


DERECHO, JUSTICIA,  
UNIVERSIDAD  
*Liber amicorum* de  
Andrés de la Oliva Santos  
II

 Editorial Universitaria  
Ramón Arce

IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ  
JAIME VEGAS TORRES  
(Coordinadores)

DERECHO, JUSTICIA,  
UNIVERSIDAD  
*Liber amicorum*  
de Andrés de la Oliva Santos

 Editorial Universitaria  
Ramón Areces

Reservados todos los derechos.

Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S. A.  
Tomás Bretón, 21 - 28045 Madrid  
Teléfono: 91.506.11.90  
Fax: 914.681.952  
Correo: [cerasa@cerasa.es](mailto:cerasa@cerasa.es)  
Web: [www.cerasa.es](http://www.cerasa.es)

ISBN-13 (O.C.): 978-84-9961-221-8  
ISBN-13 (Tomo II): 978-84-9961-251-1  
Depósito legal: M-37008-2016

Impreso por: Campillo Nevado, S.A.  
Antonio González Porras, 35-37  
28019 MADRID

Impreso en España / *Printed in Spain*

Rel  
Pre  
«La  
«La  
An  
Cu  
Pub  
Tab

«Ci  
legi  
«La  
caci  
«La  
Ped  
«Ré  
just  
«Nu  
«Me  
GÜB  
«Un  
Mar  
«De  
«La

está indisoluble-  
pues Adán delató  
extos bíblicos— el  
Iscariote. Por ese  
cia<sup>41</sup>.

és de medidas de  
por colaborar con  
se sigue fomen-  
ron jurídico con-  
a la vez, tolerar e  
indirecta como vía  
nto no desdena-  
sido siempre una  
o, una de las fra-  
ación, pero odio  
advierde que «la  
el *Quijote*, pues a  
ser de gran utili-  
ntes connotacio-  
la idea de que, a  
dor, o como diría

## ACCORDI SUL FORO E CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA: QUATTRO RECENTI DECISIONI (GOTHAER, REFCOMP, CDC E CARSONTHEWEB)

GIACOMO PAILLI  
Dottore di ricerca  
Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Verso una nozione europea di res judicata. 3. La vincolatività degli accordi sul foro nelle vendite a catena. 4. Accordi sul foro ed azioni in materia di illeciti anti-concorrenziali. 5. Accordi sul foro, forma scritta e contratti conclusi online. 6. Conclusioni.

### 1. INTRODUZIONE

È con grande piacere che ho accolto la proposta degli amici spagnoli di offrire un breve scritto al Professor Andrés de la Oliva Santos. Ciò, non solo per celebrare un grande studioso del processo spagnolo ed esploratore della dimensione europea della procedura, ma anche per un ringraziamento personale. È grazie al Professor de la Oliva che, ancora dottorando di ricerca, ho potuto partecipare al progetto su "El Derecho Procesal Civil Europeo y la implantación de la e-Justicia en la Unión Europea (Plan de Estudio y difusión entre operadores jurídicos)", sotto la sua esperta guida. In tale cornice ho tenuto nel 2010 i miei primi interventi in assoluto ai seminari di Firenze<sup>1</sup> e Bologna<sup>2</sup> sul diritto processuale civile europeo e fatto parte del nobile gruppo di autori del Manuale curato da Vincenzo Varano e Michele Taruffo<sup>3</sup>. Se ciò non fosse già abbastanza, ho goduto dell'ospitalità del Professor de la Oliva e

<sup>1</sup> Seminario su "Il Diritto Processuale Civile Europeo", Firenze, 14 e 21 ottobre 2011.

<sup>2</sup> Seminario su "Giurisdizione e circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo", Bologna, 10 giugno 2011.

<sup>3</sup> Manuale di Diritto Processuale Civile Europeo, curato da M. Taruffo e V. Varano, Giappichelli, Torino (2011).

del suo caloroso gruppo del *Departamento de Derecho Procesal* della Complutense in occasione del *Congreso Internacional E-Justice*, nel corso del quale ho svolto la mia prima presentazione in un convegno internazionale davanti ad un pubblico tanto attento quanto specialista<sup>4</sup>.

In definitiva, le brevi pagine che seguono vogliono essere un modesto omaggio ed una testimonianza di come l'influenza del Professor de la Oliva abbia saputo trascendere i confini della penisola iberica, finendo per incoraggiare nello studio del processo e della sua dimensione europea –tra gli altri– anche un giovane studioso fiorentino all'inizio del percorso accademico.

Mi pare naturale, nel scegliere il tema per questo breve omaggio, tornare a fare riferimento al diritto processuale europeo, con particolare riferimento agli accordi di scelta del foro, trattando di quattro recenti decisioni della Corte di Giustizia europea che hanno contribuito a chiarificare, o complicare, alcuni aspetti del regolamento "Bruxelles I"<sup>5</sup>.

## 2. VERSO UNA NOZIONE EUROPEA DI RES JUDICATA?

Nel primo caso che presentiamo, *Gothaer*<sup>6</sup>, l'accordo sulla giurisdizione viene in esame tangenzialmente, mentre il vero interrogativo affrontato dalla Corte attiene all'estensione degli effetti vincolanti del "giudicato europeo" a sentenze che decidono questioni meramente processuali, quali il difetto di giurisdizione.

<sup>4</sup> Ed indulgente! V. il volume "La e-justicia en la Unión Europea", curato da A. de la Oliva Santos, F. Gascón Inchausti e M. Aguilera Morales, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra (2012), ed il mio contributo alle pp. 129-151.

<sup>5</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, oggi nella versione c.d. *recast* n. 1215/2012. Si legga C. Silvestri, "Recasting Brussels I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012", Riv. trim. dir. e proc. civ., 2013, pp. 677-698. Nel testo faremo riferimento per lo più ai numeri del Regolamento 44/2001 dato che le decisioni sono state pronunciate su quel testo.

<sup>6</sup> Sentenza del 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine et al v Samskip*, C-456/11 (ECLI:EU:C:2012:719). V., tra i tanti, i commenti di E. Torralba-Mendiola – E. Rodríguez-Pineau (2014) "Two's Company, Three's a Crowd: Jurisdiction, Recognition and Res Judicata in the European Union", *Journal of Private International Law*, 10:3, 403-430; A. Henke, "Verso una nozione europea di *res judicata*: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi", *Dir. comm. int.*, 2013, pp. 1077-1121; D. Dalfino, "Un giudicato 'europeo' sulla competenza giurisdizionale?", *Int'l Lis*, 2014, pp. 16-24; O. Lopes Pegna, "Quali effetti ai sensi del regolamento 'Bruxelles I' della decisione con cui il giudice adito dichiara la propria incompetenza?", *Riv. Dir. Internaz.*, 2013, 149 e ss.; E. D'Alessandro, "Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei", *Foro it.*, 2013, IV, 42; M. Nioche, Note, *Rev. crit. DIP*, 102(3), pp. 693-700; H. Roth, "Europäischer Rechtskraftbegriff im Zuständigkeitsrecht?", *IPRax*, 2014(2), p. 136 e Id., "Rechtskrafterstreckung auf Vorfragen im internationalen Zuständigkeitsrecht", *IPRax*, 2015(4), p. 329".

Un'impresa tedesca (Krones AG) affida alla controllata tedesca (Samskip GmbH) di un vettore con sede a Rotterdam l'incarico di trasportare da Anversa a Guadalajara in Messico un impianto per la produzione di birra. Il trasporto delle merci è assicurato con alcune società, tra le quali Gothaer Allgemeine Versicherung AG.

Le merci sono caricate sul vettore dietro rilascio di una polizza di carico che, come d'uso, contiene una clausola di proroga della giurisdizione in favore dei giudici islandesi (e, dunque, viene in applicazione –quanto alla validità della clausola– il sistema parallelo di Lugano)<sup>7</sup>.

Il trasporto non va come dovrebbe e, pertanto, Krones e le società assicuratrici (cessionarie pro quota dei diritti di Krones) chiedono e ottengono il risarcimento del danno nei confronti di Samskip GmbH davanti al giudice belga. In seconda istanza, però, la Corte d'appello di Anversa riconosce efficacia alla clausola sul foro e dichiara il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice islandese nei confronti sia di Krones che delle società assicuratrici, considerate aventi causa della prima e, come tali, vincolate alla clausola sulla giurisdizione contenuta nella polizza. La sentenza belga passa in giudicato.

Krones e gli assicuratori decidono, allora, non di agire in Islanda, ma di citare Samskip GmbH in Germania avanti al Tribunale di Brema, il quale sospende la causa e pone alla Corte di Giustizia tre quesiti relativi all'interpretazione degli articoli 32 e 33 del Regolamento 44/2001<sup>8</sup>. Il giudice tedesco chiede, in sostanza, se la decisione belga che ha declinato la propria giurisdizione in virtù della clausola di elezione del foro islandese sia vincolante nel successivo giudizio tedesco. Più precisamente, il *Landgericht Bremen* domanda se il termine "decisione" includa anche una c.d. sentenza in rito o meramente processuale (*Prozessurteil*); se debba esservi in ogni caso "ricompresa" una sentenza che pronunci il difetto di giurisdizione sulla base di una clausola di elezione del foro; ed infine se il c.d. principio di estensione dell'efficacia definito nella sentenza *Hoffmann* conferisca efficacia vincolante a livello europeo non solo all'elemento negativo contenuto nel dispositivo (la pronuncia in rito di incompetenza del giudice belga), ma anche al presupposto positivo articolato nella motivazione, ossia l'accertamento circa la validità dell'accordo sulla giurisdizione contenuto nella sentenza declinatoria<sup>9</sup>.

L'opinione dell'Avvocato Generale Bot, che semplifica la domanda pregiudiziale in due quesiti, è positiva sia nel considerare "decisione" una sentenza declinatoria della giurisdizione, indipendentemente da una sua qualificazione quale "sentenza meramente processuale" da parte di alcuni ordinamenti nazionali, sia nel ritenere

<sup>7</sup> Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007, in specie l'art. 23. Questo il testo della clausola in traduzione italiana «Competenza giurisdizionale. Qualsiasi controversia derivante dalla presente polizza di carico deve essere giudicata in Islanda secondo il diritto islandese».

<sup>8</sup> Su accordi del foro e polizze di carico v. anche *infra* le note 43-49 e il testo corrispondente. *Gothaer*, 13. Su accordi del foro e polizze di carico v. anche *infra* le note 43-49 e il testo corrispondente.

<sup>9</sup> Oggi corrispondenti agli artt. 2(a) e 36 del Regolamento 1215/2012.

<sup>9</sup> Sentenza del 4 febbraio 1988, *Hoffmann*, 145/86, Racc. pag. 645 (ECLI:EU:C:1988:61).

che anche la valutazione circa la validità dell'accordo sulla giurisdizione sia inclusa nell'efficacia vincolante della sentenza (quale antecedente necessario della declaratoria) – pur non basando tale conclusione su *Hoffmann*, ma sul principio di effettività della tutela.

