

***Multiple enforcement, Private
enforcement, Forum Shopping:
nozioni essenziali***

Alberto Pera

Trento, 19 aprile 2013

Indice

- Temi principali: questioni legate alla dimensione transnazionale delle controversie
 - ✓ **Problemi di giurisdizione internazionale**
 - a) Possibilità di *forum shopping* in relazione alle azioni di danni antitrust
 - b) Tendenza di alcune giurisdizioni di facilitare il radicamento di azioni di danni antitrust nel proprio foro: alcuni recenti casi inglesi
 - c) Azioni difensive (*torpedo action*) nella giurisdizione italiana
 - d) La questione della estensione del *forum shopping* alle decisioni delle autorità nazionali

Introduzione

“One might have thought that if there has been a Europe-wide infringement, as the Commission has found in this case, it would not much matter in which Member-State that question should be tried. But for reasons which it might be easier to guess than to state, the infringers are very keen that the question should be tried in Italy while the victims are very keen that the question should be tried in England”

Court of Appeal, Cooper Tire/Dow, 23/7/2010

Criteria di giurisdizione: reg. 44/2001

- **I criteri di giurisdizione posti dal Reg. 44/2001 consentono all'attore ampi margini nella scelta del foro per azioni di danni antitrust:**
 - **Criterio generale:** foro del domicilio del convenuto (art. 2, c. 1): *«le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro»*
 - **Foro alternativo:** in materia extracontrattuale, *«luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire»* (art. 5, c. 3)

- **La scelta per l'attore è ulteriormente ampliata nel caso di cause connesse:**
 - **Foro del litisconsorzio passivo** (art. 6, c. 1):
«in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili»

Forum shopping

- I **cartelli orizzontali** per definizione coinvolgono più imprese corresponsabili (in solido): tra le pretese risarcitorie **sussiste una connessione per titolo** (l'illecito è sostanzialmente unico) e quindi si amplia la possibilità di scelta del foro in cui radicare l'azione da parte dell'attore
- Possibilità di «ancorare» il caso a una società domiciliata nel foro di interesse, tanto più quando in un determinato gruppo sono operanti diverse società attive nel medesimo mercato del prodotto ma in diversi mercati geografici
- Questa possibilità si estende a società non direttamente destinatarie del provvedimento e/o con cui l'attore non ha intrattenuto rapporti commerciali

Forum shopping (segue)

➤ Al *forum shopping* da parte degli attori si affianca una certa concorrenza tra i fori

UK → recenti proposte di riforma per incentivare ulteriormente le azioni antitrust (gennaio 2013)

→ giurisdizione particolarmente *plaintiff friendly*

- Disciplina procedurale più rapida;
- Atteggiamento delle corti piuttosto liberale nello stabilire la propria giurisdizione
- Possibilità di *disclosure*

