

Gruppi di società e giurisdizione nell'ambito del private enforcement del Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea

Groups of companies and jurisdiction in the context of the private enforcement of Competition Law of the European Union

SILVIA MARINO

*Associate Professor in EU Law
University of Insubria
Como/Varese, Italy*

Recibido: 23.05.2022 / Aceptado 10.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7236

Riassunto: Il presente lavoro analizza le implicazioni internazionalprivatistiche del principio dell'unità economica nell'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Prendendo spunto dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Sumal*, viene analizzata la rilevanza del principio nel *private enforcement*. Quindi si verificano gli effetti dell'applicazione del regolamento n. 1215/2012 e del regolamento n. 864/2007 agli illeciti antitrust con implicazioni transfrontaliere per sottolinearne, in conclusione, il *favor* che il principio dell'unità economica implicitamente realizza nei confronti dei danneggiati, in particolare dei consumatori o degli utilizzatori finali.

Parole chiave: *private enforcement* del diritto della concorrenza, principio dell'unità economica, foro dell'illecito, foro della succursale, dell'agenzia o della filiale, legge applicabile agli atti limitativi della concorrenza.

Abstract: This contribution analyses the cross borders effects of the concept of economic unit within EU competition law. The CJEU's case in *Sumal* offers the opportunity to investigate the applicability and the impact of the concept within the private enforcement. Then, the effects of the application of regulation No. 1215/2012 and of regulation No. 864/2007 are analysed with regard to the antitrust infringements with cross borders implications, in order to examine finally the favourable impact for the protection in favour of the victims, with particular regard to consumers, driven by the concept.

Keywords: private enforcement of EU competition law, concept of economic unity, jurisdiction in torts, special jurisdiction for the operation of a branch, an agency or any other establishment; law applicable to acts restricting free competition.

Sommario: I. Introduzione: la fattispecie nella sentenza *Sumal*. II. L'unità economica nel diritto della concorrenza dell'Unione europea. III. La prospettiva dell'onere probatorio nelle azioni *follow on e stand alone*. IV. Il gruppo societario nell'ambito del diritto processuale internazionale dell'Unione europea. 1. Il carattere transfrontaliero della fattispecie. 2. Il foro della succursale. 3. Il foro dell'illecito civile. 4. Quale rilevanza per il foro del contratto? V. Il principio dell'unità economica nella determinazione della legge applicabile alla responsabilità per illecito antitrust. VI. Alcune riflessioni conclusive.

I. Introduzione: la fattispecie nella sentenza *Sumal*

1. La recente sentenza nel caso *Sumal*¹ offre l'opportunità di riflettere sul *private enforcement* del diritto della concorrenza alla luce della direttiva 2014/104² e degli strumenti europei di diritto internazionale privato e processuale. La fattispecie ha ad oggetto la responsabilità aquiliana della società figlia per condotte anticoncorrenziali realizzate dalla società madre e accertate in una decisione della Commissione.

2. In particolare, la Mercedes Benz Trucks España è un'impresa detenuta al 100% dalla società Daimler. Per il tramite di una concessionaria della prima, la Sumal ha acquistato due autocarri. Il 19 luglio 2016 la Commissione ha adottato una decisione relativa a un procedimento iniziato a norma dell'art. 101 TFUE³, nella quale ha accertato che la società Daimler ha partecipato ad accordi anticoncorrenziali sul mercato, consistenti nella fissazione di prezzi degli autocarri, assieme ad altri quattordici produttori europei, nel periodo intercorrente dal 17 gennaio 1997 al 18 gennaio 2011. A seguito di tale decisione, la Sumal ha proposto un'azione di risarcimento dei danni presso i giudici spagnoli (Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Barcelona), per una somma corrispondente al sovrapprezzo pagato a causa del cartello cui aveva partecipato la Daimler. L'azione è intentata nei confronti del venditore diretto, la Mercedes Benz Trucks España. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso, dal momento che l'unico soggetto responsabile della condotta anticoncorrenziale era la società madre. In appello, l'Audiencia Provincial de Barcelona dubita della possibilità di estendere l'accertata responsabilità della società madre a una società figlia non soggetta a una decisione della Commissione. Nel rinvio pregiudiziale, il giudice *a quo* menziona alcune divergenze nella giurisprudenza spagnola sull'interpretazione della dottrina dell'unità economica nell'individuazione dell'impresa, per cui secondo talune corti essa implica la responsabilità della società figlia per infrazioni commesse dalla società madre, secondo altre questa conseguenza è esclusa, essendo solo possibile il rapporto inverso, ovvero la responsabilità della società madre per violazioni compiute dalla società figlia.

3. Pertanto, il giudice d'appello pone alla Corte di giustizia dell'Unione europea quattro questioni pregiudiziali, volte a chiarire se il principio dell'unità economica nel diritto della concorrenza giustifichi l'estensione della responsabilità civile dalla società madre alla società figlia ed eventualmente a quali condizioni; se rilevi il fatto che quest'ultima abbia tratto vantaggio indebito dalle condotte anticoncorrenziali della società madre capogruppo; infine, se la normativa spagnola, e in particolare l'art. 71, par. 2, della legge sulla tutela della concorrenza, sia compatibile con la dottrina dell'unità economica, dal momento che ammette la sola estendibilità della responsabilità della società figlia alla società madre, subordinatamente a talune condizioni, e non viceversa.

4. Le questioni pregiudiziali non hanno direttamente ad oggetto disposizioni di diritto internazionale privato o processuale europeo, né sembrano coinvolgere l'applicazione dei regolamenti relativi alla cooperazione giudiziaria civile. Tuttavia, nei parr. 65 e 66 la Corte pone alcune osservazioni sull'applicazione del regolamento n. 1215/2012 in materia civile e commerciale⁴ alla luce della possibilità di instaurare un procedimento civile presso il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto. Sebbene si tratti di un *obiter dictum*, il breve apprezzamento della Corte consente di svolgere talune riflessioni sugli aspetti internazionalprivatistici nel *private antitrust enforcement*, con particolare riferimento ai gruppi societari.

¹ Corte di giustizia 6 ottobre 2021, *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800.

² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, *GUUE* L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1–19.

³ Decisione C(2016) 4673 final relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 [TFUE] e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso AT.39824 – Autocarri),

⁴ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, pp. 1 ss.

II. L'unità economica nel diritto della concorrenza dell'Unione europea

5. Il principio dell'unità economica è stato elaborato dalla Corte di giustizia al fine di interpretare il concetto di *impresa*, soggetto cui sono destinate le norme del Trattato in materia di concorrenza⁵. Quest'ultima nozione può riguardare un'unità economica costituita da più persone fisiche o giuridiche⁶, strettamente collegate tra di loro da un punto di vista economico o giuridico. Da questo collegamento discende che un'impresa non decide in modo autonomo il suo comportamento sul mercato, ma che quest'ultimo è determinato da altra impresa, che esercita un'influenza determinata sulla prima⁷. Non rileva il fatto che l'ente, che realizza la condotta, sia formalmente separato e detenga autonoma personalità giuridica⁸, affinché sia possibile individuare di fatto un'unica impresa sul mercato⁹.