La Corte fa proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale. Quanto alle prime due domande, esaminate congiuntamente, il Giudice europeo premette che la lettera dell'art. 32 consente di ricomprendere nell'ampia nozione di "decisione", "qualsiasi decisione emessa da un giudice di uno Stato membro"<sup>10</sup> espressione che, ricordava anche l'Avvocato Bot, "ha portata generale"<sup>11</sup>.

L'ampiezza del concetto di decisione è confermata, poi, facendo ricorso alla c.d. interpretazione autonoma delle norme europee in materia processuale, *topos* ormai consolidato nelle pronunce della Corte<sup>12</sup>. Le finalità ed il sistema stesso del Regolamento, allora, militano affinché non si accolga una particolare qualificazione nazionale di tale nozione (nel caso il concetto di *Prozessurteil*)<sup>13</sup>, ma si dia, invece, piena attuazione ai principi cardine di fiducia reciproca e di libera circolazione espressi dai *considerando* 6, 16 e 17 del testo normativo europeo. Se alla nozione di "decisione" e al principio del riconoscimento<sup>14</sup> deve essere garantita forza espansiva, trattamento opposto è riservato dal Kirchberg ai potenziali ostacoli alla circolazione delle decisioni, ossia alle eccezioni previste dagli articoli 34 e 35, le quali devono essere

<sup>10</sup> Qui la Corte richiama il proprio precedente del 14 ottobre 2004, *Mærsk Olie & Gas*, C-39/02, Racc. pag. I-9657 (ECLI:EU:C:2004:615), 46, secondo il quale la norma in parola "non si limita alle decisioni che decidono in tutto o in parte la controversia, bensì riguarda parimenti le decisioni non definitive o che dispongono provvedimenti provvisori o conservativi".

<sup>11</sup> Sentenza del 6 giugno 2002, *Italian Leather*, C-80/00, Racc. pag. I-4995 (ECLI:EU:C:2002:342), 41. Per un'analisi del nuovo regime di circolazione delle decisioni, v. O. Lopes-Pegna, "Il regime di circolazione delle decisioni nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I- 'bis'»)", Riv. Dir. Internaz. 2013, 1206 e ss; E. Gualco & G. Risso, "Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel Regolamento Bruxelles I bis", Dir. comm. int., 2014, pp. 637-71.

<sup>12</sup> Principio affermato sin dalla pronuncia 6 ottobre 1976, *Tessili c. Dunlop*, 12/76, Racc. pag. 1474 (ECLI:EU:C:1976:133), a pp. 1484-85 sulla Convenzione di Bruxelles 1968, concetto poi ribadito per il Regolamento Bruxelles I a partire dalla decisione in 13 luglio 2006, *Reisch Montage*, C-103/05, Racc. pag. I-6827 (ECLI:EU:C:2006:471), 29. Già l'AG Tesauro aveva notato che: "nella più recente giurisprudenza la Corte ha mostrato una chiara preferenza per l'interpretazione autonoma della Convenzione, tanto da poter affermare che la prassi in materia si è evoluta piuttosto nel senso di un rapporto fra regola generale (interpretazione autonoma) ed eccezione (rinvio al diritto nazionale)". Cfr. le sue conclusioni nella causa C-214/89, *Powell Duffryn* (ECLI:EU:C:1991:431), p. 3.

<sup>13</sup> Cfr. J. van de Velden, "The 'Cautious Lex Fori' Approach to Foreign Judgments and Preclusion", ICLQ, 2012, 61, pp 519-530, per un'esemplificazione della complessa relazione tra ordinamenti di *civil law* e *common law* nel determinare l'estensione degli effetti preclusivi di un giudicato olandese in Inghilterra. V. anche S. Harder, "The Effects of Recognized Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", ICLQ, 2013, 62, pp 441-461; R. Caponi, "Corti europee e giudicati nazionali", in AA.VV. "Corti europee e giudicati nazionali. Atti del XXVII Convegno nazionale". Verona, 25-26 settembre 2009. Bologna, 2011, p. 239.

<sup>14</sup> Art. 33 Reg. 44/2001: "Le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento".

interpretate restrittivamente<sup>15</sup>, atteso che anche l'articolo 35, paragrafo 3, proibisce il controllo della competenza dei giudici dello Stato membro d'origine in sede di riconoscimento o esecuzione e che il criterio dell'ordine pubblico non è applicabile alle norme sulla competenza<sup>16</sup>.

La Corte osserva che "un'interpretazione restrittiva della nozione di decisione produrrebbe la conseguenza di creare una categoria di atti giudiziari, non inclusi tra le eccezioni tassativamente enumerate agli articoli 34 e 35 del regolamento n. 44/2001, i quali non potrebbero essere qualificati come «decisioni» ai sensi del suddetto articolo 32 e che i giudici degli altri Stati membri non sarebbero dunque tenuti a riconoscere", esito ritenuto "incompatibile con il sistema istituito dagli articoli 33-35 del regolamento n. 44/2001, il quale promuove il riconoscimento senza ostacoli delle decisioni giudiziarie ed esclude il controllo della competenza dei giudici dello Stato membro d'origine da parte di quelli dello Stato membro richiesto"<sup>17</sup>. Le prime due questioni vengono, dunque, risolte includendo nella nozione ampia ed autonoma di "decisione" anche quelle in virtù delle quali il giudice di uno Stato membro si limita a declinare la propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza, indipendentemente dalla qualificazione di tale decisione secondo il diritto nazionale.

Anche la soluzione del terzo quesito, circa la vincolatività dell'accertamento in punto di validità dell'accordo sul foro (presupposto per la pronuncia in rito sull'incompetenza), trova risposta positiva.

In primo luogo, la Corte supera la rigida distinzione tra dispositivo e motivazione, ammettendo che anche quest'ultima possa acquisire rilevanza quando "costituisce il fondamento necessario del dispositivo e, di fatto, è indissociabile da quest'ultimo"<sup>18</sup>. Per supportare tale conclusione la Corte cita alcuni propri precedenti, assai eterogenei ed a carattere marcatamente "endoeuropeo"<sup>19</sup>, e finisce per individuare qualcosa di

<sup>15</sup> Il principio è confermato in numerose pronunce, a partire dalla sentenza 2 giugno 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92 (ECLI:EU:C:1994:221), sino alle più recenti pronunce del 13 ottobre 2011, *Primo Investments*, C-139/10, Racc. pag. I-9511 (ECLI:EU:C:2011:653), 33; 6 settembre 2012, *Seramico Investments*, C-619/10 (ECLI:EU:C:2012:531), 48; e 26 settembre 2013, *Laminorul*, C-157/12 (ECLI:EU:C:2013:597), p. 28.

<sup>16</sup> Così dispongono l'art. 35(3) del Regolamento 44/2001 e l'art. 45(3) del Regolamento 1215/2012.

<sup>17</sup> *Gothaer*, p. 31.

<sup>18</sup> *Gothaer*, 40. In senso di approvazione, anche F. Salerno, "Il 'sistema Bruxelles I' verso un regime monista di libera circolazione delle decisioni", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, No 2, pp. 5-23, a p. 12.

<sup>19</sup> Quali la decisione 19 aprile 2012, *Artogodan/Commissione*, C-221/10 P (ECLI:EU:C:2012:216), 37 (in materia di responsabilità extracontrattuale della Commissione in seguito all'annullamento di una sua decisione in materia farmaceutica) e sentenze del 1° giugno 2006, *P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Commissione*, C-442/03 P e C-471/03 P, Racc. pag. I-4845 (ECLI:EU:C:2006:356), 44 (relativa all'efficacia *ultra partes* di una decisione della Corte che annullava una decisione della Commissione in materia di pratiche anticoncorrenziali). Così anche Nioche, *supra* nota 6, p. 700 che osserva efficacemente: "[c]ette référence semble surtout permettre à la Cour d'éviter de s'engager dans un débat complexe sur la solution la plus opportune ... et dispense la Court d'une argumentation délicate".



simile alla *ratio decidendi* nell'unione tra motivazione e dispositivo (argomentazione e comando) che, però, non trova riscontro in numerosi ordinamenti continentali<sup>20</sup>.

La circostanza che nel caso di specie sia in applicazione la normativa di Lugano e non quella di Bruxelles non pone ostacoli di sorta per l'istituzione europea, atteso il parallelismo tra i due testi e la coincidenza dei rispettivi articoli 23. I principi richiamati per dare risposta al quesito sono sempre la reciproca fiducia (anzi, la "totale fiducia nella giurisdizione dello Stato originario"),<sup>21</sup> l'assenza, nel sistema Bruxelles I, di *révision au fond* e l'autonomia dei concetti europei rispetto alle categorizzazioni nazionali.

Secondo la Corte, poi, la soluzione proposta è in linea con *Hoffmann* e non si pone in contrasto con la propria impostazione in *Apostolides*<sup>22</sup> poiché "il riconoscimento delle decisioni dei giudici degli Stati membri che declinino la propria competenza ai sensi del regolamento n. 44/2001, adottate ... in applicazione di norme comuni sulla competenza stabilite dal diritto dell'Unione, obbedisce a un regime proprio," e cioè proprio quello descritto dalla Corte in *Gothaer*.

Qui va colta l'essenza della pronuncia in esame: la Corte, pur dichiarando di muovere da principi fondamentali e consolidati del 'sistema Bruxelles' (*mutual trust*, libera circolazione, autonomia dei concetti)<sup>23</sup> finisce per creare una regola europea di *res judicata*<sup>24</sup> che prima non esisteva e la cui portata espansiva è assai notevole<sup>25</sup>. In

<sup>20</sup> Senza voler necessariamente criticare l'impostazione prescelta, questa certo avrebbe meritato ben altro approfondimento. Cfr. Henke, *supra* nota 6, pp. 1114-17. V. anche l'esitazione della Corte di cassazione italiana nel delimitare i confini della nuova nozione di giudicato europeo e nello sciogliere la complessa relazione con gli omologhi concetti nazionali, sentenza 6 febbraio 2014, n. 10853, in *Giur. it.*, 2015, p. 358-67 con nota di M.F. Merotto, "Verso una nozione di 'cosa giudicata' sovranazionale?" di S. Villata, "I limiti oggettivi dell'autorità di una sentenza straniera nel sistema 'Bruxelles'.", *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 3, pp. 821 e ss; e di E. D'Alessandro, "La legge regolatrice dei limiti oggettivi di efficacia del giudicato riconosciuto in Italia secondo la corte di cassazione", *Int'l Lis*, 2014, 2, p. 95.

<sup>21</sup> *Gothaer* 37, citando un'espressione di Jenard, "Relazione sulla convenzione del 27.9.1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", *GUCE C 59 del 5.3.1979*, p. 46.

<sup>22</sup> Sentenza del 28 aprile 2009, *Apostolides*, C-420/07, *Racc. pag. I-3571 (ECLI:EU:C:2009:271)*, secondo la quale (66) "non vi è tuttavia alcun motivo per accordare ad una sentenza, all'atto della sua esecuzione, diritti che non le spettano nello Stato membro d'origine ... o effetti che una sentenza dello stesso tipo pronunciata direttamente nello Stato membro richiesto non produrrebbe."