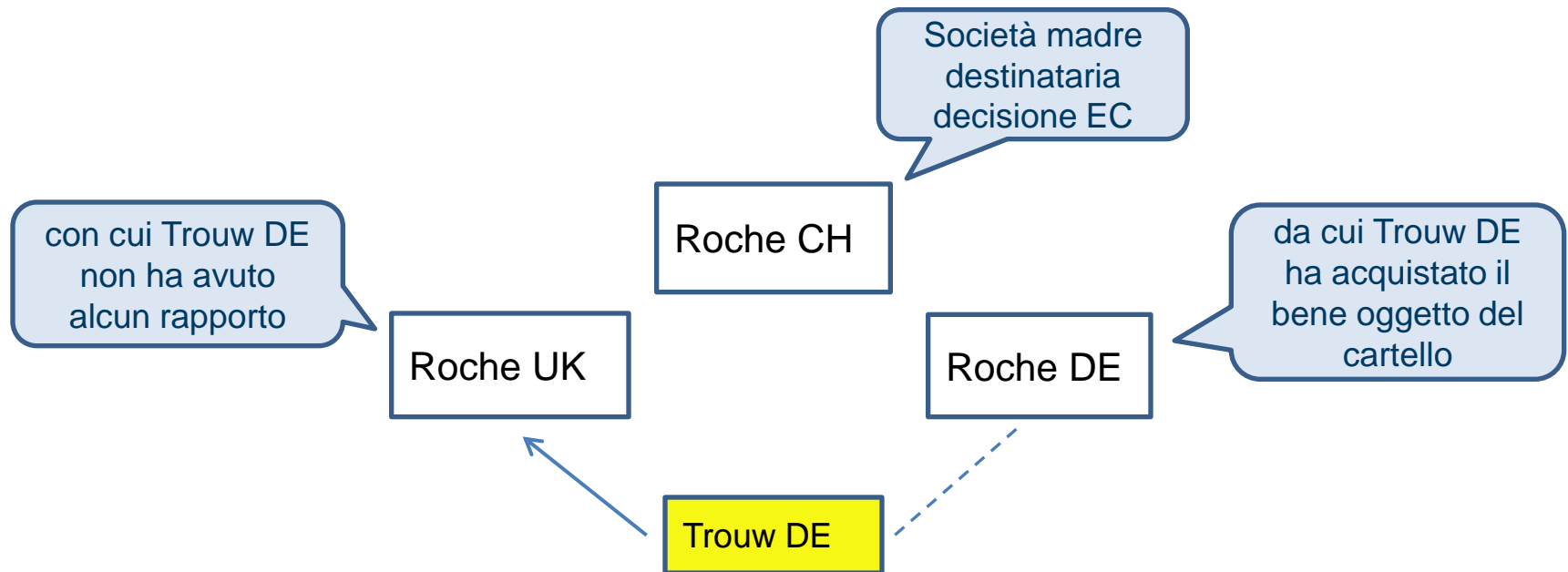
➤ Casi:

1. *Provimi c. Roche Products (High Court, 2003)*
2. *Cooper Tire (High Court, 2009 e Court of Appeal, 2010)*
3. *Ryanair c. ExxonMobil* (pendente)

Foro del litisconsorzio passivo:

1. *Provimi c. Roche Products, High Court, 2003*

(Decisione EC, Vitamine, caso COMP/37.512, 21/11/2001)



Foro del litisconsorzio passivo:

1. *Provimi c. Roche Products, High Court, 2003* (segue)

La *High Court*, sulla base di valutazioni sommarie:

A. Ancoraggio nei confronti del convenuto inglese → ex art. 2 reg. 44/2001 (domicilio)

1. Esistenza dell'illecito

- Esistenza di un cartello accertato dalla Commissione...
- ...cui ha partecipato la madre
- attuazione (conscia?) da parte della figlia
- non occorre indagare oltre: sono una singola entità

2. Nesso causale

- La figlia UK ha applicato i prezzi di cartello, contribuendo ad alterare l'innalzamento artificioso da cui discende il danno dell'attore, che non ha acquistato il prodotto da essa (responsabilità orizzontale della consorella)

