenza *Mines de Potasse d'Alsace*, resa in relazione all'art. 5 n. 3 della convenzione di Bruxelles del 1968, che il luogo dell'evento dannoso, ai fini della competenza giurisdizionale, comprende tanto il luogo dell'evento generatore del danno quanto il luogo in cui il danno si è verificato, o può verificarsi<sup>10</sup>. Di fatto, chi agisce in giudizio affermandosi vittima di un illecito territorialmente scisso, può decidere di adire – in alternativa al foro generale del domicilio del convenuto, e in assenza di accordo di scelta del foro – il giudice del luogo in cui si è verificato l'atto che ha cagionato l'evento o del luogo dove l'evento stesso si è verificato.

9. Questa soluzione, nota come anche come dottrina o principio dell'ubiquità, è stata elaborata dalla Corte avendo di mira le esigenze di prossimità e prevedibilità sottese ai fori speciali, nella convinzione che l'illecito si manifesta in modo significativo tanto nel luogo della condotta quanto in quello dell'evento. Di conseguenza, radicare la lite nell'uno come nell'altro luogo può «rivelarsi particolarmente utile dal punto di vista della prova e dello svolgimento del processo»<sup>11</sup>.

## 2. Peculiarità dell'illecito concorrenziale

10. L'applicazione di questo approccio agli illeciti concorrenziali è per vari aspetti problematica<sup>12</sup>. Ciò si deve alle peculiarità che contraddistinguono questo genere di illeciti da altre fattispecie egualmente riconducibili entro la sfera applicativa del foro speciale in questione<sup>13</sup>. In particolare, le peculiarità attengono (i) al bene giuridico leso dall'illecito concorrenziale, (ii) alla condotta lesiva e (iii) al tipo di danno provocato.

11. Ai fini dell'individuazione del bene giuridico protetto, ove si tratti (come nel caso deciso dalla Corte) di una condotta anticoncorrenziale dagli effetti non confinati ad un unico Stato, occorre prendere le mosse dagli artt. 101 e 102 TFUE. La prima disposizione vieta «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno [...]». La seconda vieta «lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale

<sup>10</sup> Sentenza del 30 novembre 1976, causa C-21/76, *Mines de Potasse d'Alsace* (ECLI:EU:C:1976:166), punto 24 s.

<sup>11</sup> Ivi, punto 17. Sulle ragioni soggiacenti al foro speciale in questione, v. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 77-78; P. TORREMANS, «Jurisdiction Under The Brussels/Lugano System», in *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, a cura di P. TORREMANS *et al.*, 15ª ed., Oxford University Press, 2017, p. 270.

<sup>12</sup> V. T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe: The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, Oxford University Press, 2017, a p. 126: «[The ubiquity] rule, though reasonable in the *Bier* case, could cause problems if taken too far [...]. Cases involving financial (economic) loss which is not preceded by initial damage in another Member State are less easy to fit into the scheme. If a defendant acting in Member State X does something which causes pure financial loss to a claimant domiciled in Member State Y, what is the place where the damage occurred? To say that it occurs in Member State Y just because the claimant is domiciled there or has his bank account there comes perilously close to giving automatic jurisdiction to the courts of the claimant's domicile. The CJEU has struggled with this problem in a number of cases, but has failed so far to come up with a wholly satisfactory solution»; S. BARIATTI, «Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione *antitrust*», in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE *et al.*, Jovene editore, 2013, a p. 269: «Nel caso di atti limitativi della concorrenza sarebbe opportuno che la norma [art. 5 n. 3 Regolamento Bruxelles I] venisse interpretata nel senso della coincidenza tra i due luoghi o che venisse comunque valorizzato il luogo dell'attuazione dell'intesa in adesione alla teoria degli effetti, come sembra potersi dedurre dalle sentenze *Pasta di Legno* della Corte di Giustizia, relegando in secondo piano il luogo della condotta».

<sup>13</sup> V. R. MONICO, «Il *private antitrust enforcement* nello spazio giudiziario europeo», *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 1155-1156.

di questo». La *ratio* di queste norme è di preservare la concorrenza nel mercato interno<sup>14</sup>, inteso come «spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati»<sup>15</sup>. Ne risulta che, quando tali norme vengono violate, ad essere leso è il bene giuridico della libera concorrenza.

**12.** Questo bene, oltre ad avere un respiro regionale, rappresenta uno dei pilastri dell'Unione<sup>16</sup>. Da qui si spiegano i tanti sforzi compiuti dal legislatore europeo per proteggere e promuovere la libera concorrenza. Mi riferisco, in particolare, al doppio sistema di c.d. *public antitrust enforcement* e di c.d. *private antitrust enforcement*. Con il primo, si sono istituite autorità pubbliche incaricate della vigilanza e dell'attuazione delle regole *antitrust*, tanto europeo quanto nazionale. Con il secondo si è consentito alla vittima di una condotta anticoncorrenziale di sollecitare il risarcimento dei danni sofferti, contribuendo così, sul piano privatistico, a conferire effettività alle regole *antitrust*.

**13.** Specularmente alla dimensione regionale del bene giuridico protetto, le condotte lesive della concorrenza – e in particolare gli effetti delle stesse – hanno natura necessariamente transnazionale.

Un'indicazione in tal senso si ricava dagli artt. 101 e 102 TFUE, i quali vietano gli accordi tra imprese e lo sfruttamento abusivo della posizione dominante nella misura in cui «possa[no] pregiudicare il commercio tra Stati membri». Dunque, per essere qualificato come illecito concorrenziale ai sensi del diritto dell'Unione, l'atto deve generare conseguenze localizzabili in più paesi, cioè, appunto, pregiudicare i rapporti commerciali tra almeno due Stati membri<sup>17</sup>.

**14.** Da condotte così qualificate discendono al tempo stesso un “danno generale” al mercato, il quale viene alterato nelle sue condizioni concorrenziali, e “danni specifici”<sup>18</sup> a carico di imprese e consumatori. Questi ultimi vengono danneggiati perché estromessi dal mercato o da un suo segmento, perché privati dell'opportunità di mettere a frutto certi investimenti o perché costretti ad acquisire e/o scambiare merci e servizi a condizioni alterate<sup>19</sup>.

Il “danno specifico” si risolve a ben vedere in una pura perdita patrimoniale<sup>20</sup>, ossia in «una perdita finanziaria che non è né preceduta, né causata, né accompagnata da un qualunque impatto evi-

<sup>14</sup> V. in questo senso, fra le molte pronunce, la sentenza del 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands* (ECLI:EU:C:2009:343), punto 38: «[...] L'art. 81 CE [attuale art. 101 TFUE], come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale», nonché la sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket* (ECLI:EU:C:2011:83), punto 21 s.: «[L]art. 102 TFUE rientra nel novero delle regole di concorrenza le quali, come quelle di cui all'art. 3, n. 1, lett. b) TFUE, sono necessarie al funzionamento del detto mercato interno. Tali regole, infatti, hanno per l'esattezza la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione». V. altresì D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions for Breach of Community Competition Law”, *ZWeR*, 2006, a p. 15: «[C]ompetition law serves a special function by regulating conduct on a certain market. Competition law is not purely about private interests but embodies ultimately choices about economic policy».

<sup>15</sup> Art. 26 TFUE.

<sup>16</sup> Cfr. art. 3, par. 3 e 4, TUE e art. 26 TFUE. Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b) del TFUE la definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno rientrano tra gli ambiti di competenza esclusiva dell'Unione.

<sup>17</sup> Nelle parole di A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, a p. 239: «In most cases EC civil antitrust litigation in Europe will not be purely national. For Community competition law to apply, there must be an effect on trade between Member States, which means that there is usually a transnational element and thus issues regarding the law applicable to the civil dispute»; T. THIEDE, “Private Enforcement of Anti-Trust Damages in Europe. A Germanic Perspective on Directive 2014/104/EU”, *ELTE L.J.*, 1, 2015, p. 148. Sulla visione per cui la dimensione transnazionale è caratteristica propria (oltre che delle condotte rilevanti ex 101 e 102 TFUE) dello stesso diritto della concorrenza, vedasi F. MUNARI, “Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza”, *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 37-38 e letteratura citata in nota 16.

<sup>18</sup> Questa distinzione è sottolineata sia al punto 46 delle conclusioni dell'avv. gen. Bobek nella causa *flyLAL II* cit., sia in dottrina; vedasi ad es. B. VILÀ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach”, in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, p. 27.

<sup>19</sup> C. WITHERS, “Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims”, *JBL*, 2002, p. 255.