<sup>23</sup> Ci pare cogliere nel segno il rilievo critico mosso da Torralba-Mendiola & Rodríguez-Pineau *supra* nota 6, alla nota 11 e alle pp. 408-10, le quali rilevano come gli stessi principi di *mutual trust* ed autonomia nella decisione sulla propria giurisdizione che avevano indotto la Corte ad escludere dal sistema europeo le *anti-suit injunction* in *West Tankers* (sentenza 10 febbraio 2009, C-185/07 *ECLI:EU:C:2009:69*), costituiscono la chiave in *Gothaer* per privare il secondo giudice proprio del potere di autodeterminarsi, dovendo soggiacere alla valutazione in punto di competenza che il primo giudice ha compiuto con valenza potenzialmente pan-europea.

<sup>24</sup> Tema che, a ragione, è considerato "tra i più difficili". C. Consolo, "Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive", in "Spiegazioni di diritto processuale civile", I, Torino, 2012, p. 173.

<sup>25</sup> Ben più estesa di quanto alcuni ordinamenti, in particolare di civil law, accettano. Cfr. l'estesa analisi di Henke, *supra* nota 6. V. anche Torralba-Mendiola & Rodríguez-Pineau, cit. *supra* nota 6, pp. 419-21. V. più in generale il Comparative report preparato da J. van de Velden e J. Stefanelli nell'ambito

pratica, poiché i giudici degli Stati membri sono chiamati ad interpretare regole giurisdizionali comuni e poiché non è mai ammessa una revisione della competenza del giudice *a quo*<sup>26</sup>, si verifica “correlativamente una restrizione del potere del giudice dello Stato membro richiesto di verificare la propria competenza, nella misura in cui tale ultimo giudice è vincolato da ciò che è stato deciso dal giudice dello Stato membro d’origine”<sup>27</sup>.

Da ciò deriva che “una decisione con la quale il giudice di uno Stato membro abbia declinato la propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza, in base al rilievo della validità di tale clausola, vincola i giudici degli altri Stati membri sia per quanto concerne la decisione di incompetenza di tale giudice, contenuta nel dispositivo della sua decisione, che per quanto concerne l’accertamento della validità di tale clausola, contenuta nella motivazione di tale decisione, che costituisce il fondamento necessario del dispositivo”<sup>28</sup>.

Non si tratta di un risultato da poco: secondo la Corte di Giustizia, una pronuncia in rito declinatoria della giurisdizione è destinata a circolare, cioè a produrre effetti vincolanti, non solo quanto al contenuto negativo (il Giudice *a quo* è sprovvisto di giurisdizione), ma anche quanto alle eventuali, ma non improbabili, statuizioni positive. Nel caso di specie, la componente positiva era la validità della clausola sulla giurisdizione che attribuiva competenza a un Giudice extra-comunitario, ancorché interno al regime di Lugano. Nulla impedisce, tuttavia, che il presupposto logico-giuridico della declinatoria in rito sia l’affermazione della competenza giurisdizionale di un altro Stato Membro sulla base di uno qualsiasi dei criteri di Bruxelles I<sup>29</sup>: può una tale statuizione vincolare il Giudice di tale altro Stato Membro (e gli altri con lui)? Crediamo che *Gothaer* imponga una risposta positiva<sup>30</sup>. Con ciò la Corte sembra aver creato un principio europeo di vincolatività delle statuizioni in rito sulla competenza di portata considerevole che priva il secondo Giudice del potere di valutare non tanto l’altrui, quanto anche la propria giurisdizione<sup>31</sup>.

del progetto su “The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters: Recognition, Res Judicata and Abuse of Process” (JLS/2006/FPC/21-30-CE-00914760055), disponibile all’indirizzo [http://www.biiicl.org/files/4608\\_comparative\\_report\\_-\\_jls\\_2006\\_fpc\\_21\\_-\\_final.pdf](http://www.biiicl.org/files/4608_comparative_report_-_jls_2006_fpc_21_-_final.pdf) (ultimo accesso 20 dicembre 2015).

<sup>26</sup> Salvo i casi eccezionali di violazione della competenza basata su un foro esclusivo (sezione 6 del Regolamento) o protettivo (sezioni 3, 4, e 5 del Regolamento).

<sup>27</sup> *Gothaer*, p. 39.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 41.

<sup>29</sup> È dubbio che un tale risultato venga confermato, invece, nel caso sia affermata la competenza di un giudice di uno Stato terzo, dato che questa non sarebbe basata su norme comuni di competenza appartenenti al sistema Bruxelles I o al sistema parallelo di Lugano e che verrebbero a mancare i principi di fiducia reciproca e di circolazione delle decisioni. Il risultato non è però scontato, poiché si potrebbe anche sostenere che la valutazione in rito circa la non applicazione del Regolamento compiuta dal giudice di uno Stato membro sia essa stessa vincolante all’interno del sistema.

<sup>30</sup> Così anche Torralba-Mendiola & Rodríguez-Pineau, cit. *supra* nota 6, a pp. 416-17; Nioche, *supra* nota 6, p. 700.

<sup>31</sup> Cosa che, nel meno problematico terreno della competenza interna, non sempre avviene. Ad esempio nel sistema processuale italiano, il giudice individuato dal primo come competente ha sempre la

Vi è chi ha osservato che la nuova formulazione dell'articolo 54 contenuta nel *recast*<sup>32</sup> cancellerebbe la giurisprudenza *Gothaer*, e il concetto unitario di *res judicata* europea ivi elaborato, allineandosi al principio di estensione degli effetti consacrato in *Hoffmann* ("una decisione straniera ... deve avere nello Stato richiesto, in linea di massima, la medesima efficacia che essa ha nello Stato di origine")<sup>33</sup>, ma è lecito dubitare che l'esigenza di omologazione "a tutti i costi" ben espressa dalla Corte in *Gothaer* svanirà così presto e per così poco.

### 3. LA VINCOLATIVITÀ DEGLI ACCORDI SUL FORO NELLE VENDITE A CATENA

Il secondo caso che presentiamo, *Refcomp*<sup>34</sup>, riguarda una fattispecie assai complessa dal lato soggettivo. In occasione di alcuni lavori di ristrutturazione di un complesso immobiliare situato a Curbevoie in Francia, vengono installati dei gruppi di climatizzazione assemblati dalla società Climaveneta con compressori prodotti dalla società Refcomp, entrambe con sede in Italia. I prodotti sono venduti da Climaveneta alla società Libert (alla quale succede poi la società Emerson) e da questa rivenduti alla committente Doumer, tutte con sede in Francia. La Libert/Emerson è assicurata presso l'Axa France IARD, mentre la Doumer è assicurata presso l'Axa Corporate, avente sede a Parigi.

Una perizia eseguita a seguito di alcuni malfunzionamenti nel sistema di climatizzazione svela che i guasti provengono da un difetto di fabbricazione dei compressori. Axa Corporate, surrogatasi nei diritti della Doumer dopo averla indennizzata, conviene davanti al *Tribunal de grande instance de Paris* il produttore Refcomp, l'assemblatore Climaveneta ed il fornitore Emerson chiedendone la condanna in solido al risarcimento del danno.

Sia Climaveneta che Refcomp, però, contestano la competenza del giudice francese, la prima per l'esistenza di una clausola compromissoria contenuta nel contratto

possibilità, ritenendosi non competente, di sollevare la questione per una determinazione finale avanti alla Corte di cassazione, cfr. art. 45 del Codice di procedura civile italiano.

<sup>32</sup> Art. 54, Reg. 1215/2012: "Se la decisione contiene un provvedimento ignoto alla legge dello Stato membro richiesto, tale provvedimento è adattato, nella misura del possibile, a un provvedimento previsto dalla legge di tale Stato membro che abbia efficacia equivalente e che persegua obiettivi e interessi analoghi. Da tale adattamento non derivano effetti che vanno oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro d'origine".

<sup>33</sup> F. Wilke, "The impact of the Brussels I Recast on important "Brussels" case law", *JPIIL*, 2015, pp. 128-142, a p. 141.

<sup>34</sup> Sentenza del 7 febbraio 2013, *Refcomp*, C-543/10 (ECLI:EU:C:2013:62). Si v. il commento critico di L. Penasa, "La Corte di Giustizia nega l'efficacia ultra partes degli accordi sulla giurisdizione rispetto all'azione diretta del subacquirente nelle vendite a catena", *Int'l lis*, 2013, 1, pp. 17-23 e ss.; D. Bureau, Note, *Rev. crit. DIP*, 2013, 102(3), pp. 716-25.

di distribuzione con Libert/Emerson, la seconda in virtù di una clausola d'elezione del foro italiano che appare nelle condizioni generali di vendita del compressore che hanno accompagnato la transazione con Climaveneta. L'appello contro l'ordinanza che aveva respinto entrambe le eccezioni accoglie la posizione di Climaveneta, applicando il principio giurisprudenziale francese secondo cui nel caso di contratti concatenati traslativi del medesimo diritto di proprietà, la clausola compromissoria viene trasmessa automaticamente "in quanto accessoria al diritto di azione, a sua volta accessorio rispetto al diritto sostanziale [di proprietà] trasmesso"<sup>35</sup>.

Quanto all'eccezione di Refcomp, la *Cour d'appel* la respinge nuovamente, osservando che l'azione per danni promossa dall'assicuratore surrogatosi nella posizione del terzo sub-acquirente ha fondamento extra-contrattuale e che, in difetto di una base contrattuale dell'azione, l'articolo 23<sup>36</sup> del Regolamento non si applica e perciò l'accordo sul foro tra produttore e venditore intermedio non è opponibile al terzo.

La *Cour de cassation*, adita da Refcomp, propone alla Corte di Giustizia due interessanti quesiti: 1) se una clausola sul foro concordata tra produttore e acquirente produca effetti nei confronti del sub-acquirente e a quali condizioni; 2) se la clausola sul foro produca effetti nei confronti del sub-acquirente anche ove l'art. 5, n. 1, del Regolamento non sia applicabile all'azione esercitata dal sub-acquirente contro il produttore<sup>37</sup>.

L'Avvocato Generale Jääskinen conduce la propria analisi partendo sempre dal principio di interpretazione autonoma delle disposizioni processuali europee, sottolineando l'importanza di individuare una regola –anche sostanziale– uniforme. Il dilemma è sempre il medesimo: rinviare al diritto nazionale, con il rischio di una geometria variabile e conseguenze differenti a seconda dell'ordinamento considerato, oppure fornire una risposta univoca a livello europeo. L'Avvocato Jääskinen prosegue traendo dal dato normativo argomenti di carattere letterale e teleologico e suggerisce alla Corte di dare soluzione negativa al primo dei due quesiti sottoposti dalla *Cour de cassation*, adottando una regola sostanziale secondo la quale "l'articolo 23

<sup>35</sup> Refcomp, 14. La giurisprudenza francese qualifica l'azione del sub-acquirente nei confronti del produttore come contrattuale, con la conseguenza di addossare l'onere della prova al produttore, ma anche di applicare la più breve prescrizione prevista per le obbligazioni da contratto. Cfr. M. Decker, "Contract or Tort: A Conflict of Characterisation", ICLQ, 1993, vol. 42, pp. 366-69 e Penasa, *supra* nota 34.