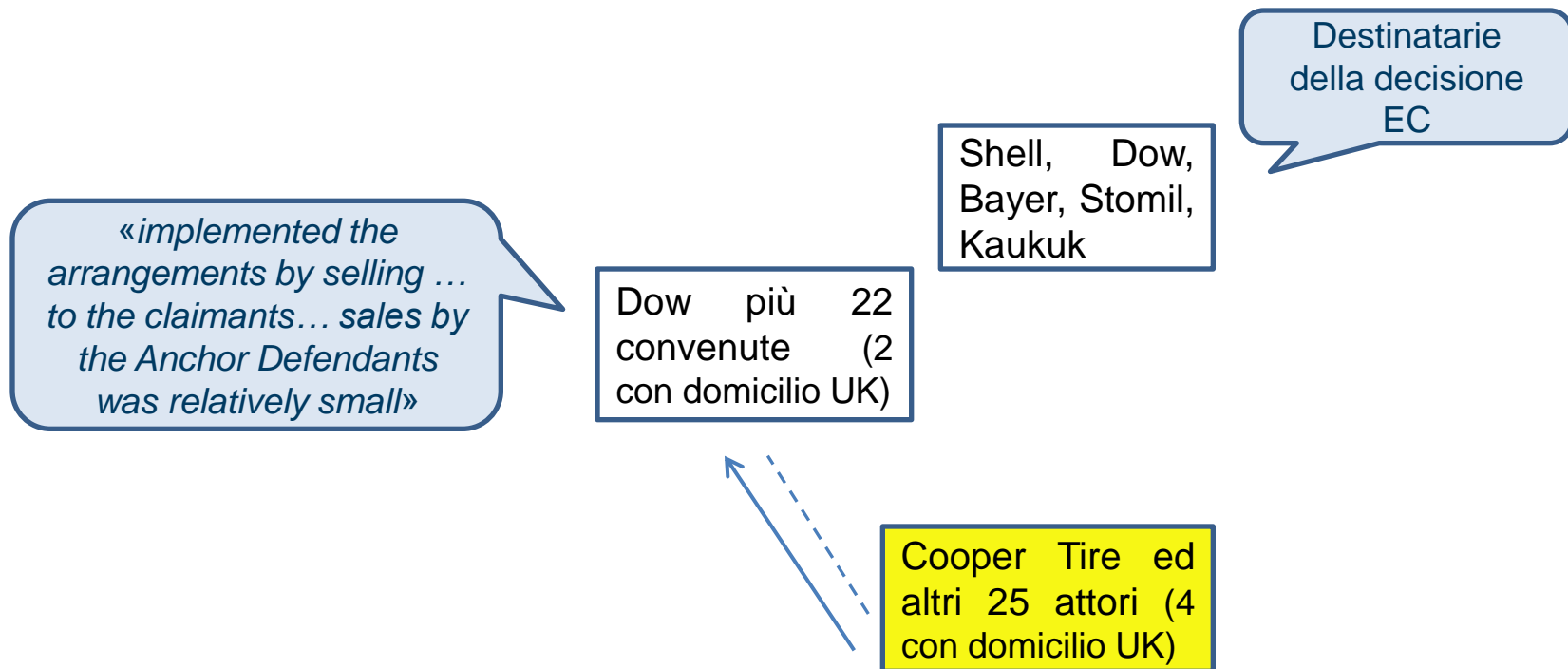
B. Ancoraggio nei confronti dei convenuti etero domiciliati → connessione con la domanda al convenuto inglese ex art. 6.1 reg. 44/2001: le domande riguardano la responsabilità risarcitoria di tutti i convenuti in quanto compartecipi al medesimo illecito (rischio di decisioni incompatibili)

La *High Court* ritiene non necessario provare la consapevole partecipazione alla collusione: «*in my view it is arguable that it is not necessary to plead or prove any particular 'concurrence of wills' between the two entities within Undertaking A*»

Foro del litisconsorzio passivo:

2. Cooper Tire, High Court, 2009 e Court of Appeal, 2010

(Decisione EC, *Butadiene Rubber*, caso COMP/38.638, 29/11/2006)



Nel caso *Cooper Tire*, diversamente da *Provimi*:

- vi erano state talune (anche se limitate) vendite da parte delle convenute alle attrici;
- la decisione EC riguarda le parent e talune controllate, non quelle inglesi, sono specificamente menzionate, e.g. Dow Deutschland Inc. (Decisione EC: Shell, Bayer, Dow, Stomil, Kaukuk «*will be used in this decision to refer to any company owned*» dal gruppo)

Foro del litisconsorzio passivo:

2. Cooper Tire, High Court, 2009 e Court of Appeal, 2010 (segue)

- A. La *High Court* condivide le conclusioni del caso *Provimi* (2009)
- B. La *Court of Appeal* (2010) conferma la giurisdizione inglese, ma su diverse basi rispetto alla *High Court*
 - La domanda attrice afferma la consapevole partecipazione dell'*anchor defendant* al cartello; ciò è ritenuto sufficiente a stabilire la giurisdizione inglese, a prescindere dalla fondatezza della domanda (vaghiata dopo la *disclosure*)

«*the particular of claim encompass both the possibility that the Anchor Defendants were parties to or aware of the anticompetitive conduct of their parent and the possibility that they were not [...] It is only if they were not that what we have called the Provimi point will arise. But it is unnecessary to decide it on this application because it is open to the claimants on the pleadings to prove*»

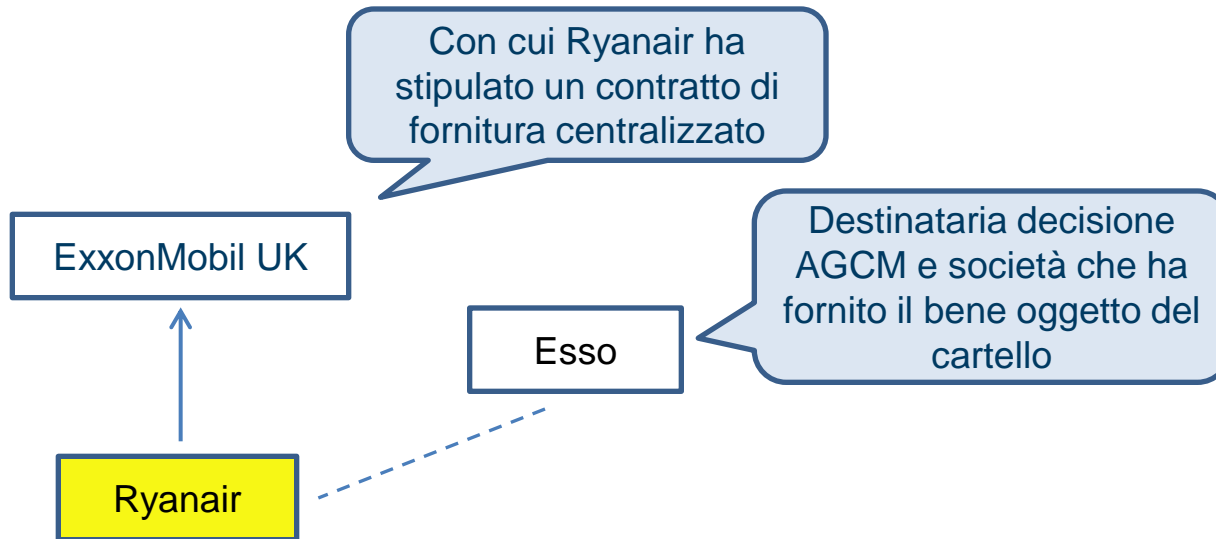
Foro del litisconsorzio passivo:

2. Cooper Tire, High Court, 2009 e Court of Appeal, 2010 (segue)

- La Corte ritiene non necessario pronunciarsi sul c.d. *Provimi Point*: ove lo fosse → rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Questioni suggerite dall'avvocato della società convenuta:
 - “a) *Does liability extend to all legal entities that form part of the “undertaking” that committed the infringement or only to those entities within the undertaking that have responsibility for the infringement?*”
 - b) *Is “undertaking” for these purposes to be regarded as (a) the whole corporate group under common control or (b) only those parts of the corporate group that produce the type of products or services that were the subject of the unlawful agreement or arrangement?*”
 - c) *Does liability fall on a legal entity that innocently “implemented” an unlawful agreement or arrangement by selling products or services at prices (or in a manner) that is affected by the infringement but that did not itself participate in the agreement or arrangement and was unaware of its existence at the relevant time? Does it make a difference if the innocent implementer was part of the same corporate group as companies that participated in the infringement?*”
 - d) *(d) If an innocent implementer is liable, is it liable to the same extent as those legal entities within its group that participated in the unlawful agreement or arrangement or only liable in respect of damages caused by the extent to which its own sales were affected by the infringement?”*