6. Casi tipici sono individuati nell'integrale o nella rilevante partecipazione nella società figlia da parte di una società madre, o nel gruppo di società con al vertice una società *holding*. Affinché queste entità possano essere considerate unitariamente al fine dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, non è sufficiente un mero rapporto di dipendenza, ma è necessario che una società eserciti un controllo completo ed effettivo sull'altra (o sulle altre), in modo tale che quest'ultima non possa determinare autonomamente la propria posizione sul mercato¹⁰.

7. In questa ipotesi, la condotta può essere imputata all'impresa che ha assunto la decisione di realizzare una pratica anticoncorrenziale, perché i legami economici e giuridici fra controllante e controllata consentono di imputare alla prima le condotte della seconda, il cui comportamento sul mercato è eterodeterminato. L'interferenza sul comportamento della controllata costituisce pertanto l'elemento centrale che consente l'imputazione del comportamento alla società madre¹¹. Nell'ambito del gruppo societario, la responsabilità ricade pertanto in capo al soggetto che abbia il potere di determinare le decisioni sul mercato, o di esercitarvi un'influenza determinante. Questa configurazione della responsabilità esclude che sia individuabile una forma di responsabilità oggettiva¹².

8. La prima conseguenza fondamentale dell'individuazione di un gruppo societario è che gli accordi conclusi al suo interno, sebbene astrattamente riconducibili alle condotte di cui all'art. 101 TFUE, non costituiscono una violazione del diritto della concorrenza¹³, perché hanno il mero scopo di ripartire i compiti all'interno del gruppo stesso¹⁴.

9. La seconda conseguenza attiene alla determinazione del soggetto giuridico titolare del potere decisionale all'interno del gruppo e della relativa responsabilità. Il principio dell'unità economica¹⁵ tro-

⁵ *concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, p. 47.

⁶ Corte di giustizia 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, par. 16; 20 giugno 1978, *Tepea BV c. Commissione*, 28/77, ECLI:EU:C:1978:133, par. 47; 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, par. 122; 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, par. 47-53.

⁷ Corte di giustizia 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, par. 40.

⁸ Corte di giustizia 20 gennaio 2011, *General Química SA e altri c. Commissione europea*, C-90/09, ECLI:EU:C:2011:21, par. 37 e 38.

⁹ L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 274.

¹⁰ Corte di giustizia 31 ottobre 1974, *Centrafarm*, 15/74, ECLI:EU:C:1974:114; 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione delle CE "United Brands"*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, par. 28; 12 luglio 1984, *Hydroterm*, 170/83, ECLI:EU:C:1984:271; 4 maggio 1988, *Bodson*, 30/87, ECLI:EU:C:1988:225.

¹¹ Corte di giustizia 10 settembre 2009, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione*, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, par. 77.

¹² L. DE SANCTIS, "L'imputabilità della responsabilità delle violazioni *antitrust* e i gruppi di società", in *Dizionario sistematico*, cit., p. 212 specifica che "ai fini dell'imputabilità, non è sufficiente che la società controllante goda della mera possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'autore della violazione".

¹³ L. DE SANCTIS, *op. loc. cit.*

¹⁴ Sentenza *Centrafarm*, cit., par. 41; Tribunale 12 gennaio 1995, *Viho*, T-102/92, ECLI:EU:T:1995:3.

¹⁵ *Amplius*, soprattutto con riferimento alla prova: L. DE SANCTIS, *op. cit.*, pp. 214 ss.

va il suo più fertile terreno quando un'impresa detenga partecipazioni nella quota o nel capitale sociale di un'altra. Nel caso *ICI*¹⁶ la Corte di giustizia ha imputato alla società madre, avente sede in uno Stato terzo, il comportamento realizzato da società figlie aventi sedi in diversi Stati membri¹⁷. Il principio dell'unità economica consentiva infatti di individuare un potere decisionale proprio ed esclusivo della società madre, che era stato utilizzato al fine di imporre alle imprese affiliate pratiche di fissazione dei prezzi contrarie all'art. 101 TFUE¹⁸.

10. Il collegamento giuridico della partecipazione sociale non è necessario ai fini dell'applicazione del principio. Esso è stato utilizzato anche nei rapporti fra fornitore e distributore, qualora quest'ultimo non sopporti in proprio alcun rischio per l'attività economica, sebbene sia formalmente distinto e giuridicamente indipendente rispetto al primo¹⁹.

11. Una particolare utilità dell'applicazione del principio è stata rilevata nell'ambito del *public enforcement*, dal momento che è possibile imputare all'intero gruppo la responsabilità della violazione anticoncorrenziale commessa da un singolo membro del gruppo, con il conseguente obbligo di pagare l'ammenda comminata nella decisione della Commissione²⁰, fermo restando che le responsabilità personali di ciascuna possano essere diverse²¹.

12. La peculiarità della fattispecie nel caso *Sumal* è determinata dal fatto che sia invocata la responsabilità della società figlia, detenuta al 100%, per comportamenti realizzati dalla società madre. Invece, l'estensione della responsabilità è più agevolmente individuabile nel rapporto opposto, ovvero per comportamenti posti in essere dalla società figlia, previe decisioni della società madre, cui la prima deve attenersi in forza della struttura e dell'organizzazione del gruppo.

13. La Corte di giustizia conferma l'applicabilità del principio dell'unità economica anche nell'ambito del *private antitrust enforcement*. Infatti, il diritto della concorrenza dell'Unione europea fa riferimento alla nozione di *impresa*, e non di società o di persona giuridica, con ciò stabilendo quale criterio decisivo l'esistenza di un'unità di comportamento sul mercato, a prescindere dalle qualificazioni giuridiche. Questa entità economica è tenuta a rispondere dell'infrazione dell'art. 101, par. 1 TFUE una volta che sia provato che almeno un'entità giuridica, facente parte di tale unità economica, abbia violato il diritto della concorrenza. In tal modo, è possibile considerare che l'impresa costituita dall'unità economica abbia commesso un illecito anticoncorrenziale e che tale circostanza sia rilevata in una decisione della Commissione divenuta definitiva.

14. L'individuazione di un'unità economica rende meno rilevante l'esatta determinazione del soggetto, al suo interno, cui è imputabile la condotta antigiuridica. Tuttavia, non è possibile far valere la responsabilità solidale della società figlia per ogni comportamento della società madre. Infatti, l'organizzazione dei gruppi di società è variabile, tanto che, ad esempio, all'interno del conglomerato la stessa società può essere a capo di diversi gruppi, distinguibili per oggetto sociale e settore economico di appartenenza. Pertanto, l'imputazione di responsabilità alla società figlia può sussistere solo se sia dimostrata "l'esistenza di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile" (par. 51 della sentenza *Sumal*). In caso

¹⁶ Corte di giustizia, 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, par. 134.