<sup>20</sup> V. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, p. 91; A.P.

dente su cose fisiche o su diritti di personalità»<sup>21</sup>. La stessa Corte di giustizia ha dato rilievo a questa particolarità. Pronunciandosi su casi di restrizione della libera concorrenza, ha riconosciuto che il danno, anche agli effetti della giurisdizione, può essere costituito da perdite patrimoniali e finanziarie<sup>22</sup>. Prima del caso *flyLAL II*, la Corte si era espressa in questi termini nella sentenza *Concurrence*. Riferendosi alla violazione delle condizioni di una rete selettiva di distribuzione, la Corte ha in quel caso affermato che «il danno che il distributore può lamentare consiste nella riduzione del volume delle sue vendite in conseguenza di quelle realizzate in violazione delle condizioni di rete e nella perdita di profitto che ne deriva»<sup>23</sup>. Nello stesso modo si è espressa nel caso *CDC*, dove, nell'ambito di un'azione risarcitoria promossa contro le imprese partecipanti al cartello del perossido di idrogeno, ha identificato il danno nei «costi supplementari» indotti dall'intesa anticoncorrenziale oggetto del giudizio<sup>24</sup>.

15. Date queste caratteristiche, l'applicazione del principio di ubiquità agli illeciti concorrenziali risulta problematica per il fatto che ciascun illecito *antitrust* genera al tempo stesso un danno generale al mercato e un danno patrimoniale in capo al singolo. La presenza di questi due eventi dannosi – non sempre sovrapponibili – porta a sdoppiare (ulteriormente)<sup>25</sup> il foro speciale in materia di illeciti. Ai sensi dell'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis* così interpretato, l'attore potrebbe adire il giudice del luogo (i) della condotta illecita<sup>26</sup> o (ii) del danno patrimoniale specifico o (iii) del mercato interessato. Estendere così il perimetro del foro in esame, oltre a sembrare in contrasto con l'obbligo di interpretazione restrittiva dei fori speciali del regime Bruxelles<sup>27</sup>, complica notevolmente il sistema<sup>28</sup>, a tutto svantaggio delle ragioni di certezza e prevedibilità del diritto<sup>29</sup>.

---

KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, p. 210; C. WITHERS, "Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims", *JBL*, 2002, p. 255.

<sup>21</sup> A. BRIGGS, P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgements*, 5<sup>a</sup> ed., Informa, 2009, pp. 267-268.

<sup>22</sup> In termini critici M. HELLNER, "Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation", *YbPIL*, 2007, a p. 53: «For such cases [when the victim suffers only financial damage as the result of a certain act] there is a tendency in the law of some states to determine the place of injury to be the location where the diminished assets are located» e a p. 54 «[There is a] widespread perception that the place of injury in cases of pure economic loss is located where the assets that are diminished are located. However, as has been pointed out, this is contradicted by the ruling of the European Court of Justice in *Marinari* concerning the location of damage under Article 5(3) of the Brussels Convention».

<sup>23</sup> Sentenza *Concurrence*, cit., punto 33.

<sup>24</sup> Sentenza del 21 maggio 2015, causa C-352/13, *CDC* (ECLI:EU:C:2015:335), punto 52.

<sup>25</sup> "Ulteriormente" perché vi è già stato uno "sdoppiamento" del foro speciale in materia di illeciti con la sentenza *Mines de Potasse d'Alsace*. V. § 8.

<sup>26</sup> Sulla difficoltà di identificare tale luogo, v. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, pp. 92-94; C. FRATEA, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 120.

<sup>27</sup> V. sentenza del 16 giugno 2016, causa C-12/15, *Universal Music International* (ECLI:EU:C:2016:449), punto 25: «Poiché la competenza dei giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto costituisce una regola di competenza speciale, essa deve essere interpretata in maniera autonoma e restrittiva, il che non consente un'interpretazione che ecceda ipotesi previste in modo esplicito dal regolamento suddetto», nonché sentenza *Marinari* cit., punto 14.

<sup>28</sup> Una possibile soluzione è indicata da C. FRATEA, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, a p. 122: «Alla luce delle segnalate difficoltà, parte della dottrina tende a svalutare la rilevanza del danno patrimoniale individuale, sottolineando piuttosto il carattere collettivo degli interessi protetti dalle disposizioni *antitrust*, che mirano in primo luogo a preservare l'apertura concorrenziale del mercato a vantaggio non solo dei singoli concorrenti, ma della collettività e dei consumatori in genere. Così ragionando, il foro dell'evento dannoso dovrebbe essere identificato con il mercato colpito dalla condotta restrittiva della concorrenza, sul quale il danneggiato sia stato privato della libertà di scegliere tra offerte indipendenti».

<sup>29</sup> V. K. DALY, A. ROBERT, "Competition Damages Litigation in Europe: Rapid Changes Bring New Uncertainties", *Business Law International*, 2018, a p. 289: «[I]n the context of competition damages claims [...] claimants have to determine which jurisdiction to choose from among a wide range of options. The determination of where the harm arose is also not straightforward, as the damages (mostly loss of sales or overcharge) may have been suffered in multiple jurisdictions. As a result, the claimant may be forced to introduce several claims in different Member States. When faced with a choice, claimants may be tempted to choose the jurisdiction they know or that is likely to rule in favour of their claims rather than choosing the jurisdiction with the closest nexus to the case»; e a p. 291: «[C]onsidering or facing competition damages actions in the EU will continue to be exposed to a very high degree of uncertainty and complexity, although against a backdrop of an ever-increasing probability that actual damages awards will be available and will be granted».

### 3. La criticità dell'attuale disciplina internazionalprivatistica degli illeciti *antitrust*

16. Dinanzi a condotte le cui conseguenze dannose si proiettano in più Stati membri, non è agevole identificare il giudice competente e la legge applicabile alle azioni di *private antitrust enforcement*. Di qui la necessità di ricorrere alle norme di conflitto che consentano di risolvere i conflitti di legge e di giurisdizione posti dalla transnazionalità degli illeciti concorrenziali.

17. Nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea, la disciplina dei conflitti di leggi e di giurisdizione in materia di *private antitrust enforcement*, ove non si tratti di fattispecie riconducibili alla "materia contrattuale"<sup>30</sup>, si ritrova rispettivamente nel regolamento Roma II e nel regolamento Bruxelles I *bis*.

Ai sensi dell'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II «la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto». Tale disposizione si ispira alla dottrina degli effetti<sup>31</sup> e fa del mercato rilevante, inteso come il mercato su cui la restrizione della concorrenza si ripercuote, il criterio di collegamento ai fini della individuazione della legge applicabile.

Sul terreno della competenza giurisdizionale, l'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis* consente all'attore – in alternativa al giudice del domicilio del convenuto e solo se in assenza di un accordo esclusivo di scelta del foro<sup>32</sup> – di agire «davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire». Come ricordato, alla luce della dottrina dell'ubiquità, per evento dannoso va fatto riferimento sia al luogo dove la condotta è stata tenuta sia al luogo dove il danno si è concretizzato.

18. Possono dunque darsi situazioni in cui i giudici di un certo Stato membro, competenti in forza del regolamento Bruxelles I *bis*, sono chiamati ad applicare al merito della pretesa risarcitoria la legge di uno Stato diverso, in forza del regolamento Roma II. Ciò è in linea con la scelta del legislatore europeo di disporre in ambito civile e commerciale norme di conflitto uniformi di natura bilaterale<sup>33</sup>, da cui può risultare l'applicazione del diritto di uno paese diverso da quello del foro.

<sup>30</sup> V. B. VILÀ COSTA, "How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach" in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW et al., Hart Publishing, 2012, p. 26; v. altresì P. FRANZINA, "L'elusiva proiezione geografica del danno meramente patrimoniale: la responsabilità da informazioni inesatte tra forum commissi delicti e forum destinatae solutionis", *Int'l lis*, 2004, pp. 121-123.

<sup>31</sup> L'adesione alla teoria degli effetti da parte del legislatore europeo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea è piuttosto dibattuta. Sul punto vedasi J. BASEDOW, "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", *La.L.Rev.*, 2000, pp. 1039-1042; Y. BOTTEMAN, A. PATSA, "The Jurisdictional Reach of EU Anti-Cartel Rules: Unmuddling the Limits", *ECJ*, 2012, pp. 371-373; E. ELHAUGE, D. GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007, pp. 1044-1047; F. MUNARI, "Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza", *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 46-52; F. MUNARI, "L'entrata in vigore del regolamento Roma II e i suoi effetti sul private antitrust enforcement", *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 290.