Foro del litisconsorzio passivo: 3. Ryanair c. ExxonMobil

(Decisione AGCM, caso I641, Rifornimenti aeroportuali, 14 giugno 2006)



Azione

- **contrattuale**: sulla base di un contratto di fornitura, non siglato
- **extracontrattuale**: sulla base della condotta di Esso, imputabile anche a ExxonMobil (controllante al 100% di Esso / ha stipulato il contratto di fornitura)
- ! Esistenza di una clausola negoziale che stabilisce la giurisdizione inglese

Foro del litisconsorzio passivo: 3. Ryanair c. ExxonMobil (segue)

- La *High Court* ha confermato la propria giurisdizione (*order* del 6/02/2012)
- Pende giudizio di appello (udienza dinanzi alla *Court of Appeal* lo scorso 13/02/2013)

1. **Azione contrattuale** → è dubbio che un'azione di danni connessi ad un illecito antitrust possa essere considerata di tipo contrattuale. In tale caso, potrebbe sussistere la giurisdizione inglese?
2. **Azione extracontrattuale:** il cartello accertato dall'Autorità è di dimensione meramente nazionale, privo di apparenti effetti negli UK

art. 23 reg. 44/2001 → clausola negoziale (il giudice, sulla base della legge applicabile al patto di proroga, valuta se essa includa la controversia in questione)

Centralità della nozione comunitaria di ‘singola unità economica’

1. **Provimi c. Roche Products**, *High Court*, 2003:

Estensione della responsabilità del gruppo sanzionato dalla EC alla controllata (non consapevole?) senza bisogno che essa abbia avuto rapporti commerciali diretti con l’attore

2.A **Cooper Tire, High Court**, 2009: condivide le conclusioni di *Provimi*

2.B **Cooper Tire, Court of Appeal**, 2010: la mera prospettazione da parte dell’attore di corresponsabilità della *subsidiary* è sufficiente a radicare la giurisdizione (ma la questione non appare risolta: la responsabilità della *subsidiary* sembra comunque fondarsi su quella della madre)

3. **Ryanair c. ExxonMobil** (pendente)

Estensione della responsabilità della controllata al gruppo sulla base dell’esistenza del contratto

Centralità della nozione comunitaria di ‘singola unità economica’ (segue)

- L'applicazione del concetto di ‘singola unità economica’ nei casi esaminati dalle Corti è in linea con quella sviluppata dalla giurisprudenza comunitaria?
- L'approccio UE è di ammettere delle presunzioni semplici per identificare, sulla base dei **criteri di responsabilità soggettiva**, il soggetto ritenuto responsabile dell'infrazione (e.g. Akzo, C-97/08 P; Schindler, T-138/07). In particolare:
 - ✓ **La controllante**, se esercita effettivamente un'influenza determinante sulla controllata (presunzione positiva in caso detenga il 100% del capitale)
 - ✓ **La controllata**, se l'illecito:
 1. è stato perpetrato di sua iniziativa e questa è libera di determinare la propria azione sul mercato
 2. è distinto ed autonomo da quello della controllanteSe la controllata ha libertà di azione, non viene in rilievo il concetto di «*single economic entity*»
- Un esame dell'imputabilità delle condotte appare rilevante per risolvere le questioni di giurisdizione/cumulo delle condotte
- Sarebbe opportuno un chiarimento sul punto da parte della ECJ (tramite rinvio pregiudiziale)

Azioni difensive (torpedo action) nella giurisdizione italiana

- Anche i responsabili dell'illecito potrebbero scegliere la giurisdizione in maniera preventiva:
AZIONI DI ACCERTAMENTO NEGATIVO

▪ Art. 27 Reg. Bruxelles: litispendenza (identità di oggetto/titolo) → «*il giudice successivamente adito SOSPENDE D'UFFICIO sospendere il procedimento*»