¹⁷ Per un'analisi degli effetti dell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea: P. DE PASQUALE, "L'applicazione extraterritoriale dei divieti *antitrust*" in *Dizionario sistematico*, cit., pp. 144 ss.

¹⁸ Analogamente, per l'applicazione dell'art. 102 TFUE: Corte di giustizia 12 maggio 2022, *Enel*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379.

¹⁹ Sentenza *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, cit.; Corte di giustizia 11 settembre 2008, *CEPSA*, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

²⁰ Corte di giustizia 29 marzo 2011, *Arcelor*, cause riunite C-201/09P e C-216/09P, ECLI:EU:C:2011:190; 11 luglio 2013, *Commissione europea c. Stichting Administratiekantoor Portielje e Gosselin Group NV*, causa C-440/11P, ECLI:EU:C:2013:514.

²¹ L. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 213.

contrario, la vittima potrebbe far valere la responsabilità di qualsiasi società figlia della casa madre, anche se operante su mercati diversi, che non presentino alcun legame con la propria attività e nei quali essa non risulti nemmeno indirettamente coinvolta.

15. Correttamente, l'estendibilità della responsabilità dalla società madre alla società figlia è limitata a una nozione funzionale di impresa e di unità economica, che consideri contemporaneamente sia i collegamenti giuridici ed economici, sia i legami di fatto, ovvero i mercati nei quali le imprese operano. Del resto, parrebbe contraddittorio rinvenire un'unità, qualora le imprese interessate non operino nello stesso settore economico, perché ciò consentirebbe di far valere la responsabilità di qualsiasi impresa del gruppo per comportamenti di qualsiasi altra impresa, con grave pregiudizio sia per l'organizzazione imprenditoriale, sia per la certezza del diritto.

16. La sentenza chiarisce pertanto l'interpretazione dell'art. 2, par. 1, n. 2 della direttiva 2014/104, secondo il quale "autore della violazione" è "l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza", senza alcuna specificazione quanto all'imputabilità del comportamento²². Il principio dell'unità economica è confermato, salva la valutazione del legame concreto tra l'attività economica e l'oggetto dell'illecito anticoncorrenziale quando si intenda far valere la responsabilità della società figlia.

III. La prospettiva dell'onere probatorio nelle azioni *follow on* e *stand alone*

17. Il *private enforcement* del diritto della concorrenza è costituito da azioni *follow on*, ovvero successive a una decisione della Commissione o di un'Autorità nazionale garante per la concorrenza e il mercato²³, che in vario modo accerti la condotta *antitrust*, ovvero *stand alone*, precedenti e indipendenti da qualsiasi accertamento da parte degli organi competenti²⁴.

18. La principale differenza ravvisabile fra le due tipologie di azioni attiene all'onere della prova: nella prima ipotesi, la condotta antiggiuridica è già dimostrata per l'avvenuto accertamento da parte di un'autorità competente; nel secondo caso, essa deve essere dimostrata giudizialmente dall'attore.

19. Nelle azioni *follow on* risulta fondamentale garantire una qualche efficacia processuale alle decisioni delle autorità competenti. Ai sensi dell'art. 9, par. 1 della direttiva 2014/104, le decisioni

²² Al contrario, la Corte di giustizia aveva già avuto modo di chiarire la legittimazione attiva alle azioni di *private enforcement*, che spetta a chiunque abbia subito un danno derivante dalla condotta anticoncorrenziale (Corte di giustizia 20 settembre 2001, *Courage*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465; 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461; 6 novembre 2012, *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684; 5 giugno 2014, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317). Questa giurisprudenza è stata codificata dall'art. 3, par. 1 della direttiva 2014/104, secondo il quale "qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno".

²³ Il ruolo delle Autorità garanti nazionali è stato recentemente rafforzato con la Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, *GUUE* L 11 del 14 gennaio 2019, pp. 3–33, su cui: S. MARINO, "Il rafforzamento dell'azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza: un nuovo impulso dall'Unione europea", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, pp. 537-557; A.M. ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, Bari, Cacucci, 2020.

²⁴ L'attuale ripartizione delle competenze fra Commissione, autorità garanti nazionali e organi giurisdizionali nazionali deriva dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, *GU L* 1 del 4 gennaio 2003, pp. 1–25, su cui, *ex multis*: L. IDOT, "Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)", *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 283 ss.; H. NYSSSENS/N. PECCHIOLO, "Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza", *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 361; L. PIGNATARO, "La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE", *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, pp. 233 ss.; A. ADINOLFI/S. AMADEO/L. DANIELE/B. NASCIBENE (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2007.

dell'autorità nazionale dello Stato in cui è instaurato il procedimento giurisdizionale, divenute definitive, e quindi eventualmente anche a seguito dell'esperienza di tutti i rimedi giurisdizionali previsti dal diritto interno²⁵, devono avere effetti vincolanti nel procedimento avente ad oggetto il risarcimento del danno per quanto attiene la constatazione della violazione²⁶. Non sono ammesse prove contrarie.

20. Gli stessi effetti giuridici non possono essere assegnati alle decisioni delle autorità garanti di altri Stati membri, in assenza di una vera e propria cooperazione amministrativa transfrontaliera e di un principio di mutuo riconoscimento degli atti e dei provvedimenti amministrativi nell'Unione europea²⁷. Tuttavia, il diritto della concorrenza beneficia della rete di cooperazione istituita fra le autorità nazionali e la Commissione ai sensi degli artt. 11 ss. del regolamento n. 1/2003. Pertanto, non si può affermare che i provvedimenti adottati da un'autorità nazionale siano del tutto sconosciuti nella forma e nella sostanza negli altri Stati membri, né che il diritto applicato da queste autorità sia significativamente diverso o addirittura lesivo dell'ordine pubblico dello Stato membro del giudice adito. Ne consegue che è possibile ammettere una limitata efficacia dei provvedimenti stranieri nel procedimento giurisdizionale di *private antitrust enforcement*.

21. Ai sensi dell'art. 9, par. 2 della direttiva 2014/104, questi provvedimenti devono produrre almeno l'effetto di prova *prima facie* dell'infrazione, la quale può essere valutata assieme ad altre prove. Questa disposizione, pur lasciando un certo margine di discrezionalità in fase di trasposizione, presuppone un alto livello di reciproca fiducia fra gli Stati membri²⁸. In una prospettiva futura, a seguito dell'attuazione della direttiva 2019/1 da parte di tutti i paesi membri²⁹, nell'ambito del rafforzamento della *European Competition Network* ivi stabilita, è possibile immaginare l'attribuzione di effetti transfrontalieri ancora più pervasivi a favore dei provvedimenti definitivi delle autorità nazionali.