<sup>32</sup> Sulla possibilità per le parti di concludere un accordo di scelta del foro in ipotesi di illecito concorrenziale, vedasi la sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-595/17, *Apple Sales International* (ECLI:EU:C:2018:854), punto 25 s. V. altresì D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions for Breach of Community Competition Law", *ZWeR*, 2006, pp. 5-6; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 42-71. Sulla gerarchia tra i vari titoli di giurisdizione del regime Bruxelles, vedasi R. BRAND, "Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments", *Recueil des cours*, vol. 358 (2011), pp. 33-49.

<sup>33</sup> Nelle parole di A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, a pp. 166-167: «El art. 6.3 a RR-II es una norma de conflict bilateral completa (*eine vollkommen allseitige Kollisionsnorm*), "que no diferencia entre la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil de los Estados miembros de la UE y de terceros Estados" [...]. El art. 6 RR-II reviste una importancia metodológica de primer nivel, pues abandona la perspectiva unilateral según la cual cada Derecho *antitrust* estatal es aplicable, deben consultarse exclusivamente sus propios criterios de application en el espacio, Estado por Estado [...]. Eso no es ya así: se ha producido un *cambio de paradigma (ein Paradigmenwechsel)*».

19. Una coincidenza tra *forum* e *jus* sarebbe tuttavia preferibile nel contesto del *private antitrust enforcement*<sup>34</sup>. Attribuire la competenza giurisdizionale per le azioni dei “*private attorneys general*”<sup>35</sup> al giudice del paese il cui diritto nazionale regola la sostanza delle pretese avanzate significa rendere più agevole per la vittima formulare la richiesta di risarcimento e per il giudice decidere sulla stessa. In altri termini, se il giudice competente è quello la cui legge nazionale è applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti dall'atto restrittivo della concorrenza, si garantisce unitarietà tra la legge che regola il processo – la legge del foro<sup>36</sup> – e quella che disciplina la sostanza<sup>37</sup> – da identificare tramite le norme di conflitto. Ciò del resto concorre ad assicurare che il regime nazionale delle conseguenze dell'illecito transnazionale non sia meno favorevole di quello che riguarda ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non sia tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto comunitario di ottenere il risarcimento dei danni causati dall'illecito concorrenziale (principio di effettività)<sup>38</sup>.

Che lo stesso legislatore europeo abbia considerato la convergenza tra *forum* e *jus* auspicabile è dimostrato dallo stesso art. 6, par. 3, lett. b), del regolamento Roma II<sup>39</sup>. Secondo questa norma, la vittima dell'illecito concorrenziale può adire il giudice del domicilio del convenuto o può convenire dinanzi al giudice del domicilio di uno dei convenuti gli altri presunti responsabili fondando la sua pretesa sul diritto di tale Stato, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dall'illecito<sup>40</sup>.

20. Allo stato attuale, la coincidenza tra *forum* e *jus* si verifica solo se l'attore ricorre al giudice del luogo dove ha subito il danno conseguente all'illecito *antitrust* e se tale luogo si trova sul mercato affetto dalla condotta anticoncorrenziale<sup>41</sup>. In altre parole, per aversi convergenza tra *lex causae* e *lex fori*, è necessario che (i) non vi sia un accordo di scelta del foro esclusivo; (ii) venga adito il giudice del foro speciale in materia di illeciti, e in particolare quello del luogo in cui il danno si è concretizzato; (iii) il danno specifico lamentato sia un danno diretto e non una mera conseguenza patrimoniale indiretta; (iv) il danno specifico si verifichi là dove si trova il mercato affetto dalle condotte anticoncorrenziali.

Da questo elenco di condizioni emerge che gli spazi di manovra<sup>42</sup> disponibili alle parti per rag-

<sup>34</sup> C. FRATEA, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 165.

<sup>35</sup> Tale espressione è comunemente impiegata per descrivere il sistema di *private enforcement* statunitense. V. D.A. CRANE, “Compensation for Antitrust Violations: An Economic Perspective”, *Antitrust Bull.*, 2016, p. 358; R. WAI, “Transnational Lifting and Jurisdictional Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Colum. J. Transnat'l L.*, 2002, p. 234.

<sup>36</sup> V. T. BALLARINO, “L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv. dir. internaz.*, 2008, a pp. 74-75: «[Spetta] al diritto nazionale solamente il compito di mettere a disposizione del singolo i mezzi procedurali per far valere i propri diritti. Di questa dimensione processuale fanno parte le azioni inibitorie esperibili. La stessa soluzione si adatta, però, a nostro avviso, anche a questioni come il calcolo del risarcimento, l'individuazione dei soggetti contro i quali l'azione può essere esercitata e la misura della responsabilità di ciascuno dei soggetti autori del danno. Si tratta di questioni che appartengono alla legge del giudice adito e per le quali il rinvio ad una legge straniera è escluso dal carattere di *loi de police* del sistema del diritto comunitario [...]. Le affermazioni della Corte nel caso *Manfredi* esprimono chiaramente che le lacune della regolamentazione comunitaria — dalla nozione di «nesso di causalità» ai termini di prescrizione, dall'entità del risarcimento all'ammissibilità del risarcimento esemplare o punitivo — devono essere integrate in base alla *lex fori*, proprio come a questa spetta designare i giudici competenti e le modalità procedurali dei ricorsi esperibili (per i quali la *lex fori* è d'obbligo)».

<sup>37</sup> Un'indicazione non esaustiva delle questioni disciplinate *lex causae* si ritrova all'art. 15 del regolamento Roma II.

<sup>38</sup> V. sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage* (ECLI:EU:C:2001:465), punto 29.

<sup>39</sup> V. MARONGIU BONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, 2013, p. 127.

<sup>40</sup> «Qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del giudice adito, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice».

<sup>41</sup> In modo simile, anche nell'ipotesi dell'art. 6, par. 3, lett. b), del regolamento Roma II la coincidenza tra *forum* e *jus* dipende da una scelta dell'attore.

<sup>42</sup> Si assume che, dati gli ingenti interessi economici in gioco nei casi di responsabilità da violazione del diritto di concorrenza, vi sarà la tendenza da parte delle vittime e dei cartellisti di servirsi dei meccanismi del regolamento Bruxelles I *bis* e del regolamento Roma II per favorire o evitare l'incardinamento di una controversia in capo al giudice di un certo Stato membro. Su tal punto, v. J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, pp. 386-387.



giungere la coincidenza tra *forum* e *jus* sono (quasi)<sup>43</sup> unicamente sul piano giurisdizionale. Questo perché le parti non possono scegliere la legge applicabile ai sensi dell'art. 6, par. 4, del regolamento Roma II<sup>44</sup> e il giudice non può in via eccezionale applicare una legge diversa da quella del mercato interessato dagli effetti anticoncorrenziali.

21. La generale impressione, dunque, è che la disarmonica<sup>45</sup> combinazione delle soluzioni internazionalprivatistiche esistenti non si rivela idonea a promuovere il *private antitrust enforcement*<sup>46</sup>, in quanto rende l'auspicata convergenza tra *forum* e *jus* dipendente dalle imprevedibili scelte procedurali dell'attore, a svantaggio dell'effettività del *private enforcement* stesso.

#### 4. Il contributo della sentenza *flyLAL II*

22. Questo stato delle cose induce a valutare l'opportunità di una riforma della disciplina esistente, specie per evitare ciò che è stato definito come “la collisione tra le due placche tettoniche europee del diritto della concorrenza e del diritto internazionale privato”<sup>47</sup>.

23. In assenza di iniziative della Commissione, alcuni, in dottrina, hanno avanzato proposte tese a modificare le disposizioni del regime di Bruxelles applicabili al *private enforcement* del diritto della concorrenza<sup>48</sup>. È anche alla luce di queste sollecitazioni che sembra possibile scorgere nelle trame di *flyLAL II* l'espressione di un orientamento di politica giudiziaria volto a favorire la convergenza e il riavvicinamento delle diverse soluzioni internazionalprivatistiche offerte dal legislatore europeo in materia di concorrenza.

D'altronde, se la “codificazione” dei diversi strumenti di conflitto dell'Unione di cui si predicava l'urgenza nell'Agenda giustizia per il 2020 al fine di «rafforzare la fiducia reciproca e la coerenza e la certezza del diritto»<sup>49</sup> non si è concretizzata, permane identica – se non addirittura accresciuta – l'esigenza di assicurare coerenza nell'interpretazione delle norme di conflitto dell'Unione<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> Fatta eccezione per l'art. 6, par. 3, lett. b), del regolamento Roma II, il quale consente una (minima) scelta di legge applicabile laddove venga adito il giudice del domicilio del convenuto nei confronti di uno o più convenuti.

<sup>44</sup> La disposizione di cui l'art. 6, par. 4, del regolamento Roma II è stato oggetto di numerose critiche. Vedasi J. FITCHEN, “Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation”, *J.Priv. Int.L.*, 2009, p. 344 e dottrina citata in nota 24 e 25.