▪ Art. 28 Reg. Bruxelles: litispendenza parziale (cause connesse) → «*il giudice successivamente adito PUÒ sospendere il procedimento*»

- Caso *Synthetic Rubber* → l'impresa maggiormente sanzionata dalla EC ha convenuto i potenziali danneggiati dinanzi al Tribunale di Milano, chiedendo di accertare
 - l'inesistenza del cartello;
 - l'assenza di effetti sul mercato;
 - l'inesistenza di qualsiasi danno in capo alle convenute (produttori di pneumatici)
- Sentenza del Trib. Milano (8/5/2009, n. 6185) ha dichiarato:
 - inammissibili le domande attoree *sub* i e ii: **efficacia vincolante della decisione EC, art. 16 1/2003**;
 - nulle le domande di accertamento dell'**inesistenza di danni** (non sufficientemente dettagliate) (Sentenza della Corte di appello attesa nel 2014)

Azioni difensive (torpedo action) nella giurisdizione italiana segue

- **Ed in caso di *Torpedo action* basata su una decisione dell'Autorità nazionale?**

- Recentemente, è stata data notizia di una nuova azione di accertamento negativo in Italia intrapresa da una delle società sanzionate dall'Autorità spagnola per un'intesa nel mercato degli imballaggi di plastica per l'ortofrutta (decisione del 13/12/2011)
 - » Riunioni tenute principalmente in Italia (BO e VE); sanzionate tre imprese, di cui due italiane
 - » Intesa messa in atto nel sud della Spagna

- Decisione dell'autorità nazionale non è vincolante per il giudice (decisione AGCM prova privilegiata) → diversamente dal caso *Synthetic Rubber*, non si pone una questione di possibile contrasto con l'art. 16 reg. 1/2003

Azioni difensive (torpedo action) nella giurisdizione italiana segue

- Il giudice potrebbe ritenere inalterata la propria potestà valutativa e pronunciarsi sulla questione
 - ✓ Quali elementi di connessione con il foro italiano? (domicilio delle convenute/luogo in cui si sono effettuate riunioni?)
 - ✓ Difficolta per il giudice italiano di pronunciarsi su una decisione di un'autorità straniera, i cui effetti riguardano un mercato straniero

- Sentenza del Trib. Milano (8/5/2009, n. 6185)

L'art. 5 n. 3 del reg. CE 44/01 «*non consentirebbe di attrarre alla giurisdizione comportamenti illeciti posti in essere o i cui effetti dannosi si siano determinati o possano determinarsi al di fuori del territorio nazionale*»

Conclusioni

- Applicazione 'schematica' da parte delle Corti inglesi degli artt. 2 e 6.1 reg. 44/2001: sulla base della nozione di «*singola entità economica*» possibilità di 'ancorare' la giurisdizione in un foro in cui l'illecito ha avuto effetti del tutto marginali
- Azioni 'difensive' (nuove *torpedo action*) instaurate dagli attori sulla base di decisioni nazionali in giurisdizioni diverse da quella dell'Autorità nazionale che ha compiuto l'accertamento
- L'ampia latitudine di scelta per l'attore potrebbe condurre ad effetti arbitrari:
 - foro lontano dal radicamento territoriale della condotta e dell'evento dannoso;
 - problemi di prevedibilità e certezza del foro competente
- Necessità di correttivi, come suggerito dalla dottrina (Negri, Boylan-Owen). Ad esempio:
 - cumulo delle azioni contro capogruppo e controllate davanti al giudice del domicilio della prima o della controllata con cui è stato concluso un contratto;
 - foro del giudice di un mercato «*direttamente e sostanzialmente*» colpito dall'illecito (criterio previsto per la legge applicabile dal reg. Roma II, art. 6.3 b)
 - esclusione del cumulo ove l'azione «*sia stata proposta solo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dal suo giudice naturale*» (criterio previsto in tema di connessione per garanzia, art. 6.2 reg. 44/2001)