22. L'efficacia delle decisioni della Commissione nei procedimenti giurisdizionali erano già disciplinate dall'art. 16 del regolamento 1/2003, che codifica la giurisprudenza *Masterfoods*³⁰ della Corte di giustizia. La decisione della Commissione ha effetti vincolanti: i giudici e le autorità garanti nazionali non possono adottare alcuna misura in contrasto con una decisione della Commissione. Inoltre, le giurisdizioni nazionali non possono adottare alcun provvedimento confliggente con una *prevista* decisione della Commissione, e a tal fine possono sospendere il procedimento nelle more dell'adozione del provvedimento da parte dell'istituzione. L'effetto vincolante della decisione della Commissione non preclude al giudice nazionale l'esperibilità del rinvio pregiudiziale di validità della stessa, alle condizioni di cui all'art. 263, par. 2 TFUE³¹.

23. Invece, nelle azioni *stand alone* l'onere della prova rischia di essere difficilmente soddisfatto dalla vittima, alla luce della complessità delle fattispecie e della difficoltà ad accedere agli elementi di

²⁵ B. CORTESE, "Defining the Role of Courts and Administrative Bodies in Private Enforcement in Europe: United in Diversity?", in B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, p. 145.

²⁶ Prima della direttiva, la giurisprudenza italiana si orientava nel senso che la decisione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato italiana costituiva una prova privilegiata: Cassazione Civile, sez. I, 13 febbraio 2009, No 3638; Cassazione Civile, n. 3640/2009; Cassazione Civile, sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486; Cassazione Civile, sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262.

²⁷ S. BARIATTI/L. PERFETTI, "Prime osservazioni sulle previsioni del 'Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust' della Commissione e del codice del consumo", in B. NASCIBENE/F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 3-30.

²⁸ B. NASCIBENE, "La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)", *Eurojus*, 2017, p. 1; O. PALLOTTA, "Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato", *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 636.

²⁹ Al momento in cui si scrive (maggio 2022), la direttiva risulta ancora non trasposta da: Estonia, Irlanda, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Slovenia, che non hanno comunicato alcuna misura di attuazione (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NIM/?uri=CELEX:32019L0001&qid=1652778267010>), nonostante la scadenza del termine di trasposizione fissata al 4 febbraio 2021.

³⁰ Corte di giustizia 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream, Ltd.*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

³¹ Corte di giustizia 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

prova, che più frequentemente rientrano nella disponibilità della/e impresa/e che ha compiuto l'illecito³². La direttiva 2014/104 pone alcune disposizioni di armonizzazione sull'accesso e sulla presentazione della prova. Senza poterne fornire accurato esame, si sottolinea che esse hanno campo di applicazione generale, ma proprio per la disciplina dell'efficacia dei provvedimenti delle autorità *antitrust*, esse hanno una maggior utilità e un campo di applicazione naturale nei procedimenti *stand alone*.

24. In particolare, l'art. 5 è dedicato all'esibizione delle prove che si trovino nella disponibilità del convenuto o di un terzo. Il giudice nazionale può ordinare la loro presentazione su richiesta dell'attore che abbia fornito una giustificazione ragionevole e prove a sostegno della propria pretesa. Queste condizioni sono atte ad evitare le c.d. "fishing expeditions", nelle quali il richiedente non conosce il tipo e i contenuti dei documenti rinvenibili, ma cerca di ottenere prove sollecitando un ordine generico di esibizione. Alcuni limiti sono posti per la tutela di informazioni confidenziali o segrete, lasciando un certo margine di discrezionalità al giudice adito.

25. Qualora i documenti da assumere nel procedimento siano contenuti nel fascicolo di un'autorità nazionale per la concorrenza³³, l'art. 6 della direttiva, nel bilanciamento fra *public* e *private enforcement*, limita il margine di discrezionalità del giudice³⁴. Esso istituisce una "black list" di documenti non accessibili relativi ai programmi di clemenza³⁵, superando così la giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Pfleider* e *Donau Chemie*³⁶; e una "grey list" di documenti che sono accessibili solo dopo la chiusura del procedimento dell'autorità nazionale per la concorrenza³⁷. Gli altri documenti rientrano nella lista bianca, e la loro esibizione può essere ordinata in ogni momento.

26. Alla luce delle conseguenze in termini processuali e di ottenimento delle prove fra *follow on* e *stand alone actions*, risulta chiaro che le prime siano più agevoli per la vittima. Il principio dell'unità economica consente di trattare come cause *follow on* controversie che di fatto sarebbero *stand alone*, come si è verificato nel caso *Sumal*. Infatti, nessun accertamento di illecito anticoncorrenziale sussisteva per la società figlia. Tuttavia, l'unità economica consente di estendere la portata della decisione della Commissione a tutti i soggetti economici controllati dalla società madre, con il definitivo accertamento della condotta antiggiuridica anche nei confronti delle società figlie, controllate o partecipate.

27. L'individuazione di una unità economica all'interno del gruppo evita un ulteriore onere in capo alla vittima, derivante dalla possibile avvenuta traslazione del beneficio derivante dalla condotta anticoncorrenziale ad altro soggetto. Infatti, nel caso concreto, non è necessario dimostrare che il vanta-

³² P. BIAVATI, "Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 105.

³³ Per ulteriori approfondimenti: S. MARINO, "EU Competition Law After Directive 2014/104/EU and Its Implementation in Italy", in S. MARINO/L. BIEL/M. BAJČIĆ/V. SOSONI (eds.), *Language and Law. The Role of Language and Translation in EU Competition Law*, Cham, Springer, 2018, p. 146.

³⁴ La direttiva lascia impregiudicato il Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GU L 145* del 31 maggio 2001 2012, p. 43 sull'esibizione di documenti nella disponibilità della Commissione europea. Per le sue prime applicazioni nell'ambito del diritto della concorrenza: A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, Oxford, 2008, p. 108; V. ROSE/D. BAILEY, *BELLAMY & CHILD European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, p. 1227; L.F. PACE, "The Court of Justice 'Antitrust Enforcement Negative Harmonisation Framework' and the CDC and Pfeleiderer Judgments: 'Another Brick in the wall'", in B. CORTESE (ed.), *op. cit.*, p. 247; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 131.

³⁵ S. BASTIANON, "La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate", in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 111-120; A. SCETTINO, "Il difficile rapporto tra *private* e *public enforcement*: il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza", *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 154.

³⁶ Corte di giustizia 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389; 6 giugno 2013, *Donau Chemie*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366.