<sup>45</sup> Disarmonica in quanto all'inflessibile applicazione della *lex mercatus* fa contro l'aleatoria individuazione del giudice competente.

<sup>46</sup> Sul punto M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, a p. 7: «The architects of the decentralisation reform have largely ignored the question of how the EU policy encouraging private antitrust enforcement can be implemented under the current EU private international law framework»; F. BECKER, J. KAMMIN, “Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze”, *EuZW*, 2011, a p. 509: «Die Unzulänglichkeiten des Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts haben somit einen bedeutenden Einfluss auf die Möglichkeiten der Schadenskompensation von Unternehmen und Verbrauchern. Vor allem die Brüssel I Verordnung wird den Besonderheiten des EU-Kartellrechts nicht gerecht».

<sup>47</sup> J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, p. 381.

<sup>48</sup> Sul dibattito circa la riforma del regolamento Bruxelles I *bis*, e più specificamente circa l'introduzione di una disposizione *ad hoc* per i casi *antitrust*, vedasi, in senso favorevole M. DANOV, “EU Competition Law Enforcement: Is Brussels I Suited to Dealing With All Challenges?”, *Int. Comp.L.Q.*, 2012, p. 54; J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, p. 399; R. MONICO, “Il *private antitrust enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 1166-1167; in senso contrario, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 28-29; V. B. VILÀ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach”, in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, pp. 19-23.

<sup>49</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L'Agenda Giustizia dell'UE per il 2020: rafforzare la fiducia, la mobilità e la crescita nell'Unione*, COM (2014) 144 definitivo, p. 8.

<sup>50</sup> Nelle parole di J. BASEDOW, “Consistency in EU Conflict of Laws”, *Rev. Eur. L.*, 1, 2018, a p. 7: «The European Commission strives for consistency in the conflicts law of the European Union, i.e. with regard to rules relating to jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of foreign judgments. Accordingly, a first step is to review the existing

24. L'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II e l'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis* sono perfetti candidati per questa forma di esegesi, poggiando entrambi sul criterio del *locus damni* al fine della soluzione del conflitto di leggi e di giurisdizione.

Per consentirne un'interpretazione armonica, la Corte “prende a prestito” il criterio del mercato interessato dalla condotta anticoncorrenziale – attingendolo dal regolamento Roma II che lo impiega per identificare la legge regolatrice – e lo utilizza per individuare il foro speciale in materia di illeciti, di cui l'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*<sup>51</sup>. Forte di ciò, giunge a riconoscere che «l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un'azione di risarcimento di un danno causato da condotte anticoncorrenziali, il «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» si riferisce, in particolare, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, al luogo in cui si è verificata una perdita di reddito consistente in un calo delle vendite, ossia al luogo del mercato interessato dalle suddette condotte in seno al quale la vittima sostiene di aver subito detto calo»<sup>52</sup>.

25. In favore di questa soluzione militano tre differenti ragioni. Oltre al vantaggio di offrire una soluzione semplice, in cui la chiave di lettura del concetto di “luogo dell'evento dannoso” viene rinvenuta nel diritto della concorrenza europea (A), questa interpretazione incentiva in via di fatto il *private antitrust enforcement* (B). Inoltre, localizzare l'illecito concorrenziale nel paese del mercato interessato è espressione della funzione regolatoria del diritto internazionale privato, il quale previene la venuta ad esistenza di conflitti diagonali nello spazio unico europeo (C).

### A) Lettura della nozione di “luogo dell'evento dannoso” alla luce della disciplina sostanziale della concorrenza

26. Numerose norme di conflitto adottano nozioni tecnico-giuridiche per descrivere la circostanza elevata a criterio di collegamento. L'espressione “luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire” rientra sicuramente tra queste, essendo un concetto giuridico per la cui localizzazione è necessaria la mediazione normativa<sup>53</sup>. Si pone allora il problema di individuare il diritto sulla cui base interpretare queste espressioni.

27. A tal riguardo, la Corte di Giustizia ha riconosciuto nella sentenza *Tessili* che non esiste una soluzione unica, ma che è possibile a seconda delle caratteristiche del caso ritenere «tali espressioni e nozioni [...] come autonome, e perciò comuni all'insieme degli Stati membri, ovvero come effettuate

---

legislation in this area, considering in the process the comprehensiveness of the present regime and inquiring into the usefulness of a codification». Per esempi in differenti ambiti v. E. FRONCZAK, “*Cuius legislatio, eius iurisdictio?* The Emerging Synchronisation of European Private International Law on Tort”, *ERA Forum*, 2016, pp. 178-182; F. WILMAN, *Private Enforcement EU Law before National Courts*, Elgar, 2015, pp. 447-453.

<sup>51</sup> T. BALLARINO, “L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv. dir. internaz.*, 2008, a p. 73: «È probabile che la norma enunciata nel par. 3 venga usata, come è avvenuto per il noto caso *Hachette*, ai fini della competenza giurisdizionale, ossia per precisare la portata, alquanto indeterminata, dell'art. 5 n.3 del regolamento 44/2001»; P. MANKOWSKI, “Article 7”, in *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, a cura di U. MAGNUS e P. MANKOWSKI, Otto Schmidt, 2016, a p. 330: «The PIL of unfair commercial practices does not follow the principle of ubiquity, but developed its own rule. Applying the ordinary principle of ubiquity when jurisdiction in unfair commercial practices has to be judged, does not therefore coincide with the revered PIL rule. One could argue that the jurisdictional rule is still inchoate and needs refinement in order to reach the higher echelon and more elevated level the PIL has already reached. To reconcile PIL and jurisdiction, one could feel tempted to instrumentalise a purposive interpretation of [Article 7] (2) in order to establish the marketplace rule insofar as unfair commercial practices are committed on the market».

<sup>52</sup> Sentenza *flyLAL II* cit., punto 43.

<sup>53</sup> V. M. LEHMANN, “Where Does Economic Loss Occur?”, *J.Priv.Int.L.*, 2011, a pp. 541-542: «[L]ocalising economic loss is not an easy exercise. It is not possible to use the methods of geography. We cannot just point to some place on earth and identify it as the location of damage. The insight is hardly novel. As long ago as the first half of the 20<sup>th</sup> century, the US “legal realist” movement argued that the *lex loci delicti* rule could not be applied mechanically, but is subject to policy- and result-oriented considerations [...]. We cannot find the place of this kind of loss by using a natural science-approach, as the wording of the *lex loci damni* rule seems to insinuate. Rather, we must have recourse to typical legal methods, such as rules and presumptions. What has also become clear is that there is no one-size fits-all legal definition which would locate the place of damage. The matter is much more complex. Each case has to be looked at individually in order to find the relevant contact».

un rinvio al diritto sostanziale che risulta applicabile, in ogni singolo caso, in forza del diritto internazionale privato del giudice investito per primo della causa»<sup>54</sup>.

**28.** Sul concetto di “luogo di esecuzione del contratto” di cui all’art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles (ora corrispondente all’art. 7 n. 1 del regolamento Bruxelles I *bis*), essa ha affermato che il giudice adito deve «determinare, in conformità al proprio diritto internazionale privato, la legge da applicare al rapporto giuridico in esame e successivamente definire, sulla base di tale legge, il luogo d’adempimento dell’obbligazione contrattuale controversa»<sup>55</sup>. Secondo questa soluzione, il luogo di adempimento deve essere identificato sulla base del diritto applicabile così come determinato tramite le norme di conflitto del foro. In tal modo si arriva a identificare lo stesso luogo «sia che ciò avvenga ai fini della competenza giurisdizionale sia che ciò avvenga ai fini del merito o per altre ragioni. Il giudice adito applicherà infatti le stesse norme in ognuno di questi casi e perverrà dunque, ogni volta, ai medesimi risultati: è, questo, il c.d. principio dell’*unica verità*»<sup>56</sup>.

Alternativamente, è possibile interpretare le nozioni impiegate dai regolamenti dell’Unione in via autonoma, cioè come nozioni proprie del regime uniforme di diritto internazionale privato, da ricostruire tenendo in considerazione le caratteristiche e i contenuti del sistema stesso<sup>57</sup>.

**29.** A favorire la soluzione dell’*unica verità* nel caso *Tessili* sono state per la Corte «le divergenze esistenti fra le legislazioni nazionali sui contratti e l’assenza, nell’attuale stadio dell’evoluzione giuridica, di qualsiasi unificazione del diritto sostanziale da applicarsi». Da qui l’impossibilità di «fornire indicazioni più ampie per l’interpretazione del concetto di «luogo d’esecuzione» delle obbligazioni contrattuali, tanto più che la determinazione del luogo d’esecuzione delle obbligazioni dipende dal tipo di contratto cui esse appartengono»<sup>58</sup>.