<sup>36</sup> Oggi art. 25 del Regolamento 1215/2012. Sulla nuova stesura v. C. Silvestri, "Gli accordi sulla giurisdizione nella nuova disciplina degli artt. 25 e 31 nel reg. 1215/2012", IJPL, 2015, p. 16; S.M. Carbone, "Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012", Dir. comm. int., 2014, p. 651; L. Penasa, "La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)", Int'l Lis, 2013, pp. 117 e ss.; Q. Forner-Delaygua, "Changes to jurisdiction based on exclusive jurisdiction agreements under the Brussels I Regulation Recast", J. Priv. Int'l L., 2015, 379-405; D. Kenny & R. Hennigan, "Choice-Of-Court Agreements, the Italian Torpedo, and the Recast of The Brussels I Regulation", ICLQ, 2015, 64, pp. 197-209.

<sup>37</sup> Principio, quello dell'inapplicabilità dell'art. 5, n. 1, all'azione del sub-acquirente nei confronti del produttore (sempre sulla base dell'impostazione giurisprudenziale francese sopra ricordata), già affermato dalla Corte nella sentenza 17 giugno 1992, *Handte*, C-26/91, Racc. pag. I-3990.

del regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che una clausola attributiva della competenza giurisdizionale concordata tra il produttore di un bene e uno degli acquirenti di quest'ultimo e rientrante nell'ambito di applicazione delle disposizioni del detto articolo non produce effetti vincolanti nei confronti del subacquirente di tale bene che non sia parte del contratto contenente tale clausola, né nei confronti dell'assicuratore subentrato nei diritti del subacquirente, a meno che non sia provato che quest'ultimo abbia dato il suo consenso in ordine alla clausola secondo le modalità previste dal detto articolo"<sup>38</sup>.

La risposta negativa al primo quesito dispensa l'Avvocato Generale dall'esaminare estesamente il secondo, anche se talune delle brevi osservazioni proposte non sono prive di rilievo generale, quali l'irrelevanza della definizione della "materia contrattuale" alla quale fa riferimento l'articolo 5, n. 1, del Regolamento ai fini dell'interpretazione dell'articolo 23: correttamente, diremmo, atteso che la circostanza che una data controversia (contrattuale o extra-contrattuale) sia o meno ricompresa in un accordo sul foro dipende non tanto dalla sua natura intrinseca, ma dall'interpretazione della volontà delle parti dell'accordo sulla giurisdizione e dalla ricostruzione del novero delle possibili controversie che queste vi hanno voluto includere<sup>39</sup>. Si tratta di una questione interpretativa che non può e non deve essere sciolta *a priori*, ma deve formare oggetto di esame puntuale ad opera del giudice nazionale<sup>40</sup>.

L'Avvocato Generale concede anche che sull'altare dell'uniformità europea si possano consumare effetti paradossali che portano alla scissione tra la dimensione processuale e quella sostanziale. "Debbo riconoscere —afferma— che la combinazione tra le norme di competenza del regolamento n. 44/2001 e le norme sostanziali di diritto nazionale fatte valere nella causa principale può nella fattispecie condurre ad una situazione alquanto paradossale. Infatti, poiché la clausola attributiva della competenza giurisdizionale prevista dal produttore interessato è inopponibile al subacquirente non consenziente in forza dell'articolo 23 del detto regolamento così come io propongo che venga interpretato dalla Corte, tale produttore dovrà provvedere alla sua difesa dinanzi al giudice di uno Stato membro diverso da quello in cui è domiciliato la cui competenza è fondata sulle disposizioni di tale regolamento valide in materia di responsabilità da illecito, ed extracontrattuale, conformemente alla citata sentenza Handte, mentre egli dovrà opporsi ad un ricorso che mira in fondo a far sorgere la sua responsabilità contrattuale, e non da illecito, secondo la legge francese"<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Conclusioni AG in *Refcomp* (ECLI:EU:C:2012:637), p. 56.

<sup>39</sup> Così anche Penasa, *supra* nota 34 e Bureau, *supra* nota 34, p. 722, che nota a supporto anche come il Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali consenta la scelta della legge regolatrice dell'illecito. Per fare un esempio pratico della distinzione tra clausola limitata alla materia contrattuale o clausola ampia, si pensi alla nota distinzione tra "le controversie nascenti dal presente contratto" e "tutte le controversie derivanti o comunque connesse al presente contratto".

<sup>40</sup> Ma v. *infra* il paragrafo 4 per una diversa impostazione adottata dalla Corte nel caso *CDC*.

<sup>41</sup> Conclusioni AG in *Refcomp*, p. 65.

La Corte segue, pur se in maniera succinta, il percorso tracciato dall'Avvocato Generale e giunge alla medesima conclusione sul primo punto, tralasciando integralmente il secondo.

In particolare la Corte si concentra sul riferimento testuale dell'articolo 23 che si riferisce ai casi nei quali le parti "abbiano attribuito la competenza". Ricordando il requisito del consenso effettivo, e il principio della relatività *inter partes* degli effetti di una convenzione, il Giudice europeo rileva come, in linea di massima, un accordo sul foro possa vincolare i terzi solo se questi vi prestino il proprio consenso – aggiungiamo: cessando, in un tal caso, proprio di essere "terzi".

Due ostacoli, però, rendono impervio il percorso argomentativo della Corte di giustizia, entrambi tratti dalla sua stessa giurisprudenza. Il primo è relativo alla decisione nel caso *Powell Duffryn*, ove i giudici del Kirchberg avevano concluso che la clausola di scelta del foro contenuta in uno statuto societario vincola tutti i soci, inclusi quelli che si erano opposti alla sua introduzione e coloro che acquistano la qualifica di socio in un momento successivo<sup>42</sup>. La differenza, secondo i Giudici, è che in *Powell Duffryn* la Corte ha rinvenuto un parallelo tra il vincolo societario e la materia contrattuale, così che l'adesione alla società soddisfa il requisito dell'accordo (cioè, "attribuire la competenza"), mentre nel caso di specie, la giurisprudenza *Handte* già qualifica il rapporto sub-acquirente/produttore come extra-contrattuale (anche se ai soli fini del riparto della competenza giurisdizionale) e ciò basta ad escludere che tra essi vi possa essere una convenzione.

L'ostacolo maggiore, però, è rappresentato dalle non poche decisioni pronunciate in materia di opponibilità a terzi delle clausole sul foro contenute in polizze di carico<sup>43</sup>. Il principio, cristallizzato dalla Corte nelle note *Tilly Russ*<sup>44</sup> e *Trasporti Castelletti*<sup>45</sup> e specificato in *Coreck Maritime*<sup>46</sup> è che il terzo prenditore è vincolato dalla clausola contenuta nella polizza se, in base al diritto nazionale applicabile, egli "sia subentrato ad una delle parti originarie nei suoi diritti ed obblighi"<sup>47</sup>; in caso contrario, la clausola non gli è opponibile a meno che questi vi abbia prestato un'effettiva e autonoma adesione<sup>48</sup>.

Per la Corte, tuttavia, una tale giurisprudenza non sarebbe applicabile alla fattispecie in esame (*rectius*, non sarebbe estendibile oltre al caso peculiare delle polizze

<sup>42</sup> *Powell Duffryn*, pp. 16-19 e 26. Per un commento alla decisione, si v. C. Silvestri, "Clausola di attribuzione giurisdizionale contenuta in uno statuto societario e art. 17 della convenzione di Bruxelles", in *Foro it.*, 1995, vol. 4, p. 119 e Gaudemet-Tallon, "Note", in *Rev. crit.*, 1992, vol. 3, p. 535.

<sup>43</sup> In generale sul tema, L. Penasa, "Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi", "Vol 1: natura e legge regolatrice", CEDAM, 2012 e "Vol. 2: profili soggettivi", Cleup, 2013.

<sup>44</sup> Sentenza del 19 giugno 1984, *Tilly Russ*, 71/83, Racc. pag. 2417 (ECLI:EU:C:1984:217), p. 24.

<sup>45</sup> Sentenza del 16 marzo 1999, *Trasporti Castelletti*, C-159/97, Racc. pag. I-1597 (ECLI:EU:C:1999:142), p. 41.

<sup>46</sup> Sentenza del 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, Racc. pag. I-9337 (ECLI:EU:C:2000:606), pp. 23-27.

<sup>47</sup> *Coreck Maritime*, p. 24.

<sup>48</sup> *Coreck Maritime*, p. 25.

di carico) giacché nel caso di una serie di contratti traslativi di proprietà non si ha la trasmissione di un contratto unico, né del complesso dei diritti e delle obbligazioni che da esso derivano, e “la concordanza degli ordinamenti giuridici nazionali quanto agli effetti della cessione della polizza di carico ad un terzo non si rinviene nell’ambito dei contratti traslativi di proprietà, in cui sembra che i rapporti tra produttore e subacquirente siano diversamente considerati negli Stati membri”<sup>49</sup>. Esigenze di uniformità impongono alla Corte di concludere che “una clausola attributiva di competenza pattuita nel contratto stipulato tra il produttore di un bene e l’acquirente del medesimo non può essere opposta al terzo subacquirente che, in esito ad una successione di contratti traslativi di proprietà stipulati tra parti stabilite in diversi Stati membri, abbia acquistato tale bene ed intenda avviare un’azione di responsabilità contro il produttore, salvo il caso in cui sia accertato che tale terzo abbia prestato il suo effettivo consenso a detta clausola in conformità ai presupposti indicati in tale articolo”.

La Corte, invece di rimeditarne i presupposti, preferisce portare alle estreme conseguenze l’arrêt *Handte* circa l’insussistenza *tout court* di qualsiasi legame contrattuale tra sub-acquirente e produttore, spingendo tale concetto oltre gli stretti confini della competenza giurisdizionale e prendendo posizione “*in abstracto*, sur une question de pur droit civil, en termes d’effet relatif du contrat”<sup>50</sup> e di opponibilità al terzo del patto sulla giurisdizione.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la Corte eccede nella ricerca di uniformità e giunge ad una soluzione criticabile. Posto che, come già notato, ove il terzo presti il proprio consenso effettivo alla clausola –elemento che non pare ricorrere frequentemente nella prassi– egli cessa di essere terzo ed assume il ruolo di parte della convenzione, il vero nodo è stabilire se egli possa essere vincolato senza aver prestato un consenso effettivo. Meglio sarebbe stato rispondere seguendo la consolidata giurisprudenza *Tilly Russ* e confermare il principio generale (che generale più non è) secondo cui è la *lex causae* che deve stabilire se il terzo è subentrato o meno nella posizione di una delle parti, assumendone diritti ed obblighi<sup>51</sup>. Ciò, tenendo ben distinti i profili della validità e dell’opponibilità della clausola<sup>52</sup> e considerando la clausola sul foro –pur nel rispetto del principio di *severability*<sup>53</sup>– un elemento che vive e si

<sup>49</sup> *Refcomp*, p. 38.

<sup>50</sup> Bureau, *supra* nota 34, p. 722.