³⁷ Sulla nozione di chiusura del procedimento sono già sorte le prime difficoltà interpretative, con particolare riguardo alla sospensione del procedimento per successivo avvio del procedimento da parte della Commissione (causa *RegioJet*, C-57/21).

ggio beneficiato dalla società madre sia stato traslato alla società figlia, che ha quindi imposto il sovrapprezzo al proprio acquirente, dal momento che le due società costituiscono un'entità unica sul mercato. In assenza del principio dell'unità economica, il danneggiato avrebbe dovuto altresì affrontare il delicato aspetto della traslazione del danno nella catena di distribuzione. Sebbene la direttiva 2014/104 ponga una rigida disciplina della c.d. *passing-on defence*³⁸, improntato alla tutela della vittima, si tratterebbe pur sempre di un onere ulteriore per la vittima nella dimostrazione del comportamento antiggiuridico e del danno subito, che di disincentivare l'instaurazione di azioni risarcitorie.

IV. Il gruppo societario nell'ambito del diritto processuale internazionale dell'Unione europea

1. Il carattere transfrontaliero della fattispecie

28. L'*obiter dictum* nella sentenza *Sumal* consente di sottolineare l'ampiezza con cui può essere interpretato il carattere transnazionale della controversia, alla luce del considerando n. 3 del regolamento n. 1215/2012. Infatti, è sufficiente che una parte della condotta antiggiuridica – ovvero l'intesa anticoncorrenziale – sia realizzata in uno Stato membro diverso da quello in cui si collocano tutti gli altri elementi della fattispecie – ovvero il domicilio dell'attore e del convenuto, la vendita sovrapprezzo e il conseguente danno. Si tratta di un importante chiarimento, per quanto implicito e non richiesto dal giudice *a quo*, alla luce delle difficoltà di individuare gli esatti contorni delle fattispecie con implicazioni transfrontaliere³⁹, in opposizione alle fattispecie puramente interne.

29. La precisazione è ulteriormente importante nell'ambito del gruppo societario, che in quanto tale può essere composto da più imprese, aventi sedi in Stati membri diversi. L'azione nei confronti di una parte contrattuale, che abbia sede nel paese del domicilio dell'attore, per una prestazione da eseguire nel medesimo luogo, che ivi cagioni danni, acquisisce carattere transfrontaliero per il fatto che una porzione della condotta sia stata realizzata da un'altra società all'interno del medesimo gruppo, con sede altrove, con ripercussioni dirette sul comportamento commerciale dell'impresa convenuta. Una simile fattispecie non è del tutto peregrina nell'ambito di rapporti infragruppo, o fra società partecipate e controllate, e consente di fatto di esperire il *forum actoris* per far valere la violazione *antitrust* compiuta dalla società madre, avente sede in un altro Stato membro.

2. Il foro della succursale

30. Le difficoltà di individuazione del foro competente per le controversie nei confronti di una società appartenente a un gruppo societario, o comunque collegata o partecipata da altra società, sono evidenti nella disciplina della giurisdizione di cui al regolamento n. 1215/2012. Di seguito sono proposte alcune riflessioni con riferimento a due fori speciali stabiliti dall'art. 7, dal momento che paiono di particolare interesse nell'esame della rilevanza dell'unità economica ai fini dell'individuazione della giurisdizione. Sebbene la questione non sia sorta nel procedimento *a quo*, si può ritenere che il giudice rimettente abbia assunto giurisdizione sul fondamento del domicilio del convenuto, di cui all'art. 4 del

³⁸ Secondo l'art. 13, l'impresa ha la possibilità di dimostrare che l'acquirente diretto abbia trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dall'intesa. Siccome sono possibili molteplici azioni da parte di vittime collocate nelle diverse fasi della catena di approvvigionamento, l'art. 15 della direttiva è volto ad evitare situazioni di sovra o di sotto-compensazione. È interessante sottolineare che questa è l'unica disposizione della direttiva a menzionare uno strumento sulla cooperazione giudiziaria civile, ovvero il regolamento n. 1215/2012. La possibile pendenza di numerose cause esperite dalle molteplici vittime, che possono essere connesse per la presenza di uno stretto collegamento, viene quindi risolta sulla base della connessione attributiva di cui all'art. 30 del regolamento.

³⁹ M. GIULIANO, "La loi applicable aux contrats: problèmes choisis", *Recueil des cours*, vol. 158, 1977, p. 225; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 294; T. DE BOER, "Facultative Choice of Law The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law", *Recueil des cours*, vol. 257, 1996, p. 244.

regolamento n. 1215/2012, corrispondente, nel caso, al domicilio dell'attore. Proprio valorizzando il principio dell'unità economica, non avrebbe avuto alcun pregio ed alcuna utilità l'instaurazione di un litisconsorzio ai sensi dell'art. 8, n. 1, con la società madre, avente sede in Germania. Infatti, lo stesso tipo di responsabilità è invocabile nei confronti di entrambe, e la pluralità di convenuti avrebbe potuto creare un dubbio circa la vera unità di fatto fra le due società⁴⁰.

31. Com'è noto, l'art. 7, n. 5 reca un foro speciale ed alternativo al foro del domicilio del convenuto, "qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività". Il giudice competente è quello del luogo in cui essa è situata. Secondo un'interpretazione autonoma del diritto dell'Unione europea, costituisce una filiale, un'agenzia o una succursale, un centro operativo materialmente organizzato in modo da poter intrattenere rapporti con i terzi, a prescindere dalla sua formale qualificazione e iscrizione negli appositi registri. È necessario che l'impresa si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa madre, che disponga di una direzione e sia materialmente attrezzata in modo da poter trattare con terzi, cosicché questi ultimi sono dispensati dal rivolgersi direttamente alla casa madre⁴¹.

32. Ai fini dell'invocabilità del titolo di giurisdizione alternativo, le controversie devono riguardare l'attività di impresa realizzate dal centro operativo, o comunque ad esso riconducibili. La presenza di una succursale nella circoscrizione dell'autorità giurisdizionale adita, che non abbia avuto alcun ruolo nel rapporto controverso, non è elemento idoneo a fondare la competenza giurisdizionale⁴².

33. Rientrano nel campo di applicazione dell'art. 7, n. 5, in particolare, gli impegni contrattuali assunti in nome dell'impresa, a prescindere dal luogo di esecuzione⁴³; le obbligazioni extracontrattuali relative all'esercizio del centro operativo; gli impegni assunti quanto all'utilizzo del luogo in cui è situato il centro operativo, ovvero nei confronti del personale ivi impiegato⁴⁴.

34. Il principio dell'unità economica si pone in senso alternativo rispetto all'invocabilità dell'art. 7, n. 5 del regolamento n. 1215/2012. Infatti, per l'individuazione di tale unità, è necessario che la società figlia non detenga un potere decisionale autonomo, nonostante l'esistenza di due entità giuridiche diverse. Invece, ai fini della competenza giurisdizionale, deve essere dimostrato un certo grado di autonomia del centro operativo, cui siano direttamente imputabili le condotte, nonostante il fatto che le entità giuridiche possano non essere perfettamente distinguibili. Ne consegue che nel caso *Sumal* l'art. 7, n. 5 del regolamento 1215/2012 non sarebbe stato invocabile nell'azione nei confronti della società figlia, parte di un'unità economica che non godeva neppure del potere di fissazione dei prezzi di rivendita delle merci prodotte dalla casa madre.