**30.** Passando alla diversa espressione di “luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto o può avvenire” di cui l’art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*, va notato che la stessa è impiegata dall’art. 4, par. 1, del regolamento Roma II, il quale dispone che «la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito è quella del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto». In via di “chiarimento” di questa regola<sup>59</sup>, il legislatore europeo ha poi stabilito all’art. 6, par. 2, lett. a), dello stesso regolamento che, laddove l’illecito sia un atto limitativo della libera concorrenza, si applica «la legge del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto». Con tale disposizione si è dunque chiarito che, ai fini della soluzione del conflitto di leggi, in presenza di un illecito concorrenziale, il *locus damni* è il mercato affetto dalle condotte anticoncorrenziali.

Nulla osta a che tale soluzione venga utilizzata anche per il conflitto di giurisdizioni. Anzi, ciò è pienamente conforme all’esigenza di assicurare coerenza tra le disposizioni dei regolamenti Bruxelles e Roma II, come indicato dal considerando 7 di quest’ultimo regolamento<sup>60</sup>. Di conseguenza, il *locus*

<sup>54</sup> Sentenza del 6 ottobre 1976, causa C-12/76, *Tessili* (ECLI:EU:C:1976:133), punto 10.

<sup>55</sup> Ivi, punto 13.

<sup>56</sup> P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L’art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, CEDAM, 2006, p. 32.

<sup>57</sup> Sulla distinzione tra i due, v. per tutti P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L’art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, CEDAM, 2006, pp. 32-36.

<sup>58</sup> Sentenza *Tessili* cit., punto 14.

<sup>59</sup> Il considerando 21 del regolamento Roma II afferma che «La disposizione specifica dell’articolo 6 non costituisce un’eccezione alla regola generale di cui all’articolo 4, paragrafo 2, ma piuttosto un chiarimento della stessa. In materia di concorrenza sleale, la regola di conflitto di leggi dovrebbe tutelare i concorrenti, i consumatori e il pubblico in senso lato, nonché garantire il corretto funzionamento dell’economia di mercato. Il collegamento con la legge del paese in cui i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori sono o possono essere pregiudicati permette in genere di realizzare questi obiettivi».

<sup>60</sup> Il considerando 7 viene richiamato dalla Corte nella sentenza *fyLAL II* cit., punto 41. Cfr. le conclusioni dell’avv. gen. Wahl nella causa C-350/14, *Lazar* (ECLI:EU:C:2015:586), «Ritengo tuttavia che, sebbene i rispettivi obiettivi perseguiti da ciascuno degli atti giuridici [regolamento Roma II e regolamento Bruxelles I] divergano in una certa misura, le nozioni presenti nel regolamento Roma II devono, per quanto possibile, essere intese tenendo conto delle interpretazioni accolte nel contesto della convenzione di

*damni* può essere fatto coincidere con il mercato interessato dalle condotte anticoncorrenziali anche ai fini giurisdizionali.

**31.** Fatta questa premessa, si deve ora individuare come la Corte interpreti il criterio giuridico di *locus damni*, quand'anche inteso come luogo del mercato affetto dalle condotte anticoncorrenziali.

Un suggerimento si può ricavare dal fatto che nell'introdurre la questione della localizzazione del danno, la Corte si riferisce alla decisione di rinvio, da cui risulta che «le presunte condotte anticoncorrenziali delle convenute nel procedimento principale hanno riguardato il mercato dei voli da e verso l'aeroporto di Vilnius, determinando, secondo la flyLAL, una distorsione della concorrenza in seno a tale mercato»<sup>61</sup>. Merita a questo punto ricordare che prima del giudizio risarcitorio da cui è sorto il rinvio pregiudiziale, vi era stata la decisione del Consiglio per la concorrenza della Lettonia, il quale aveva accertato che il sistema di riduzione dei prezzi realizzato dal gestore dell'aeroporto di Riga (da cui la Air Baltic aveva tratto vantaggio) era contrario all'art. 102 TFUE.

Orbene, anche se la decisione dell'autorità nazionale lettone non è perfettamente riferibile alla pratica anticoncorrenziale contestata dalla flyLAL<sup>62</sup>, questi riferimenti preliminari consentono di identificare la prospettiva dalla quale la Corte ricostruisce il concetto di mercato. Questa è quella del diritto europeo della concorrenza, per l'appunto.

**32.** Sarà dunque alla luce della nozione di mercato propria del diritto della concorrenza dell'Unione che il giudice adito dovrà verificare la propria competenza ai sensi dall'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*<sup>63</sup>. Mi riferisco, in particolare, al concetto di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza definito dalla Commissione come il frutto della combinazione dei criteri del mercato del prodotto e del mercato geografico<sup>64</sup>.

Senza entrare nel merito di tale definizione, basti qui sottolineare che, essendo questo concetto di mercato comune ed uguale in tutti gli Stati membri, tramite siffatta soluzione si favorisce una ricostruzione autonoma della nozione di *locus damni* sottostante il foro speciale in materia di illeciti.

---

Bruxelles o del regolamento Bruxelles I. Occorre infatti stabilire un certo parallelismo nell'interpretazione delle nozioni in parola, posto che gli strumenti giuridici perseguono tutti un obiettivo di prevedibilità delle soluzioni adottate». V. E. FRONCZAK, "Cuius legislatio, eius iurisdictio? The Emerging Synchronisation of European Private International Law on Tort", *ERA Forum*, 2016, p. 184.: «[T]he Rome II Regulation introduces the principle of the *lex loci damni*. According to the legislature, as stated in recital 16, this rule strikes a fair balance between the interests of both parties to the dispute. It needs to be seen whether the appearance of the Rome II Regulation, and the imperative of consistency between this Regulation and the Brussels Ia Regulation will result in the interpretation of Art. 7(2) of the latter promoting the linking factor of the place where the damage occurred».

<sup>61</sup> Sentenza *flyLAL II*, cit., punto 38.

<sup>62</sup> Ricordo che la flyLAL si duole della perdita provocatagli a partire da un asserito accordo anticoncorrenziale (101 TFUE) concluso tra la Air Baltic e il gestore dell'aeroporto di Riga, sulla cui base si sarebbe dato vita al sistema di riduzioni sanzionato dall'autorità della concorrenza lettone (102 TFUE). Cfr. sentenza *flyLAL II* cit., punto 8 s.

<sup>63</sup> Tale verifica deve essere *prima facie*, senza entrare in considerazioni di ricevibilità o fondatezza della domanda e senza entrare nel merito della pretesa risarcitoria. In tal senso, conclusioni dell'avv. gen. Bobek nella causa *flyLAL II*, punto 92. Sull'impiego del concetto di mercato proprio del diritto della concorrenza europea, vedasi B. VILA COSTA, "How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach", in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, a p. 27: «As regards the interpretation of Article 5(3) in relation to competition law infringements, it is important to bear in mind that the localisation of the place where the harmful event took place can be facilitated by having recourse to the antitrust rules themselves. Indeed, the content and the scope of the competition rules must be interpreted as a way of *pre-localising the place of the harmful event*. Competition law rules are per se linked to a particular market, since the criterion of the affected market is precisely the key factor which sets in motion the applicability of the antitrust rules. And the affected market can be analysed, inter alia, from a territorial or geographical point of view. Therefore, it is submitted that this geographical localisation in terms of the competition infringement should be seen as a first step as regards the localisation of the harm, for the interpretation of the jurisdiction rules»; M. HELLNER, "Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation", *YbPIL*, 2007, a p. 60: «The question is whether the concept of the relevant geographic market from substantive Community antitrust law can also be used in determining the affected market for Community choice-of-law purposes [...] It would also be quite complicated to work with two different market definitions – one for substantive law and one for choice-of-law – and, it might be added, a third one for determining jurisdiction under Article 5(3) of the Brussels I Regulation».

<sup>64</sup> V. Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997 sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, 97/C 372/03, § 7 s.

## B) Promozione del private antitrust enforcement

33. Passando alla seconda ragione alla base della lettura mercato-centrica del foro speciale per gli illeciti, è bene ricordare che, a partire dalle pronunce *Courage* e *Manfredi*<sup>65</sup>, i soggetti privati sono stati resi 'guardiani' del rispetto delle regole del mercato unico, potendo gli stessi chiedere il risarcimento del danno provocato da illeciti concorrenziali<sup>66</sup>. Durante il dibattito politico che ha preceduto l'adozione della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014 sulle azioni per il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea ("direttiva 2014/104"), si è affermato che «le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: *in primis*, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (deterrenza)»<sup>67</sup>. Da qui la natura complementare del *private antitrust enforcement* rispetto alla tutela pubblicistica della libera concorrenza nel mercato interno<sup>68</sup>. Il legislatore europeo, in altri termini, ha voluto rafforzare la tutela

<sup>65</sup> Sentenza *Courage* cit., punto 26: «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto art. sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza»; sentenza del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi* (EU:C:2006:461), n. 2 del dispositivo: «L'art. 81 CE deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale art. e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno».