<sup>51</sup> Per Bureau, *supra* nota 34, a p. 718, “le sous-acquéreur, se plaignant envers le fabricant de l’inexécution de ses obligations contractuelles, fût alors appelé à assumer les conséquences procédurales d’un tel choix ..., jusqu’au respect de la clause attributive de juridiction que ce dernier aurait inséré dans son contrat à d’évidentes fins de prévisibilité des solutions en cas de contentieux issu précisément de l’inexécution de ses obligations”.

<sup>52</sup> Così anche Bureau, *supra* nota 34, a pp. 719-21, secondo la quale la regola di conflitto oggi contenuta nell’art. 25 del Regolamento 1215/2012 (“salvo che l’accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro”) porrebbe nel nulla la decisione in *Refcomp*. Cfr. J. Strnad, “Determining the Existence of Consent for Choice-of-Court Agreements under the Brussels I-bis Regulation”, *Eur. Legal Forum*, 2014(5/6), pp. 113-18.

<sup>53</sup> Che oggi si legge nel comma 5° dell’art. 25: “Una clausola attributiva di competenza che fa parte di un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali”. Come notano M. Lopez

trasmette assieme al complesso delle altre pattuizioni contrattuali considerate, purché tra le parti originarie siano stati rispettati i requisiti di forma e sostanza richiesti e non si verta in una delle fattispecie di protezione aumentata (lavoro, assicurazione, rapporto di consumo). Un tale principio, peraltro, non comporta necessariamente la conseguenza di ritenere opponibile al sub-acquirente la clausola di scelta del foro voluta dal produttore<sup>54</sup>.

#### 4. ACCORDI SUL FORO ED AZIONI IN MATERIA DI ILLECITI ANTI-CONCORRENZIALI

Nella successiva decisione del 21 maggio 2015 relativa all'azione civile risarcitoria promossa nei confronti del noto cartello del perossido di idrogeno<sup>55</sup>, la Corte esamina, tra le altre questioni, la relazione tra l'accordo sul foro ed un'azione di risarcimento del danno da illecito per violazione dell'art. 101 TFUE (divieto di intese restrittive della concorrenza). I fatti possono essere semplificati come segue. La società belga Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA, appartenente all'omonimo gruppo specializzato nel *private enforcement*, agisce a Dortmund quale cessionaria di alcuni danneggiati per il risarcimento del danno nei confronti dei membri del cartello del perossido di idrogeno, responsabili di aver controllato e fissato il prezzo del prodotto. Oltre a questioni relative alla connessione (art. 6)<sup>56</sup> e al foro dell'illecito (art. 5,

de Gonzalo e A. La Mattina, "Cessione del credito e proroga di giurisdizione", RIDPP, 2012, pp. 87-96, a p. 91 "l'autonomia della clausola compromissoria [o di scelta del foro] è un principio di carattere «relativo», che si connota per la sua *ratio* volta a favorire la validità della stessa clausola ... a dispetto dell'(eventuale) invalidità del negozio giuridico cui accede; il principio in esame, invece non ha alcun rilievo in materia di circolazione della clausola ..., dove prevale l'aspetto della «accessorietà»".

<sup>54</sup> Si nota anche, con Penasa, *supra* nota 34, che specie in catene di contratti molto lunghe, l'opponibilità della clausola al terzo sub-acquirente pone problemi -che non possono essere trascurati- non solo di prevedibilità del foro, ma anche di astratta possibilità di conoscere l'esistenza stessa dell'originario accordo sul foro.

<sup>55</sup> Sentenza del 21 maggio 2015, CDC, C-352/13 (ECLI:EU:C:2015:335) con nota di M. Negri, "Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private antitrust enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei", *Int'l Lis*, 2015, pp.78-84.

<sup>56</sup> "Se l'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che, nel caso di un'azione proposta congiuntamente nei confronti di un convenuto domiciliato nello Stato del foro e di ulteriori convenuti domiciliati in altri Stati membri dell'Unione europea per ottenere informazioni e un risarcimento danni a seguito di un'infrazione unica e continuata all'articolo ... 101 TFUE ..., compiuta in più Stati membri con una diversa partecipazione a livello locale e temporale da parte dei convenuti, si rende opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili. Se, al riguardo, occorra tener conto del fatto che, dopo la notifica a tutti i convenuti, prima della scadenza dei termini fissati dal giudice per il controricorso e prima dell'inizio della prima udienza, l'attore abbia rinunciato all'azione nei confronti del convenuto domiciliato nello Stato del foro". CDC, p. 14. La Corte risponde positivamente "anche nel caso in cui l'attore abbia rinunciato all'esercizio dell'azione nei confronti dell'unico dei convenuti che



n. 3)<sup>57</sup>, il *Landgericht Dortmund* sottopone alla Corte di giustizia un quesito a partire dal rilievo che alcuni dei contratti di vendita del perossido alle danneggiate includono degli accordi compromissori o degli accordi di scelta del foro. Il giudice tedesco, che si ritiene altrimenti competente in base agli articoli 6, comma 1, e 5, n. 3, del Regolamento, domanda se si possa riconoscere efficacia derogatoria agli accordi compromissori e sul foro nel caso di azioni di risarcimento per violazione del divieto di intese di cui all'articolo 101 TFUE, alla luce del principio dell'effettiva attuazione del diritto della concorrenza<sup>58</sup>.

L'Avvocato Generale, Jääskinen che già aveva esaminato il caso *Refcomp* visto *supra*, fornisce un'ampia analisi, differenziando la propria risposta a seconda che la clausola in questione elegga la competenza di un giudice del sistema Bruxelles I o Lugano, oppure che si tratti di clausola compromissoria o a favore di uno Stato terzo<sup>59</sup>.

Il tenore delle conclusioni mostra come solo all'interno del sistema europeo (o, meglio, dello Spazio economico europeo) l'omogeneità delle regole sostanziali applicabili in materia di concorrenza consentirebbe di confermare la prevalenza degli accordi sul foro sulle altre norme di competenza (ma con i limiti di cui si dirà), mentre a conclusione opposta si dovrebbe giungere ove la clausola abbia l'intendimento di portare la controversia al di fuori di tale sistema<sup>60</sup>.

Punto di partenza è il principio pronunciato dalla Corte sin dalle prime decisioni sull'omologo articolo 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 per cui "l'effetto della proroga di competenza ... è quello d'escludere tanto la competenza determinata

---

sia domiciliato nello Stato membro ove ha sede il giudice adito, a meno che non sia dimostrata l'esistenza di una collusione tra l'attore e detto convenuto allo scopo di creare o di mantenere artificialmente le condizioni di applicazione di tale disposizione alla data di proposizione di detta azione". *CDC*, p. 33.

<sup>57</sup> "Se l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che occorre considerare, nel caso di un'azione proposta nei confronti di convenuti domiciliati in diversi Stati membri dell'Unione europea volta a ottenere informazioni e un risarcimento danni a seguito di un'infrazione unica e continuata ... all'articolo 101 TFUE ..., compiuta in diversi Stati membri con una diversa partecipazione a livello locale e temporale da parte dei convenuti, che l'evento dannoso è avvenuto in riferimento a ciascun convenuto e per l'insieme dei danni fatti valere o a un danno complessivo in quegli Stati membri in cui si sono conclusi e attuati accordi di cartello". *CDC*, ¶14. Secondo la Corte, in un tale caso "l'evento dannoso è avvenuto nei confronti di ciascuna asserita vittima considerata individualmente, e ognuna di esse può, in forza di detto articolo 5, punto 3, scegliere di proporre la sua azione vuoi dinanzi al giudice del luogo in cui è stata definitivamente conclusa l'intesa di cui trattasi o, eventualmente, del luogo in cui è stato adottato un accordo specifico e identificabile di per sé solo come l'evento causale del danno asserito, vuoi dinanzi al giudice del luogo della propria sede sociale". *CDC*, p. 56.

<sup>58</sup> *CDC*, p. 14.

<sup>59</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen in *CDC* (ECLI:EU:C:2014:2443).

<sup>60</sup> Solo entro tale sistema, infatti, opererebbe il "pilastro" rappresentato dalla "fiducia reciproca tra i giudici degli Stati membri", nonché l'esclusione dell'errore di diritto (cioè una divergenza nell'interpretazione ed applicazione della medesima normativa) dalla nozione di ordine pubblico ostativo ai fini del riconoscimento di una decisione (richiamato nella sentenza del 11 maggio 2000, *Renault*, C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, pp. 29 e ss.). *Conclusioni CDC*, p. 116.

dal princ  
5 e 6 dell

Con r  
6, l'Avv  
dei giud  
dell'auto

Magg  
correttan  
foro per  
ria dell'i  
il requisiti  
accordo  
porto giu  
di evitare  
dell'insie  
la contro  
quale è st  
di effettiv  
europeo<sup>61</sup>  
un accore  
rale espr  
tratti con  
non vizia  
decidere  
traenti de  
alla prest  
que, in te

<sup>61</sup> Sen  
p. 7 e 14 di

<sup>62</sup> Not  
(ECLI:EU:  
connessioni  
processuale  
(nella speci  
la competen

<sup>63</sup> Poi

"controvers

<sup>64</sup> Sul  
20 e 13 lugl  
6 giugno 20

(ECLI:EU:  
<sup>65</sup> Spe

avendosi ag  
proprie con

<sup>66</sup> Co

dal principio generale sancito dall'art. 2, quanto le competenze speciali di cui agli artt. 5 e 6 della Convenzione<sup>61</sup>.

Con riferimento alla competenza basata sulla connessione prevista dall'articolo 6, l'Avvocato Generale ribadisce agevolmente che i principi della concentrazione dei giudizi e dell'economia processuale non valgono ad escludere l'operatività dell'autonomia privata<sup>62</sup>.

Maggiore attenzione merita il ragionamento intorno all'articolo 5, n. 3. Premesso, correttamente, che spetta al giudice nazionale interpretare il tenore dell'accordo sul foro per verificare ove, nell'intenzione dei contraenti, questo includa o meno la materia dell'illecito, l'Avvocato Generale ricorda il requisito del consenso effettivo e il requisito della determinatezza dell'accordo che "mira a limitare la portata di un accordo attributivo di competenza alle sole controversie che hanno origine dal rapporto giuridico in occasione del quale tale accordo è stato concluso. Esso ha lo scopo di evitare che una parte sia colta di sorpresa dall'attribuzione, ad un foro determinato, dell'insieme delle controversie che sorgessero nei rapporti che essa intrattiene con la controparte e che trovassero origine in rapporti diversi da quello in occasione del quale è stata convenuta l'attribuzione di competenza"<sup>63</sup>. Pur ritenendo che il principio di effettività della normativa antitrust<sup>64</sup> non sia violato da un accordo sul foro intra-europeo<sup>65</sup> e che, in linea di principio, l'articolo 5, n. 3, potrebbe ben essere derogato da un accordo sul foro (meglio se successivo alla scoperta dell'intesa), l'Avvocato Generale esprime forti dubbi che "una clausola attributiva della competenza inclusa in contratti come quelli di cui trattasi possa soddisfare il requisito di un consenso chiaro e non viziato, in quanto si tratta in tal caso di rendere competente il giudice designato a decidere una controversia relativa alla responsabilità extracontrattuale di uno dei contraenti derivante da un'intesa illecita, mentre l'esistenza di quest'ultima non era nota alla presunta vittima nel momento in cui essa ha concluso siffatto accordo"<sup>66</sup>. Dunque, in teoria la deroga sarebbe consentita, ma in pratica appare difficile dimostrare

<sup>61</sup> Sentenze del 14 dicembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, Racc. giur., 1831 (ECLI:EU:C:1976:177), p. 7 e 14 dicembre 1976, *Segoura*, 25/76, Racc. giur., 1851 (ECLI:EU:C:1976:178), p. 6.