3. Il foro dell'illecito civile

35. Il foro alternativo di cui all'art. 7, n. 2 del regolamento n. 1215/2012 costituisce una delle opzioni più complesse per l'attore, alla luce della *Mosaikbetrachtung* costantemente seguita dalla Corte di

⁴⁰ Nel presente lavoro non è possibile fornire una disamina completa dei titoli di giurisdizione nel *private antitrust enforcement*, per la quale si rinvia a: A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El derecho internacional privado de la Unión europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, n. 2, pp. 7 ss.

⁴¹ Corte di giustizia 6 ottobre 1976, *De Bloos*, 14/76, ECLI:EU:C:1976:134; da ultimo: Corte di giustizia 20 maggio 2021, *CNP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, C-913/19, ECLI: ECLI:EU:C:2021:399. Non è pertanto sufficiente che una società sia proprietaria di un immobile situato in uno Stato membro diverso da quello della sua sede principale affinché sia ravvisabile una filiale, un'agenzia o una succursale *in situ rei* (Corte di giustizia ord. 19 novembre 2019, *INA-Industrija*, C-200/19, ECLI:EU:C:2019:985).

⁴² Corte di giustizia 11 aprile 2019, *ZX c. Ryanair DAC*, C-464/18, ECLI: ECLI:EU:C:2019:311.

⁴³ Corte di giustizia 6 aprile 1995, *Lloyd's Register*, C-439/93, ECLI:EU:C:1995:104.

⁴⁴ Corte di giustizia 22 novembre 1978, *Somafer*, 33/78, ECLI:EU:C:1978:205.

giustizia⁴⁵. Infatti, il luogo dell'evento dannoso, titolo di giurisdizione in materia di illeciti civili dolosi e colposi, è interpretato nel senso che sono alternativamente competenti i giudici del luogo in cui si è verificata la condotta antigiuridica, per l'intero danno⁴⁶, e quelli dei luoghi in cui si sono verificate anche solo parti del pregiudizio, ma con riferimento solo a queste ultime⁴⁷. Nella giurisprudenza relativa alle violazioni dei diritti delle personalità commesse *online*⁴⁸, a questi titoli di giurisdizione si aggiunge il centro degli interessi principali della vittima, probabilmente però non invocabile al di fuori di questa tipologia di illecito⁴⁹.

36. Nelle condotte anticoncorrenziali rilevanti ai fini dell'art. 101 o 102 TFUE, il danno ha ontologicamente natura transfrontaliera, dal momento che il comportamento deve essere in grado di pregiudicare la concorrenza nel mercato interno e gli scambi fra Stati membri. Poiché queste disposizioni considerano gli effetti anche potenziali sul mercato⁵⁰, il principio a mosaico sarebbe in grado di consentire l'assunzione di giurisdizione in ogni Stato membro sulla base del luogo in cui si è verificato un danno.

37. Inoltre, nei gruppi societari o nelle società partecipate o collegate anche il luogo dell'evento può essere plurilocalizzato, scindendosi nel luogo di assunzione della decisione e nel luogo di esecuzione⁵¹, nel momento in cui le imprese interessate possano essere considerate come un'unità economica ai fini della responsabilità⁵². Diverso può essere infatti il luogo in cui la decisione è assunta, ovvero la sede della società madre, da quello in cui essa è realizzata, ovvero il domicilio della società figlia. È astrattamente sufficiente che le sedi delle due imprese non si trovino nello stesso Stato membro.

38. La Corte di giustizia menziona solo questo titolo di giurisdizione per ricordare che il *private antitrust enforcement* rientra nella nozione di materia civile e commerciale ai fini dell'applicazione del regolamento e che l'art. 7, n. 2 attribuisce rilevanza ai luoghi sia dell'evento, sia del danno negli illeciti plurilocalizzati. Sulla scorta della precedente sentenza *Tibor-Trans*⁵³, la Corte precisa altresì che il danno consistente in costi aggiuntivi imposti a concessionari e trasferiti agli utenti finali costituisce un pregiudizio diretto ai sensi dell'art. 7, n. 2, trattandosi di una conseguenza immediata all'intesa anticoncorrenziale. Pertanto, il giudice dello Stato nel cui territorio si è verificato il danno risulta competente.

39. Questa precisazione da parte della Corte di giustizia pare utile al solo fine di indicare una diversa soluzione processuale, pur mantenendo la giurisdizione spagnola quale *forum actoris*. L'azione

⁴⁵ K. AUERNIG/C. KOLLER/M. SLONINA, "Keine Handlungsortszurechnung des Mittäters bei Urheberrechtsverletzung; Mo-saikprinzip für Erfolgsortsgerichtsstand", *Ecolex*, 2014, pp. 433-434; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 96 ss.

⁴⁶ Corte di giustizia 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

⁴⁷ Corte di giustizia 30 novembre 1976, *Bier*, 21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

⁴⁸ Corte di giustizia 25 ottobre 2011, *eDate*, cause riunite C-509/09 e C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685; 21 dicembre 2021, *Gtflix Tv*, C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036.

⁴⁹ S. MARINO, *Il ruolo del giudice nazionale nell'enforcement della disciplina sugli aiuti di stato dell'Unione europea*, Milano, Torino, Pearson, 2021, p. 140.

⁵⁰ Cortedi giustizia 31 maggio 1979, *Hugin*, 22/78, ECLI:EU:C:1979:138; 16 giugno 1981, *Salonia*, 126/80, ECLI:EU:C:1981:136; 11 luglio 1985, *Remia*, 42/84, ECLI:EU:C:1985:327; 11 luglio 1989, *Belasco*, 246/86, ECLI:EU:C:1989:301; 25 gennaio 2007, *Dalmine*, C-407/04P, ECLI:EU:C:2007:53.

⁵¹ Questa scissione è stata applicata da Gerechtshof Den Haag 29 gennaio 2021, *Milieudefensie* per l'individuazione della legge applicabile al danno ambientale derivante da estrazioni petrolifere in Nigeria, decise dalla società Shell presso la propria sede nei Paesi Bassi. La distinzione rileva ai sensi dell'art. 7 del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), *GU L* 199 del 31 luglio 2007, pp. 40-49, che attribuisce alla vittima la possibilità di richiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno. Il tribunale di primo grado olandese ha ritenuto che l'assunzione della decisione all'interno della politica industriale della casa madre già costituisca quel fatto idoneo produrre successivamente il danno.