<sup>66</sup> A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, a p. 10: «[W]hen citizens pursue their Community rights in the national courts, apart from serving their personal interests, they also indirectly act in the Community interest and become 'the principal "guardians" of the legal integrity of Community law within Europe'»; v. J. BASEDOW, "The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts", *Tex Int Law J.*, 2007, p. 436.

<sup>67</sup> Libro Verde della Commissione Europea, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672 definitivo, p. 5.

<sup>68</sup> La natura complementare del *private enforcement* emerge dal considerando 7 del regolamento 1/2003/CE del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato ("regolamento 1/2003"). Vedasi altresì il discorso della Commissaria KROES, *Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials*, October 2005, disponibile all'indirizzo [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-613\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-613_en.pdf). Sulla doppia funzione delle azioni di risarcimento dei danni *antitrust*, vedasi A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, p. 43, «[L]as acciones indemnizatorias contribuyan indirectamente a reforzar algunos de los fines públicos que persigue el Derecho antitrust, come, *ad ex.*, la libre competencia o la tutela del mercado»; L. CALZOLARI, *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2015, a p. 33: «Anche se strumentali alla distribuzione di interessi privati, i giudizi civili sono dunque funzionali alla tutela della concorrenza come istituzione. E sono quindi compatibili con l'interesse pubblico sotteso a tale risultato. Ciò non equivale a dire che il *private enforcement* si possa sviluppare senza alcuna limitazione. Significa piuttosto che non vi è incompatibilità fra azione pubblica e privata»; P. IANNUCELLI, "The European Court of Justice and the Shaping of Private Enforcement of EU Antitrust Law through Preliminary Rulings", in *EU Competition Law Between Public and Private Enforcement*, a cura di B. CORTESE, Kluwer Law International, 2014, a p. 225: «Whereas by definition, an action for damages is promoted by the party seeking compensation, when such an action is considered from the perspective of private enforcement, and is therefore treated as a legal weapon that may be wielded in defence of competition law, it becomes quite clear that the judge has a central role to play [...]. It will therefore be up to the judge to interpret the law in such a way that tort cases relating to antitrust offences are conducted not only for their normal purpose of reaching a settlement based on compensation but also with a view to contributing to the general application of antitrust laws»; vedasi altresì G. FONDERICO, "Public and private enforcement", *AIDA*, 2015, pp. 8-15, il quale argumenta in termini di accessorietà, anziché di complementarità, della tutela privata rispetto a quella pubblica. Sul rapporto (problematico) tra le due funzioni, v. J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007, a p. 2: «[There are] two basically different and sometimes contradictory objectives of the present debate on damage claims for anti-competitive behaviour: the full compensation of losses sustained by cartel victims and the deterrence of market actors from engaging in such conduct. We should refrain from looking at damages claims for anti-competitive behaviour only from the viewpoint of the private enforcement of competition law. While such private enforcement may be significant as a supplement to the public enforcement, it is not the only and not even the predominant target of compensation claims»; D.A. CRANE, "Compensation for Antitrust Violations: An Economic Perspective", *Antitrust Bull.*, 2016, pp. 357-364; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, "Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica", in *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO e B. NASCIBENE, Giuffrè, 2009, pp. 101 *et seq.*

della concorrenza adottando un modello di tutela “diffusa”<sup>69</sup>, nel quale sul singolo è riversato il potere di chiedere l'applicazione delle norme sulla concorrenza tanto nazionali quanto comunitarie<sup>70</sup>.

**34.** Essenziale per il successo di tale sistema è la presenza di norme di diritto internazionale privato che, oltre ad essere congegnate in modo tale da servire – o perlomeno non pregiudicare – gli scopi del *private enforcement*, consentano di individuare la legge applicabile e, prima ancora, il giudice competente a conoscere delle pretese risarcitorie derivanti da illeciti che, come ricordato, hanno dimensione necessariamente transnazionale<sup>71</sup>.

**35.** Se per quanto riguarda la competenza giurisdizionale la Commissione prende atto del regime Bruxelles, circa l'individuazione della legge applicabile solleva la questione del «se la norma generale di cui all'art. 5 della proposta [divenuto l'art. 4 del regolamento Roma II] è adeguata per i casi antitrust o se è necessaria una norma speciale, più precisa. Quest'ultima potrebbe specificare che si dovrebbe adottare un'impostazione basata sugli effetti»<sup>72</sup>. Questa osservazione si è poi tradotta nell'adozione – tutt'altro che piana<sup>73</sup> – dell'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II, descritto come norma direttamente ispirata all'obiettivo di promuovere il *private enforcement* all'interno dello spazio giudiziario europeo, anziché dalla volontà di ricercare una stretta connessione tra la fattispecie e l'ordinamento giuridico la cui legge viene applicata<sup>74</sup>. Questo perché tramite l'applicazione alle pretese risarcitorie della legge del

<sup>69</sup> V. G.A. BENACCHIO, “Il *private enforcement* del diritto *antitrust*”, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE *et al.*, Jovene editore, 2013, a p. 17: «Il *private antitrust enforcement* nasce dunque più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Le istituzioni comunitarie, e in primo luogo la Commissione, in questi ultimi anni hanno premuto per una politica di decentramento nell'applicazione del diritto *antitrust*; il numero sempre maggiore di Stati membri e il conseguente aumento delle possibili violazioni del diritto europeo hanno richiesto un allargamento dei soggetti, pubblici o privati comprese le persone fisiche, che possano in qualche modo contribuire a fare emergere e reprimere tali violazioni». Parte integrante del modello di tutela decentralizzata della concorrenza sono le autorità nazionali garanti della concorrenza, il cui ruolo e funzione esulano dal presente contributo. Sul rapporto tra Commissione, autorità nazionali della concorrenza e giudici civili nazionali, vedasi R. CHIEPPA, “La cooperazione tra il giudice italiano, l'autorità garante e la Commissione Europea”, in *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, a cura di G. TESAURO, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 311-324; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, “Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica”, in *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO e B. NASCIBENE, Giuffrè Editore, 2009, pp. 116-122; G. FONDERICO, “Public and private enforcement”, *AIDA*, 2015, pp. 3 *et seq.*; F. MUNARI, “L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni”, *Merc., conc., regolamento*, 2010, pp. 147-155; Sul modello di applicazione diretta e decentrata del diritto della concorrenza; L. CALZOLARI, *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2015, pp. 75-85.

<sup>70</sup> V. E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust. La Direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto*, Jovene Editore, 2017, a pp. 28-29: «[Ne] *private antitrust enforcement* l'applicazione delle regole sulla concorrenza viene invece richiesta implicitamente da un privato in un giudizio civile per la tutela di una situazione giuridica soggettiva che ritenga lesa da un comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese».

<sup>71</sup> L'emersione degli aspetti internazionalprivatistici del *private antitrust enforcement* si è verificata in un momento successivo alla nascita di tale fenomeno. Sul punto vedasi T. BALLARINO, “L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 70.

<sup>72</sup> Libro Verde della Commissione Europea, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672 definitivo, p. 12.

<sup>73</sup> Tale disposizione, assente nella proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”) COM (2003) 427 definitivo, venne aggiunta nella configurazione attuale nel regolamento definitivo senza che sulla stessa fosse intercorsa approfondita discussione. Sull'origine di tale disposizione v. S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, pp. 93-96; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2009, pp. 597-600.

<sup>74</sup> V. J. FITCHEN, “Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation”, *J.Priv.Int.L.*, 2009, p. 343; S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, pp. 91-92; C. FRATEA, *Il “private enforcement” del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 164, p. 169; M. ILLMER, “Art. 6 Rome II”, in *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, a cura di P. HUBER, Sellier- De Gruyter, 2011, p. 178; PIRONON, “Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence” in *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non*

paese sul cui mercato si ripercuotono gli effetti dell'illecito concorrenziale (i) la legge applicabile al *private enforcement* e quella regolatrice del *public enforcement* risultano appartenere allo stesso Stato<sup>75</sup>, agevolando il coordinamento tra autorità pubbliche e giudici chiamati a conoscere profili differenti della stessa infrazione e (ii) si favorisce il risarcimento dei danni nella misura e con il grado di deterrenza previsto dal diritto del paese in cui l'illecito è stato localizzato.