<sup>62</sup> Notiamo solo che nella sentenza 9 novembre 1978, *Meeth c. Glacetal*, 23/78, Racc. giur., 2133 (ECLI:EU:C:1978:198), pp. 5 e 7, la Corte, pur confermando la prevalenza dell'accordo sul foro sulla connessione, aveva però ritenuto che esigenze di economia processuale, anch'esse alla base del sistema processuale europeo, imponessero di consentire a ciascuna parte di sollevare eccezioni riconvenzionali (nella specie, di compensazione) nonostante in linea di principio l'accordo sul foro ne avesse demandato la competenza esclusiva ad altro giudice.

<sup>63</sup> *Powell Duffryn*, p. 31. Il principio è ricavato dal riferimento che la norma ha sempre fatto alle "controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico".

<sup>64</sup> Sul quale si v. le note sentenze 20 settembre 2001, *Courage*, C-453/99 (ECLI:EU:C:2001:465) p. 20 e 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite da C-295/04 a 298/04 (ECLI:EU:C:2006:461) p. 62; ed anche 6 giugno 2013, *Donau Chemie*, C-536/11 (ECLI:EU:C:2013:366) p. 49 e 5 giugno 2014, *Kone*, C-557/12 (ECLI:EU:C:2014:1317) pp. 24-25.

<sup>65</sup> Specificando, anzi, che nel caso di specie il principio non verrebbe nemmeno in questione non avendosi applicazione mediata di una normativa nazionale, ma direttamente della norma europea con proprie condizioni di validità ed effetti. *Conclusioni CDC*, p. 115.

<sup>66</sup> *Conclusioni CDC*, p. 111.

(quantomeno *a priori*) l'esistenza di un consenso effettivo che copra anche l'illecito anti-concorrenziale.

Come accennato, nel caso di clausole compromissorie o elezioni di giudici appartenenti a Stati terzi, l'Avvocato Generale giunge a diversa conclusione. Ovviamente in tali casi non operano le norme processuali europee, vuoi perché la materia dell'arbitrato è esclusa *tout court* dall'ambito di applicazione del Regolamento,<sup>67</sup> vuoi perché l'elezione di un giudice extra-europeo fa venir meno una delle condizioni per l'applicazione dell'articolo 23<sup>68</sup>. L'attenzione si sposta, allora, sul rispetto del principio di effettività della disciplina europea in materia di concorrenza da parte di quella che potremmo definire una deroga al "foro europeo". Muovendo da un'analogia con la pronuncia *Eco Swiss*<sup>69</sup>, pur notando che una deroga al "foro europeo" non comporterebbe di per sé ostacolo all'effetto utile dell'articolo 101 TFUE, l'Avvocato Generale finisce per concludere che, in pratica, a una tale deroga non dovrebbe essere concesso di operare "salvo quando le presunte vittime abbiano espressamente prestato il loro consenso in tal senso e a condizione che i giudici statali o gli arbitri, ai quali la competenza è stata così attribuita, siano tenuti ad applicare le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza quali norme di ordine pubblico"<sup>70</sup>. La conclusione proposta è, dunque, che "l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'applicazione di clausole attributive di competenza e/o di clausole compromissorie nell'ambito di un'azione diretta a ottenere il risarcimento dei danni causati da un'intesa dichiarata contraria a tale articolo non viola *di per sé* il principio della piena efficacia del divieto di intese. Tuttavia, affinché una clausola appartenente all'una o all'altra categoria possa essere dichiarata applicabile, in forza del diritto di uno Stato membro, in una controversia relativa alla responsabilità extracontrattuale

<sup>67</sup> Secondo l'art. 1, 2° comma, lett. d: "Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento: ... d) l'arbitrato". Il rapporto tra Regolamento e arbitrato è notoriamente complesso e fonte di problemi. La Corte, tra l'altro, nella nota sentenza *West Tankers*, p. 26 ha affermato che "se in base all'oggetto della controversia, vale a dire in base alla natura dei diritti da tutelare in un procedimento, quali quelli a fondamento di una domanda di risarcimento danni, tale procedimento rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, altresì vi rientra una questione preliminare riguardante l'applicabilità e, in particolare, la validità di un accordo arbitrale. ... [Ciò] indica che il controllo incidentale della validità della clausola arbitrale, richiesto da una parte per contestare la competenza della giurisdizione dinanzi alla quale è intentata la causa conformemente alla Convenzione di Bruxelles, rientra nell'ambito di applicazione di quest'ultima".

<sup>68</sup> In base al dettato dell'art. 25 del Regolamento "recast", continua ad essere requisito per l'applicazione l'elezione della competenza "di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro". In caso di elezione di un giudice estraneo al sistema europeo, il giudice dello Stato Membro "deve valutare la validità di quest'ultima in funzione del diritto applicabile, comprese le norme sui conflitti di legge, nel luogo in cui ha sede". *Coreck Maritime*, p. 19.

<sup>69</sup> Sentenza del 1 giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (EU:C:1999:269) pp. 36-40, secondo la quale la normativa in materia di concorrenza assume nel sistema europeo valore di ordine pubblico e la sua eventuale violazione può giustificare la pronuncia di nullità di un lodo arbitrale. La Corte aggiunge anche che una differenza fondamentale tra i giudici degli Stati Membri e gli arbitri (e, potremmo aggiungere, i giudici di Stati terzi) è che solo i primi possono sollecitare una pronuncia pregiudiziale ad opera della Corte di Giustizia e garantire, così, la funzione nomofilattica.

<sup>70</sup> *Conclusioni CDC*, p. 126.

che può der  
tenza relati  
contratto il  
opposta no  
quindi pot  
tale fonda

La Cor  
ristretta, o  
eventuali  
l'Avvocat  
segue le  
denza Ca  
essere int  
liare natu  
naria dei  
pria giuri  
prima ve  
fronti di

La C  
natezza"  
che sorp  
nell'affe  
mente p  
alla sud  
le è ign  
rapporti  
alla con

71  
72  
derogato  
applicaz  
una risp

73  
74

che abb  
tratto p  
il loro  
ad un t  
(senten  
merito  
il terzo  
alla qu  
senten

75

che può derivare da siffatta intesa, detto principio osta, a mio avviso, a che la competenza relativa a tale controversia sia attribuita in forza di una clausola contenuta in un contratto il cui tenore sia stato convenuto quando la parte alla quale tale clausola viene opposta non era a conoscenza dell'intesa in questione e della sua illiceità, e non aveva quindi potuto prevedere che la clausola potesse applicarsi ai risarcimenti richiesti su tale fondamento<sup>71</sup>.

La Corte di Giustizia nella propria pronuncia coglie, invece, una prospettiva più ristretta, omettendo di decidere sulla relazione tra le norme sulla concorrenza ed eventuali deroghe del "foro europeo", sulle quali, invece, a lungo si è soffermato l'Avvocato Generale<sup>72</sup>. Quanto al rapporto tra articolo 23 e articoli 5 e 6, la Corte segue le linee tracciate da Jääskinen, ricordando anche che, secondo la giurisprudenza *Castelletti*, la validità di una clausola sul foro conforme all'articolo 23 non può essere intaccata dalle norme sostanziali applicabili alla controversia<sup>73</sup>. Data la peculiare natura della fattispecie, ove CDC non è parte originaria dei contratti ma cessionaria dei diritti delle imprese danneggiate dal cartello, la Corte richiama anche la propria giurisprudenza in *Refcomp* e *Coreck Maritime*, indicando al giudice *a quo* che la prima verifica da operare è intorno all'opponibilità delle clausole di deroga nei confronti di CDC, soggetto terzo rispetto all'accordo sul foro<sup>74</sup>.

La Corte sposa, quindi, la tesi dell'Avvocato Generale circa la necessaria "determinatezza" dell'attribuzione della competenza e dell'esigenza di evitare scelte del foro che sorprendano una delle parti del rapporto. Così, il giudice europeo si avventura nell'affermare che il verificarsi di un illecito anti-concorrenziale "non è ragionevolmente prevedibile per l'impresa vittima al momento in cui essa ha prestato il consenso alla suddetta clausola, in quanto l'intesa illecita in cui è implicata la sua controparte le è ignota a tale data" e che, pertanto "non si può ritenere che essa trovi origine nei rapporti contrattuali"; una "siffatta clausola non derogherebbe quindi validamente alla competenza del giudice del rinvio"<sup>75</sup>. Come se già non avessero osato abbastanza,

<sup>71</sup> *Conclusioni CDC*, p. 132.

<sup>72</sup> Con una sorta di *non liquet*, la Corte laconicamente osserva che "riguardo a talune clausole derogatorie che sarebbero altresì contenute in detti contratti, ma che non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, la Corte non dispone di sufficienti informazioni al fine di dare una risposta utile al giudice del rinvio". *CDC*, p. 58.

<sup>73</sup> *Castelletti*, p. 51.

<sup>74</sup> Nei paragrafi pp. 64-65 ci pare che la Corte confermi la lettura parzialmente correttiva di *Refcomp* che abbiamo suggerito *supra* al paragrafo 3: "una clausola attributiva di competenza contenuta in un contratto può, in linea di principio, esplicare i suoi effetti soltanto nei rapporti tra le parti che hanno prestato il loro accordo alla stipulazione di tale contratto. Affinché una siffatta clausola possa essere opponibile ad un terzo, è necessario, in linea di principio, che quest'ultimo abbia prestato il suo consenso a tal fine (sentenza *Refcomp*) [...] unicamente nel caso in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile al merito, come determinato in applicazione delle norme di diritto internazionale privato del giudice adito, il terzo sia subentrato alla parte originaria nei suoi diritti ed obblighi la clausola attributiva di competenza alla quale il terzo non ha prestato il suo consenso potrebbe cionondimeno essergli opposta (v., in tal senso, sentenza *Coreck* ...)".

<sup>75</sup> *CDC*, p. 70.

i Giudici del Kirchberg concludono affermando che “[a]l contrario, in presenza di una clausola che faccia riferimento alle controversie relative alla responsabilità derivante da un’infrazione al diritto della concorrenza e che designi un giudice di uno Stato membro diverso da quello del giudice del rinvio, quest’ultimo dovrebbe declinare la propria competenza, anche qualora tale clausola porti a escludere le norme speciali sulla competenza di cui agli articoli 5 e/o 6 del regolamento n. 44/2001”<sup>76</sup>.

Come accaduto in *Refcomp*, la Corte sembra preoccuparsi più di risolvere i profili del caso concreto, che di adottare un’ottica ampia e generale degna della propria attività nomofilattica. In particolare pare evidente l’intento dei giudici europei nella fattispecie di non ostacolare una delle poche entità che in Europa porta avanti iniziative di *private enforcement* nel campo del diritto della concorrenza, consentendole di concentrare in un’unica sede le varie controversie contro i membri del cartello, senza dover frammentare l’azione di risarcimento in molteplici fori.