⁵² Nella separazione fra l'assunzione e l'esecuzione della decisione il principio è di particolare rilevanza. Infatti, ai fini della determinazione della giurisdizione potrebbe essere posto un preliminare problema di conformità dell'azione alla decisione, della sua vincolatività (eventuale, totale o parziale) in capo all'impresa che l'ha eseguita, delle modalità di esecuzione. La configurabilità di un'impresa di fatto unica, tuttavia capace di agire in due o più luoghi, evita qualsiasi esame nel merito di questo tipo, che pare altresì inopportuno in una fase anticipata come quella dell'individuazione della giurisdizione (United Kingdom Supreme Court 12 febbraio 2021, *Okpabi and o. v. Royal Dutch Shell Plc and a.*, [2021] UKSC 3).

⁵³ Corte di giustizia 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635.

risarcitoria potrebbe cioè essere esperita alternativamente nei confronti della società madre, sul fondamento del luogo in cui si è concretizzato l'intero danno, ovvero la perdita economica della vittima. Tuttavia, alla luce delle osservazioni poste relativamente al principio dell'unità economica e della disciplina del trasferimento del vantaggio ottenuto tramite l'illecito *antitrust*, pare che questa soluzione non sia più efficace rispetto a quella perseguita dall'attore. Inoltre, il riconoscimento dell'unità economica consente di utilizzare il foro del domicilio del convenuto quale titolo di giurisdizione generale del regolamento n. 1215/2012, con maggiore immediatezza rispetto all'individuazione del luogo di concretizzazione del danno ai sensi dell'art. 7, n. 2, e di cui infatti il giudice *a quo* non dubita nell'assunzione della propria competenza giurisdizionale.

40. Infine, per la determinazione della competenza giurisdizionale, non hanno alcuna rilevanza altri potenziali danni che possano essere stati subiti da altri acquirenti dalle imprese appartenenti al medesimo gruppo. Nella sentenza *Volkswagen*, la Corte ha evitato di estendere il titolo di giurisdizione del centro di interessi della vittima all'illecito consistente nella contraffazione di un *software* inserito in una vettura⁵⁴. Si ritiene che questa soluzione sia determinata dal fatto che nella fattispecie sia individuabile un unico danno immediato in capo alla vittima, mentre la plurilocalizzazione del danno è solo potenziale, per l'indeterminato numero di contratti che potranno essere stipulati dai danneggiati con un novero di contraenti indeterminabile *a priori*. Questi elementi meramente potenziali non possono avere pregio nella determinazione della competenza giurisdizionale nel caso concreto.

4. Quale rilevanza per il foro del contratto?

41. L'*obiter dictum* della sentenza *Sumal* conferma l'irrelevanza di rapporti contrattuali sottostanti a un illecito anticoncorrenziale. L'azione risarcitoria deve essere in ogni caso qualificata come avente natura extracontrattuale, sebbene il rapporto fra le parti si fondi su un pre-esistente contratto.

42. Questa conclusione era già deducibile dalle sentenze *Apple*⁵⁵ e *Wikinghof*⁵⁶, relative a violazioni dell'art. 102 TFUE, nonostante l'esistenza di un contratto intercorrente fra le parti. Particolarmente nel secondo caso, è stata valorizzata la violazione del Trattato, piuttosto che le modalità con cui la violazione è avvenuta, cioè tramite l'inserimento di una clausola con effetti anticoncorrenziali nel contratto intercorrente fra le parti. Questa soluzione garantisce un'uniformità di trattamento nella cooperazione giudiziaria civile per comportamenti che risultano rilevanti per i loro effetti, più che per le loro modalità di attuazione, e la cui disciplina costituisce uno dei pilastri del diritto dell'Unione europea⁵⁷. Inoltre, per il danneggiato non rileva la forma con cui l'illecito è realizzato, tanto che, sulla scia della sentenza *Courage*, a talune condizioni la parte contrattuale può essere vittima dell'illecito e legittimato attiva all'azione risarcitoria.

43. Tale irrilevanza non consente di esperire i fori a tutela della parte debole, per i quali è sempre necessaria la conclusione di un contratto⁵⁸.

V. Il principio dell'unità economica nella determinazione della legge applicabile alla responsabilità per illecito *antitrust*

44. Sul fondamento della qualificazione operata dalla Corte di giustizia, la legge applicabile all'illecito anticoncorrenziale deve essere rinvenuta nel regolamento n. 864/2007, sulla legge applicabi-

⁵⁴ Corte di giustizia 9 luglio 2020, *Volkswagen*, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534.

⁵⁵ Corte di giustizia 24 ottobre 2018, *Apple*, C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854.

⁵⁶ Corte di giustizia 24 novembre 2020, *Wikinghof*, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950.

⁵⁷ Corte di giustizia 1 giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

⁵⁸ Corte di giustizia 23 dicembre 2015, *Hobohm*, C-297/14, ECLI:EU:C:2015:844; 10 dicembre 2020, *A.B. e B.B.*, C-774/19, ECLI:EU:C:2020:1015.

le alle obbligazioni non contrattuali, nel quale è stabilito un criterio di collegamento speciale destinato alla concorrenza sleale e agli atti limitativi della libera concorrenza (art. 6).

45. Sebbene il considerando n. 21 del regolamento definisca l'art. 6 come un chiarimento dell'art. 4, sussistono due importanti differenze. In primo luogo, nell'art. 6 è irrilevante la residenza abituale comune delle parti. Questa scelta è giustificata dalla volontà di assicurare una *par condicio concurrentium*⁵⁹ nel mercato interno, che prescindendo dall'origine delle imprese, degli acquirenti e dei consumatori, che operano tutti sullo stesso mercato. Rilevano, quindi, solo gli effetti delle condotte commerciali. In secondo luogo, nell'ambito dell'art. 6 non è possibile scegliere la legge applicabile, in via eccezionale rispetto al generale principio di libertà stabilito dal regolamento⁶⁰. La limitazione si giustifica in parte perché l'art. 6, par. 3 già consente una limitata *optio legis* a favore della vittima, in parte al fine di assicurare il perseguimento degli obiettivi di tutela del mercato e dei suoi operatori, come già bilanciati nella disposizione stessa.

46. Negli atti limitativi della concorrenza ai sensi dell'art. 6, par. 3 sono comprese le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE⁶¹. La Corte non ha tuttavia avuto ancora modo di interpretare specificamente i criteri di collegamento ivi stabiliti, piuttosto complessi. La regola generale è data dall'applicazione della legge del paese sul cui mercato ha o potrebbe avere effetto. Essa si pone in continuità con l'art. 4, par. 1, dal momento che concretizza il luogo del danno alla luce del particolare illecito di cui si tratta. Questo criterio di collegamento tuttavia non è univoco, se non nei casi in cui il ricorrente sia una persona fisica, o un concorrente che operi solamente su un mercato nazionale, o un acquirente, come nella fattispecie del caso *Sumal*. In queste ipotesi, il mercato su cui ha effetto la limitazione è solo quello del luogo della residenza o del domicilio della persona fisica, oppure della sede del concorrente.