36. Di conseguenza, se la norma di conflitto che il regolamento Roma II dedica agli illeciti concorrenziali vede la tradizionale logica 'localizzatrice' oscurata dall'obiettivo di tutelare la concorrenza nel mercato unico, lo stesso deve dirsi della soluzione interpretativa fatta propria dalla Corte di giustizia. Localizzando ai fini giurisdizionali il danno da intesa concorrenziale nel «luogo del mercato interessato dalle suddette condotte in seno al quale la vittima sostiene di aver subito detto calo [delle vendite]», si dota il sistema di *private antitrust enforcement* di norme internazionalprivatistiche che gli consentono di funzionare correttamente. In particolare: (i) si realizza la coincidenza tra *forum* e *jus*, così favorendo l'effettività dell'applicazione privata del diritto della concorrenza; (ii) si agevola il coordinamento tra giudici e autorità nazionali garanti della concorrenza, le quali possono, ai sensi dell'art. 15 del regolamento 1/2003, presentare al giudice competente osservazioni circa l'applicazione delle regole di concorrenza<sup>76</sup> e (iii) si alleggerisce l'*onus probandi* gravante in capo all'attore<sup>77</sup>, grazie all'effetto vincolante attribuito alla decisioni definitive delle autorità nazionali della concorrenza e della Commissione<sup>78</sup>.

### C) Funzione regolatoria del diritto internazionale privato

37. Infine, è da rilevare che l'attribuzione della competenza al giudice del paese il cui mercato è stato inficiato dalla condotta anticoncorrenziale risponde a quella funzione regolatoria del diritto internazionale privato che, sebbene svolta da alcuni autori in riferimento ad un contesto globale<sup>79</sup>, qui intendo ri-

---

*contractuelles*, a cura di S. CORNELOUP e N. JOUBERT, Litec, 2008, pp. 119-121; E. RODRIGUEZ PINEAU, "Conflict of Laws Comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation", *J.Priv.Int.L.*, 2009, p. 312 e pp. 320-321.

<sup>75</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, a p. 168: «La defensa de la aplicación de la *Lex Mercatus* explica por qué el precepto impide que las partes elijan la Ley aplicable a las consecuencias privadas de la vulneración del Derecho *antitrust* (art. 14 RR-II). Las acciones privadas derivadas de esta vulneración son una consecuencia funcional de las reglas públicas de funcionamiento del mercado y siguen, por tanto, su mismo "destino conflictual" (C. Fratea). La regulación del mercado se compone tanto de las reglas públicas como de las reglas privadas. No parece lógico que un comportamiento *antitrust* quede sujeto a una Ley estatal Z por lo que se refiera a las normas públicas y a otra Ley estatal diferente B por lo que se refiere a las normas privadas. Una misma Ley estatal debe regular todo comportamiento *antitrust* para asegurar, de ese modo, el equilibrio en la regulación del mercado».

<sup>76</sup> Il coordinamento tra giudice civile e autorità nazionali della concorrenza è auspicato dal considerando 6 della direttiva 2014/104 («Per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza. È necessario dettare regole per coordinare in modo coerente queste due forme di applicazione [...]») e dal considerando 21 del regolamento 1/2003 («L'applicazione coerente delle regole di concorrenza richiede inoltre l'istituzione di meccanismi di cooperazione fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri. Ciò vale per tutte le giurisdizioni degli Stati membri che applicano gli articoli 81 e 82 del trattato, a prescindere dal fatto che applichino tali regole in controversie tra privati o agendo in quanto autorità pubbliche di esecuzione o in quanto giurisdizioni di ricorso. In particolare, le giurisdizioni nazionali dovrebbero potersi rivolgere alla Commissione per ottenere informazioni o pareri in merito all'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza. Occorrerebbe inoltre che la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri potessero formulare osservazioni per iscritto o oralmente dinanzi alle giurisdizioni chiamate ad applicare l'articolo 81 o l'articolo 82 del trattato»).

<sup>77</sup> Per un'analisi dell'onere probatorio gravante sull'attore, vedasi A. HOWARD, "Too Little, Too Late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust Damages", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 3-5; C. TESAURO, "Recenti sviluppi del private antitrust enforcement", *Merc., conc., reg.*, 2011, pp. 442-452.

<sup>78</sup> Ai sensi, rispettivamente, dell'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104 e dell'art. 16 del regolamento 1/2003. Sul diverso effetto di una decisione definitiva presa dall'autorità nazionale della concorrenza di uno Stato membro differente da quello del giudice adito per il risarcimento dei danni, vedasi L. CALZOLARI, *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2015, pp. 125-128.

<sup>79</sup> Sulla funzione del diritto internazionale privato quale strumento di *global governance*, v. M. DANOV, "Global Competition Law Framework: A Private International Law Solution Needed", *J.Priv.Int.L.*, 2016, pp. 77-105; H. MUIR WATT, "Private International Law beyond the Schism", *Transnational Legal Theory*, 2011, pp. 347-427; H. MUIR WATT, "Globalisation and

ferire all'ambito regionale dell'Unione Europea. Nel realizzarsi progressivo della “federalizzazione” del diritto internazionale privato dell'Unione<sup>80</sup>, esso abbandona il ruolo di strumento neutrale del tutto scisso dal contesto politico di riferimento per divenire meccanismo intra-sistematico<sup>81</sup> idoneo ad evitare la venuta ad esistenza di “conflitti diagonali” che pregiudicano la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

**38.** Nel contesto concorrenziale, ed in particolare nel *private antitrust enforcement*, sono più d'uno i profili nei quali vanno ad intrecciarsi – in via contrastante o in via coordinata a seconda dei casi – aspetti disciplinati dal legislatore europeo e dai legislatori nazionali<sup>82</sup>. Questo è conseguenza del fatto che il *private enforcement* del diritto della concorrenza europea è strumento per sua natura “ibrido”, amministrato localmente, ma di ispirazione europea e diretto a produrre effetti che si riversino sul mercato “regionale” unico.

Come ipotesi di conflitto diagonale, si pensi ad un illecito concorrenziale che, sanzionato come tale dalle autorità garanti della concorrenza dello Stato A, non dà vita ad un'obbligazione risarcitoria in quanto il giudice dello stesso Stato A ritiene il danno lamentato non sia localizzabile nel suo Stato o non sia tale da soddisfare i requisiti richiesti dalla legge applicabile alla responsabilità civile. In casi come questo, dove condotte anticoncorrenziali – pur riconosciute come tali – chiedono un radicamento territoriale ai fini di una valida azione risarcitoria, il diritto internazionale privato costituisce efficace strumento di allocazione delle fattispecie nell'ordinamento dell'uno o dell'altro Stato membro<sup>83</sup>. Posto in altri termini, al fine di permettere l'identificazione preventiva dell'autorità competente per il *private enforcement*, sono necessarie regole giurisdizionali che, pur al costo di accettare una frammentazione nella cognizione di una causa dal respiro più ampio, ne indichino i presupposti e i limiti territoriali di competenza<sup>84</sup>.

**39.** Una siffatta soluzione – conforme alla giurisprudenza *Shevill*<sup>85</sup> che racchiude entro limiti territoriali ben definiti la competenza del giudice del luogo dove il danno è subito<sup>86</sup> – fa sorgere dubbi

---

Private International Law”, in *Encyclopedia of Private International Law*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Elgar, 2017, pp. 845-851; H. MUIR WATT, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. MUIR WATT e D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Oxford University Press, 2014, pp. 2-19.

<sup>80</sup> J. HEYMANN, “Importing Proportionality to the Conflict of Laws”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. MUIR WATT e D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Oxford University Press, 2014, pp. 278-280.

<sup>81</sup> In tali termini, H. MUIR WATT, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. MUIR WATT e D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Oxford University Press, 2014, p. 15.

<sup>82</sup> Si pensi a titolo esemplificativo al possibile conflitto tra (i) quanto disposto dal diritto europeo della concorrenza e diritto nazionale della concorrenza, entrambi rilevanti ai fini del *private enforcement*; (ii) il diritto al pieno risarcimento di cui alla direttiva 2014/104 e i requisiti procedurali richiesti dalla *lex fori* (quale il nesso di causalità, la prova del danno) in assenza dei quali nessun risarcimento può essere disposto.