Laddove, poi, la Corte valuta *a priori* “non ragionevolmente prevedibile” che la vittima potenziale di una condotta anti-concorrenziale abbia inteso conferire anche tale controversia alla cognizione del giudice eletto sulla base di un contratto che la lega all’autore dell’illecito, notiamo due errori. Il primo, consistente nell’apodittica affermazione di un *id quod plerumque accidit* che però non è supportato da alcun reale dato pratico<sup>77</sup> e non pare nemmeno più di tanto rilevante, non essendo richiesto che le parti indichino con precisione nella clausola le categorie di controversie incluse o escluse. Il secondo, poiché il giudice europeo si sostituisce a quel giudice nazionale che è sempre stato incaricato dalla stessa Corte del compito delicato di interpretare la volontà delle parti dell’accordo onde valutare quali controversie queste abbiano inteso destinare o meno alla cognizione del foro eletto, ben potendovi includere, come osserva anche Jääskinen, non solo controversie di natura strettamente contrattuale, ma anche controversie relative ad un illecito – ed anche se derivante dalla violazione dell’articolo 101 TFUE. La chiusura della Corte, laddove ammetterebbe l’operatività di un accordo sul foro solo ove questo includa specificamente l’illecito derivante dalla violazione delle norme sulla concorrenza, è beffarda: si tratta di una specificità non richiesta dalla norma e alquanto paradossale, finendo per divenire essa stessa spia presuntiva dell’intento illecito di uno dei contraenti. Meglio avrebbe fatto il giudice europeo, se questo era il suo intento e senza creare particolari forzature nel sistema, considerare la deroga *tout court* incompatibile o comunque non operativa rispetto ad illeciti derivanti dalla violazione delle norme sulla concorrenza.

Infine, le osservazioni dell’Avvocato Generale sulla relazione tra effettività dell’articolo 101 TFUE e accordi compromissori o di elezione di uno Stato terzo, rispetto alle quali la Corte non prende posizione, sollevano certamente un problema delicato. Secondo l’Avvocato Generale l’esistenza di una varietà di clausole compromissorie o in favore di Stati terzi non sarebbe di per sé, a livello teorico, necessariamente

<sup>76</sup> CDC, p. 71.

<sup>77</sup> Anzi, in un mercato dove le violazioni della disciplina anti-trust non mancano, sarebbe forse *naïve* ritenere che la propria controparte contrattuale mai e poi mai ne commetterà una.

d’ostacolo all  
bilità di otten  
opposte nella  
difficile un’o  
cie ove vi è u  
clusi tra dive  
caso di una r  
ammettere un  
presunte vitti  
dizione che i  
siano tenuti a  
renza quali m

Non è chi  
rischio di fra  
chio che è po  
tutte la comp  
la Corte, né l  
foro in mater  
e con una pli  
rosi giudici d  
zione. Non s  
ziare l’impatt  
TFUE a seco

Ci pare, a  
dere al giudic  
Stato terzo) n  
Preoccupazio  
mezzi di tute  
in punto di r  
un foro non  
Ancora una v  
ritenuta degn  
gantemente s

Fortunata  
pria una tale  
Corte e l’Av  
ampio e di p

<sup>78</sup> Conclusi

<sup>79</sup> Conclusi  
Corte USA in  
mente alla arb

d'ostacolo all'effettività dell'articolo 101 TFUE (effettività consistente nella "possibilità di ottenere un risarcimento integrale"), ma "vista la grande varietà delle clausole opposte nella fattispecie, la loro applicazione potrebbe rendere indubbiamente più difficile un'operazione di tal genere"<sup>78</sup>. Ciò con particolare riferimento al caso di specie ove vi è una "molteplicità di contratti individuali di fornitura, possibilmente conclusi tra diverse società del gruppo di un venditore o di un acquirente", così che "nel caso di una restrizione della concorrenza a carattere orizzontale ... [sarebbe] difficile ammettere un'esclusione dei normali mezzi di tutela giurisdizionale, salvo quando le presunte vittime abbiano espressamente prestato il loro consenso in tal senso e a condizione che i giudici statali o gli arbitri, ai quali la competenza è stata così attribuita, siano tenuti ad applicare le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza quali norme di ordine pubblico"<sup>79</sup>.

Non è chiaro a cosa si riferisca l'Avvocato Generale in quest'ultimo passaggio. Il rischio di frammentazione della complessiva controversia in fori differenti è un rischio che è possibile apprezzare anche in relazione a clausole del foro che individuino tutte la competenza di Stati Membri diversi. Anche in un caso del genere, poiché né la Corte, né l'Avvocato Generale escludono *tout court* l'operatività dell'accordo sul foro in materia di illeciti anti-concorrenziali, le vittime potenziali di un cartello esteso e con una pluralità di contratti, potrebbero essere costrette ad agire davanti a numerosi giudici differenti, indebolendo –sul piano degli incentivi pratici– la propria posizione. Non si comprende, allora, su quali basi l'Avvocato Generale possa differenziare l'impatto pratico del proprio argomento sulla piena attuazione dell'articolo 101 TFUE a seconda che l'accordo sia o meno sottoposto alla disciplina europea.

Ci pare, allora, che la reale motivazione risieda non tanto nella difficoltà di accedere al giudice, quanto nel pericolo che l'organo interpellato (arbitri o giudice di uno Stato terzo) non facciano applicazione delle norme europee in materia di concorrenza. Preoccupazione in sé legittima, ma che non porterebbe alla "esclusione dei normali mezzi di tutela giurisdizionale", pena il mettere in discussione decenni di conquiste in punto di riconoscimento dell'autonomia privata e della dignità dell'arbitrato, o di un foro non domestico, nel risolvere le controversie in materia di diritti disponibili. Ancora una volta, se –come non si intende negare– la materia della concorrenza viene ritenuta degna di un trattamento preferenziale, la questione può essere risolta più elegantemente sottraendo l'intera materia dal novero delle controversie "derogabili".

Fortunatamente –potremmo dire– una Corte assai riluttante ha evitato di far propria una tale, non impeccabile, lettura. Ci auguriamo che, in una futura occasione, la Corte e l'Avvocato Generale possano restituire all'analisi della disciplina quel respiro ampio e di portata generale che dovrebbero essergli propri, certo non trascurando le

<sup>78</sup> Conclusioni CDC, p. 125.

<sup>79</sup> Conclusioni CDC, p. 126. Si confronti questa impostazione con quella più liberale della Suprema Corte USA in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) relativamente alla *arbitrability* di *antitrust claims*.

ricadute pratiche, ma nemmeno tradendo la propria funzione nomofilattica e finendo per disegnare un abito troppo stretto per essere utilizzato in altre occasioni.

## 5. ACCORDI SUL FORO, FORMA SCRITTA E CONTRATTI CONCLUSI ONLINE

L'ultimo caso che esaminiamo, *CarsOnTheWeb*<sup>80</sup>, presenta uno scenario fattuale più semplice. Il sig. Jaouad El Majdoub, concessionario d'auto con sede a Colonia, acquista online ad un prezzo molto conveniente una vettura elettrica tramite il sito web *CarsOnTheWeb* di proprietà dell'omonima società con sede ad Amberga (Germania). La vendita viene però annullata dal venditore, asseritamente a cagione di alcuni danni rilevati sul mezzo venduto; l'acquirente, ritenendo la motivazione pretestuosa, agisce per ottenere il trasferimento della proprietà del veicolo avanti al *Landgericht Krefeld*. La controparte tedesca si costituisce eccependo da un lato il difetto di legittimazione passiva, essendo il soggetto titolare del rapporto la società madre con sede in Belgio (eccezione respinta dal giudice *a quo*), e dall'altro l'esistenza di una clausola d'elezione del foro belga nelle condizioni generali d'acquisto associate alla transazione.

L'acquirente contesta, però, la validità di tale clausola ritenendo non rispettato il requisito della forma scritta previsto dall'articolo 23: infatti, la clausola sarebbe contenuta in una pagina web che non si apre automaticamente al momento della registrazione sul sito o della conclusione della vendita, ma deve essere aperta facendo "click" su un collegamento ipertestuale dal titolo «Per visualizzare le condizioni generali di consegna e le modalità di pagamento in una nuova finestra clicca qui» (c.d. "click wrapping"). Una tale modalità non sarebbe sufficiente ad integrare la "forma scritta" ai sensi del combinato disposto del primo comma, lettera (a) e del secondo comma dell'articolo 23, che sarebbe soddisfatta solo con l'apertura automatica della pagina recante le condizioni generali e la clausola di scelta del foro<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Sentenza del 21 maggio 2015, *CarsOnTheWeb*, C-322/14 (ECLI:EU:C:2015:334) con nota di A. Reinstadler & A. Reinalter, "Contratti internazionali online e clausola attributiva di competenza: requisiti di forma di clausole attributive di competenza concluse online", *Giur. it.*, 2015, 10, pp. 2099 ss.

<sup>81</sup> Nella causa *a quo* il concessionario si doleva anche che la clausola fosse invalida perché inaspettata e arbitraria. *CarsOnTheWeb*, p. 14. La Corte riporta che, secondo la corte territoriale, il concessionario non poteva definire inaspettata la clausola, poiché sapeva dell'elemento di estraneità della vendita che aveva concluso e aveva chiesto il rilascio di una fattura internazionale con le coordinate proprio della società madre belga. Né la domanda pregiudiziale, né la sentenza della Corte affrontano tale profilo. Basti rilevare che, in base alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, una volta rispettati i requisiti di forma e sostanza, al giudice non è consentito alcuna valutazione in merito al contenuto e alla ragionevolezza del foro scelto e non è richiesto alcun collegamento tra giudice e controversia. Cfr. *Trasporti Castelletti* pp. 49-50; sentenza 17 gennaio 1980, *Zelger c. Salintri*, C-56/79, *Racc. pag. I-89* (ECLI:EU:C:1980:15), p. 4; sentenza del 20 febbraio 1997 *MSG*, C-106/95, *Racc. pag.*

Il giud  
'click wra  
sensi dell  
dizioni ge

La dec  
pria opini  
di vendita  
vare speci  
casella, ar  
le condizi

Preme  
esaminare  
se ai sens  
butiva di  
sia, invec  
che utiliz  
del 2007  
in mater

1-911 (ECL  
(ECLI:EU)

"Ca

"Ee

dall'artic

l'esistenza

sull'artic

"Re

mento e l'e

GU 2009,

costituisco

tuata in co

della claus

"La

nente la co

civile e co

secondo la

o confirm

state stipul

p. 35

"Di

protezione

2011/83/

recante m

europeo e

Parlament

Il giudice tedesco decide allora di chiedere alla Corte di giustizia "se il cosiddetto 'click wrapping' risponda ai requisiti di una comunicazione con mezzi elettronici ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del Regolamento"<sup>82</sup>, nella misura in cui tali condizioni generali (una volta aperte) possono essere salvate e stampate separatamente.