47. In casi più complessi, la *Mosaikbetrachtung* per ogni parte di danno subito in ciascuno Stato membro⁶² comporterebbe l'applicazione di diverse normative nazionali alla stessa condotta antigiuridica. In questo ambito, il problema sorgerebbe non tanto nella valutazione dell'antigiuridicità della condotta⁶³, quanto nei termini delle conseguenze della stessa, dall'individuazione delle tipologie di danni risarcibili, alle loro quantificazione e liquidazione, nonché al diverso possibile apprezzamento del nesso causale. Per ogni legge applicabile a parte del danno, diversi sarebbero gli esiti.

48. L'art. 6, par. 3, lett. b) risolve solo in parte questa difficoltà. La disposizione considera infatti la produzione di effetti su più mercati nazionali, ma disciplina solamente casi particolari, lasciando lacunosa la disciplina per altre fattispecie rilevanti nei casi di *private enforcement* in esame. La prima

⁵⁹ H. VON HEIN, "Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 498.

⁶⁰ TH. M. DE BOER, "Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation", *Yearbook of Private International Law*, 2007, p. 24; P. BERTOLI, "Party Autonomy and Choice-of-law, Methods in the "Rome II" Regulation on the Law applicable to non-contractual Obligations", *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 229-264; T. KADNER GRAZIANO, "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 57.

⁶¹ Corte di giustizia 5 luglio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533; Sentenza, *Tibor Trans*, cit., par. 35.

⁶² H. HEISS/L.D. LOACKER, "Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II", *Juristische Blätter*, 2007, p. 613; A. JUNKER, "Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 3675; S. LEIBLE/M. LEHMANN, "Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II")", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2007, p. 721; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, OUP, 2008; L. DE LIMA PINHEIRO, "Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 5; G. WAGNER, "Die neue Rom II-Verordnung", *IPrax*, 2008, p. 1.

⁶³ Infatti, il principio del primato del diritto dell'Unione europea impone l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE ai giudici nazionali, come ulteriormente chiarito dall'art. 3, par. 1 e 2 del regolamento 1/2003. Per i profili internazionalprivatistici: C. SANTAOLALLA MONTROYA, "La interpretación necesaria del derecho de la competencia desde un enfoque ius internacional privatista", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, n. 1, pp. 527-544.

ipotesi considerata si verifica quando sia adito il giudice del domicilio del convenuto. La disposizione consente una scelta di legge unilaterale a favore del solo danneggiato. La scelta è tuttavia limitata alla *lex fori*, purché il mercato dello Stato membro del giudice adito sia pregiudicato dalla condotta anticoncorrenziale. La seconda fattispecie particolare disciplinata dalla lett. b) è il litisconsorzio, determinato da una pluralità di soggetti convenuti presso il giudice del domicilio di uno di essi. Anche in questo caso è lasciata all'attore la scelta della *lex fori* come applicabile, se quel mercato nazionale sia interessato direttamente e sostanzialmente dal pregiudizio concorrenziale.

49. Evidentemente questa disposizione, che pur considera la produzione di effetti pregiudizievole diffusi nel mercato interno e consente l'individuazione di una sola legge applicabile, non è idonea a fornire una risposta univoca alla questione della legge applicabile per gli illeciti con danni plurilocalizzati, qualora non siano soddisfatte tutte le condizioni di cui alla lett. b).

50. Nel caso del gruppo societario, in cui è maggiormente probabile che si producano effetti negativi concreti su più mercati nazionali, il criterio di collegamento della *lex fori*, sostanzialmente coincidente con il domicilio del convenuto, può risultare favorevole per l'attore. Infatti, si ampliano le possibilità di scelta di legge già previste dall'art. 6, par. 3. Il danneggiato potrà indirettamente scegliere la legge applicabile fra quella del domicilio della casa madre e quello della società figlia, ivi instaurando l'azione risarcitoria nei confronti dell'una o dell'altra, sul fondamento del titolo generale di giurisdizione del regolamento n. 1215/2012.

VI. Alcune riflessioni conclusive

51. Le complessità del diritto della concorrenza e delle modalità in cui si organizza l'attività imprenditoriale sul mercato interno rendono estremamente delicate le problematiche relative all'imputazione della responsabilità nei gruppi societari e conseguentemente, alla luce della loro compagine multinazionale, del trattamento degli aspetti internazionalprivatistici. Il principio dell'unità economica appare quindi efficace nella disciplina del *public enforcement*, rendendo di fatto irrilevante la distinzione fra soggetto che abbia assunto le decisioni imprenditoriali e commerciali e soggetto che le abbia poste in essere.

52. Almeno parzialmente diverso è il *private enforcement* nelle situazioni transfrontaliere. Pur mantenendosi il vantaggio dell'indifferenza del soggetto agente all'interno del gruppo societario, gli effetti anticoncorrenziali, potenzialmente producibili nell'intero mercato unico, cui si aggiunge una frammentazione del luogo dell'evento, reintroducono la frammentazione della fattispecie laddove la condotta antiggiuridica era stata appena ricomposta ad unità. Questo risultato non solo è parzialmente contraddittorio alla luce del principio originariamente adottato, ma rischia di ampliare l'incertezza del diritto, rilevando potenzialmente qualsiasi Stato membro in punto di determinazione della giurisdizione e di legge applicabile.

53. La conferma dell'applicabilità del principio dell'unità economica anche nell'ambito del *private enforcement* pare tuttavia agevolare la vittima. Oltre a un'implicita scelta insita nella *Mosaikbe-trachtung* dei regolamenti dell'Unione europea, il danneggiato potrà altresì scegliere il convenuto, quantomeno all'interno del gruppo o dei collegamenti giuridici ed economici fra imprese aventi ad oggetto la medesima attività, qualora esse siano riconducibili a un'unità economica. Il vantaggio può essere di natura diversa, e può dipendere da motivi sia correlati alla solidità economico-finanziaria delle imprese coinvolte, sia attinenti agli aspetti internazionalprivatistici, dal momento che il carattere multinazionale del gruppo amplia immediatamente le possibilità di scelta. Tra questi ultimi vantaggi è possibile annoverare il più agevole accesso al giudice (come nel caso *Sumal*, in cui l'attore ha potuto agire presso il

giudice dello Stato del proprio domicilio, coincidente a quello della convenuta⁶⁴), la scarsa utilità del litisconsorzio, l'applicazione della *lex domicilii* o della *lex fori*, l'esecuzione della sentenza nello stesso Paese. Questa possibilità renderebbe più agevole il *private enforcement*, nella *ratio* della direttiva 2014/104 (considerando n. 9), migliorando le condizioni alle quali i consumatori possono esercitare i loro diritti nel mercato interno⁶⁵.

⁶⁴ E. FRONCZAK, "Cuius legislatio, eius iurisdictio? The emerging synchronisation of European private international law on tort", *ERA Forum*, 2016, pp. 173-189.

⁶⁵ Con riferimento all'abuso di posizione dominante, espressamente: Corte di giustizia 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83.