<sup>83</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, a p. 121: «In competition law litigation, defining the relevant market is often a very complex investigation involving the assessment of many economic factors. Moreover, markets are delineated according to economic criteria without taking into account State borders. In turn, for matters of private international law, it suffices however to apply a ‘simplified analysis’ given that the judge has merely to link the effects of a given anti-competitive activity to one or more national legal systems, ie to the territory of one or more countries [...]. An ‘economic market’ spanning over the national borders of one country (regional or worldwide markets) must therefore be divided into ‘legal sub-markets’ in order to locate the applicable national law for each claimant or each class of claimants».

<sup>84</sup> Sulla necessità di tali regole, v. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the Way Towards a European Private International Law Code”, *The European Legal Forum*, 2007, p. 77: «The functioning of supra-national integrated markets also calls for a sound institutional framework. Nevertheless, in this case, the point of departure is somehow different to the extent that there are already several national markets, each of them with its own private law and with its own judicial mechanism of implementing property rights. In this scenario, the question faced by the supra-national lawmaker is whether, for the smooth functioning of the integrated market, a unification of private and procedural law is needed, or is a minimum of harmonisation accompanied by the unification of private international law (PIL) rules enough».

<sup>85</sup> Sentenza del 7 marzo 1995, Causa C-68/93, *Shevill* (ECLI:EU:C:1995:61), punto 30.

<sup>86</sup> V. J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, a p. 391: «According to the ECJ, in the event that some part of the tortious damage might be characterized as being directly inflicted upon an ‘interest’ that was damaged in different Member States, a foreign litigant might sue to protect her reputation either for all of her national and ‘international’ losses where so ever suffered, in the place where the publisher was so domiciled (via Article 2 [Brussels Convention]); or, should she choose to fragment her claim along national lines, for the particular



circa la competenza del giudice adito a pronunciarsi sulla sussistenza di una condotta anticoncorrenziale, stante la natura transnazionale di quest'ultima. Se una possibile soluzione è ritenere quanto deciso sull'illecito concorrenziale pronuncia pregiudiziale con efficacia limitata al giudizio risarcitorio, contro la stessa vi è quanto disposto dall'art. 1 del regolamento 1/2003, il quale pare suggerire che le decisioni delle autorità giurisdizionali di uno Stato membro in merito alla violazione del diritto della concorrenza abbiano efficacia di *res judicata*<sup>87</sup>. Ecco dunque un'aporia risultante dal mancato aggiornamento delle disposizioni volte ad allocare la competenza giurisdizionale tra i vari Stati membri in occasione della 'modernizzazione' del diritto europeo della concorrenza.

40. Ad ogni modo, predisponendo chiare regole di competenza giurisdizionale si evita che autorità diverse prendano decisioni potenzialmente contrastanti su una medesima questione<sup>88</sup> e, più a monte, si previene l'insorgenza di conflitti diagonali nello spazio giudiziario europeo. In aggiunta, il coordinamento tra i diversi attori in gioco (istituzioni dell'Unione, autorità nazionali e soggetti privati)<sup>89</sup> viene a subire un notevole miglioramento, divenendo più semplice identificare i confini delle rispettive sfere di competenza. Se è vero infatti che il modello di *governance* adottato nel contesto del diritto della concorrenza è ispirato a forme di cooperazione orizzontale "senza frontiere interne"<sup>90</sup>, rimane comunque ferma l'esigenza di chiarire le categorie di fattispecie per le quali sussiste la competenza dell'una o dell'altra autorità.

### III. Rilettura delle esigenze alla base dei fori speciali del regime Bruxelles

41. In apertura al presente contributo, ho ricordato che ragioni di prossimità, prevedibilità ed economia processuale<sup>91</sup> presiedono alla previsione di fori alternativi a quello generale del domicilio del convenuto nel regime Bruxelles.

42. In via conclusiva, intendo ora effettuare una rilettura di queste ragioni, che sia tale da ricomprendere le osservazioni della sezione precedente.

In sintesi, ritengo che, localizzando a fini giurisdizionali il danno da illecito concorrenziale nel paese sul cui mercato gli effetti negativi si sono riprodotti, si rende lo spazio giudiziario europeo un 'microcosmo' equilibrato<sup>92</sup>, dove l'identificazione dell'autorità competente a conoscere della pretesa

---

damage done to her reputation in each individual Member State (via Article 5(3)), with the claims arising from this last option being limited to the losses that stemmed from the publication of the defamatory material within each said Member State». Negli stessi V. altresì T. BALLARINO, "L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico", *Riv. dir. internaz.*, 2008, a p. 77, dove parla di «principio territorialistico enunciato dalla Corte nel caso *Shevill* per le azioni da illecito civile: ciascun giudice comunitario ha competenza per statuire soltanto in ordine ai danni verificatisi nel territorio dello Stato cui appartiene».

<sup>87</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, pp. 99-100.

<sup>88</sup> Nelle parole di F. MUNARI, "Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza", *Riv. dir. internaz.*, 2016, a p. 57: «[In ambito *antitrust* vi è] frequente concorso di giurisdizioni sulla medesima fattispecie. In materia di concentrazioni [...] sovente si assiste anche a una diversa valutazione sull'ammissibilità o meno della concentrazione, con conseguente onere delle imprese di ottenere l'autorizzazione alla fusione da parte di tutte le autorità degli ordinamenti che si ritengono competenti-o interessati- a delibare l'operazione. Ma lo stesso vale anche per le pretese violazioni delle norme *antitrust*, rispetto alle quali, salvo eventuali cooperazioni stabilite in via pattizia, non vale affatto il principio del *ne bis in idem* e quindi non è infrequente l'avvio, in parallelo, di più procedimenti di infrazione dinanzi a diverse giurisdizioni». Vedasi altresì J. BASEDOW, "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", *La.L.Rev.*, 2000, a p. 1041: «[T]he assessment of one and the same anticompetitive behaviour in two countries involved may be very different although it is based on similar rules».

<sup>89</sup> V. M. DANOV, "Global Competition Law Framework: A Private International Law Solution Needed", *J.Priv.Int.L.*, 2016, p. 80.

<sup>90</sup> Il contesto della concorrenza viene indicato in via esemplificativa da H. MUIR WATT come ambito nel quale la funzione regolatoria si svolge sottoforma di *network*, in "Governing Networks. A Global Challenge for Private International Law", *Mastrich J Eur Comp Law*, 2015, pp. 356-357.

<sup>91</sup> V. *supra* §§ 6 e 8.

<sup>92</sup> Sulla coincidenza di *ius e forum* quale caratteristica dello spazio giudiziario europeo così come derivante dall'impiego funzionale del diritto internazionale privato, v. H. MUIR WATT, "Globalisation and Private International Law", in *Encyclopedia of Private International Law*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Elgar, 2017, p. 851.

risarcitoria diventa più agevole. In conseguenza di ciò (i) la cognizione della causa avverrà in modo più spedito, grazie anche all'eventuale intervento delle autorità pubbliche della concorrenza e all'effetto vincolante delle loro decisioni; (ii) l'attore sarà incentivato alla promozione di azioni risarcitorie, grazie all'effetto vincolante delle decisioni rese dalle autorità pubbliche della concorrenza e (iii) si delinea un quadro ordinato, dove alla localizzazione del nocumento concorrenziale seguirà l'attribuzione della competenza all'applicazione pubblica e privata del diritto della concorrenza alle autorità dello stesso Stato, consentendo agli effetti deterrenti di seguire il loro corso.

**43.** Traducendo tali concetti secondo categorie “tradizionali”, il giudice del paese sul cui mercato si ripercuotono gli effetti della condotta anticoncorrenziale è quello il cui intervento, agevolato dalla vicinanza spazio-giuridica e dall'applicazione del proprio diritto nazionale<sup>93</sup>, si rivela più prevedibile alle parti in causa. Inoltre, l'agile cooperazione con l'autorità nazionale della concorrenza, rende il suo intervento preferibile da un punto di vista di costi processuali e di celerità nello svolgimento del giudizio.

---

<sup>93</sup> Nelle parole di E. FRONCZAK, “*Cuius legislatio, eius iurisdictio? The Emerging Synchronisation of European Private International Law on Tort*”, *ERA Forum*, 2016, a p. 185, «As a matter of fact, the law applicable to a given dispute can also have an influence on the expediency of the proceedings and sound administration of justice in general. The process of adjudicating will definitely be faster and the possibility of error much lower, if the applicable law is directly available in the language of the court seised and its provisions, including their interpretation in the legal writing and domestic case law, are known to this court. The whole procedure may be affected when a court of a Member State has to apply the law of another Member State or a few of them to decide one case. The use of foreign law will also have an impact on the costs of the proceedings». V. altresì E. LEIN, “Special Jurisdiction (Article 7(2))”, in *The Brussels I Regulation Recast*, a cura di A. DICKINSON e E. LEIN, Oxford University Press, 2015, pp. 161-62.