La decisione viene adottata dispensando l'Avvocato Generale dal fornire una propria opinione. La Corte nota, in apertura della propria motivazione, che il procedimento di vendita in questione implica che l'acquirente, per poter acquistare, debba approvare specificamente le condizioni generali "in blocco", contrassegnando un'apposita casella, anche se tale operazione non comporta l'apertura automatica della pagina con le condizioni generali.

Premesse le solite considerazioni di rito<sup>83</sup>, il giudice europeo procede, quindi, ad esaminare lo specifico e delimitato quesito che gli sottopone il tribunale tedesco e cioè se ai sensi del secondo comma dell'articolo 23, per la validità di una clausola attributiva di competenza sia sufficiente la possibilità di registrarla durevolmente e non sia, invece, necessaria l'effettiva registrazione o stampa. Il dato letterale della norma, che utilizza il termine "permetta", la Relazione Pocar sulla Convenzione di Lugano del 2007<sup>84</sup>, la genesi storica del Regolamento<sup>85</sup> e il contrasto con la diversa disciplina in materia di consumo prevista dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 97/7/CE<sup>86</sup>

1-911 (ECLI:EU:C:1997:70), p. 34; sentenza del 3 luglio 1997 *Benincasa*, C-269/95, Racc. pag. I-3788 (ECLI:EU:C:1997:337), p. 28.

<sup>82</sup> *CarsOnTheWeb*, p. 19.

<sup>83</sup> E cioè che le condizioni dell'articolo 23, le quali derogano al foro generale del domicilio previsto dall'articolo 2, debbono essere interpretate restrittivamente; che per aversi una valida deroga, è richiesta l'esistenza di un accordo basato sul consenso effettivo dei contraenti; e che la giurisprudenza formatasi sull'articolo 17 della Convenzione di Bruxelles è applicabile anche alle norme regolamentari.

<sup>84</sup> Relazione esplicativa sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale firmata il 30 ottobre 2007 a Lugano, GU 2009, C 319, pag. 1, p. 109: "L'art. 23 par. 2 si limita ad indicare che le comunicazioni elettroniche costituiscono forma scritta se 'permettono' una registrazione durevole non anche se quest'ultima è effettuata in concreto, a significare che la registrazione non è richiesta per l'esistenza o la validità formale della clausola, ma soltanto per la sua prova, che ben difficilmente potrebbe essere data in modo diverso".

<sup>85</sup> La Corte fa riferimento alla relazione della proposta di regolamento (CE) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, presentata a Bruxelles dalla Commissione il 14 luglio 1999 (COM(1999) 348 def., secondo la quale il 2° comma dell'articolo 23 "intende assicurare che la norma di un accordo «scritto» o confermato per «iscritto» non implichi l'invalidità delle clausole attributive di competenza che siano state stipulate su supporto non cartaceo, ma il cui contenuto sia accessibile su schermo". *CarsOnTheWeb*, p. 35.

<sup>86</sup> Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, oggi abrogata e sostituita dalla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.



come interpretata dalla Corte in *Content Services*<sup>87</sup>, inducono la Corte a ritenere che “la procedura di accettazione mediante ‘clic’ delle condizioni generali di un contratto di vendita ... concluso elettronicamente, che contengano una clausola attributiva di competenza, costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, ai sensi di tale disposizione, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto”<sup>88</sup>.

Analizzando la controversia dall’angusta prospettiva ritagliata dalla questione sollevata dal giudice *a quo*, la conclusione alla quale giungono i giudici del Kirchberg pare certamente condivisibile: il comma 2° –considerato isolatamente– chiede nulla più che l’idoneità della comunicazione a consentire la “registrazione durevole della clausola attributiva di competenza”.

Ove, però, si allarghi lo sguardo oltre il puntuale quesito in esame (cosa che la Corte, in altre occasioni, non trascura di fare) nascono alcune perplessità. Ci pare che una clausola del tipo considerato violi non tanto il comma 2°, ma ponga qualche problema quanto al rispetto del requisito della “forma scritta” previsto dal 1° comma, lettera (a), così come interpretato dalla Corte. Il giudice europeo, infatti, ha sin dalla prima pronuncia in *Estasis Salotti*, e poi a più riprese, affermato che la clausola di proroga contenuta in condizioni generali poste a tergo soddisfa il requisito della forma scritta solo “se il contratto sottoscritto da entrambe le parti contiene un richiamo espresso a dette condizioni generali” o che, comunque, sia atto ad essere notato usando la normale diligenza<sup>89</sup>. In sostanza, la disciplina in parola intende preservare l’esistenza di un consenso effettivo di entrambi i contraenti all’elezione del foro e, parallelamente, “cancel out the effect of clauses in contracts which might go unread”<sup>90</sup>.

Il caso di specie potrebbe essere accostato all’ipotesi di una clausola inclusa nelle condizioni generali a tergo di un contratto, ossia di condizioni disponibili, ma non immediatamente percepibili dalla controparte. In tali circostanze, applicando la giurisprudenza *Estasis Salotti*, perché una clausola sulla giurisdizione contenuta nelle condizioni generali disponibili su un’altra pagina web sia vincolante, sarebbe necessario che nel modulo di acquisto effettivamente visionato e accettato dall’acquirente vi fosse un richiamo espresso ad essa. Solo in tale modo si garantirebbe, se non un vero

<sup>87</sup> Sentenza del 5 luglio 2012, *Content Services*, C-49/11 (ECLI:EU:C:2012:419), p. 51: “l’articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 97/7 deve essere interpretato nel senso che non soddisfa i requisiti da esso imposti una prassi commerciale che consista nel rendere accessibili le informazioni richieste dalla norma precitata solamente attraverso un collegamento ipertestuale a un sito Internet dell’impresa interessata, dal momento che tali informazioni non sono né «fornite» da tale impresa né «ricevute» dal consumatore, come prescrive la suddetta disposizione, e che un sito Internet come quello oggetto del procedimento principale non può essere considerato un «supporto duraturo» ai sensi del medesimo articolo 5, paragrafo 1”.

<sup>88</sup> *CarsOnTheWeb*, p. 40.

<sup>89</sup> *Estasis Salotti*, pp. 10 e 12.

<sup>90</sup> Relazione Jenard, cit. *supra* nota 21, p. 37.

e proprio  
foro predi

Ad un  
Da un lato  
nuto in Es  
denti prop  
sostenere  
condizioni  
Una tale c  
dire la din  
già avvent  
conoscibil  
concezion  
sione in C  
ficio econ  
certezza e  
nascenti d

In alter  
potrebbe f

Poiché  
la Corte n  
quesito p

<sup>91</sup> Ove  
del Regolan  
prima che si

<sup>92</sup> Cfr.  
“Gli Stati n  
elettronica.  
osti all’uso  
elettronica”

<sup>93</sup> Val  
occasione d  
sa preoccup  
attributive  
mercio inte  
osservato n  
conoscibile

<sup>94</sup> Ca  
Highway: D  
Rev., 1991:

<sup>95</sup> V. l  
questione la  
Trascenden  
della distim  
tore) si trov

e proprio consenso effettivo, quantomeno l'adesione dell'acquirente alla clausola sul foro predisposta dalla controparte<sup>91</sup>.

Ad un risultato parzialmente differente si potrebbe giungere solo in due ipotesi. Da un lato, ove si volesse dare peso al requisito dell'ordinaria diligenza, pure contenuto in *Estasis Salotti* ma riferito al diverso caso della clausola contenuta in precedenti proposte richiamate nel contratto concluso tra le parti. In tal senso, si potrebbe sostenere che l'ordinaria diligenza imponga all'acquirente di aprire la pagina delle condizioni generali e di leggerne il contenuto, inclusa l'eventuale clausola sul foro. Una tale opzione ermeneutica, pure se possibile e forse auspicabile onde non impedire la dinamicità dei traffici commerciali online<sup>92</sup>, certo finisce per sostituire — come già avvenuto in altri casi<sup>93</sup> — il requisito del consenso effettivo alla verifica della mera conoscibilità astratta: risultato non necessariamente da rigettarsi e non distante dalla concezione efficientista che le corti americane hanno sviluppato a partire dalla decisione in *Carnival Cruise*, ove al consenso effettivo si preferisce il rilievo del beneficio economico, condiviso da entrambe le parti del rapporto, che può derivare dalla certezza e prevedibilità per il venditore circa il luogo di risoluzione delle controversie nascenti dalla propria attività commerciale<sup>94</sup>.

In alternativa, ricorrendone i presupposti, una tale modalità di conclusione del patto potrebbe farsi rientrare nella forma ammessa da un uso del commercio internazionale<sup>95</sup>.

Poiché quando si occupa di forma, si occupa in realtà sempre anche di sostanza, la Corte nel decidere il caso in esame meglio avrebbe fatto ad allargare le maglie del quesito posto dal giudice *a quo* ed affrontare in modo trasparente anche il delicato

<sup>91</sup> Ove l'acquirente sia un consumatore, operano ovviamente le norme protettive della sezione 4 del Regolamento che limitano fortemente la possibilità di una deroga del foro a danno della parte debole prima che sia effettivamente insorta la controversia.

<sup>92</sup> Cfr. anche il *favor* espresso dall'articolo 9 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico: "Gli Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi, in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica".

<sup>93</sup> Valga, tra tutti, il rilievo di H. Gaudemet-Tallon, Nota, in Rev. crit. DIP, 1992, p. 535, p. 537 in occasione delle decisioni *Powell Duffryn*: "la Cour de justice s'écarte dans l'arrêt Powell de ce qui fut sa préoccupation première, à savoir assurer de la réalité du consentement de chaque partie à une clause attributive de juridiction". Nella stessa direzione le pronunce sulla "forma ammessa dall'uso del commercio internazionale" secondo le quali, ove sia provata l'esistenza di un comportamento generalmente osservato nel ramo commerciale considerato, l'uso è considerato a un sol tempo esistente e conosciuto (o conoscibile) da parte di tutti gli operatori. Cfr. *MSG, Trasporti Castelletti e Coreck Maritime*.

<sup>94</sup> *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991). V. L. Goldman, "My Way and the Highway: the Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts", Nw. U. L. Rev., 1991-92, vol. 86, p. 707 e ss.

<sup>95</sup> V. nota *supra* 93. Il caso di specie riguarda due imprenditori (c.d. contratto B2B) e non chiama in questione la normativa protettiva in materia di deroga del foro consumatore (sezione 4 del Regolamento). Trascendendo dal caso di specie, tuttavia, si può oggi sollevare qualche dubbio circa la perdurante tenuta della distinzione B2B e B2C, specie laddove un piccolo imprenditore (quasi assimilabile ad un consumatore) si trovi a fronteggiare uno dei colossi del commercio con ben altro potere contrattuale.

profilo del consenso effettivo, ribadendo oppure riveditando il principio fondato nel 1976 in *Estasis Salotti* e che oggi –al di là degli onori che ritualmente gli sono tributati– appare ormai assai indebolito.

## 6. CONCLUSIONI

Tirando le somme, la sensazione è che nelle decisioni presentate in queste brevi pagine, la Corte mostri di aver perso un po' dello smalto che ha caratterizzato l'attività dell'istituzione nel campo del diritto processuale europeo nei primi decenni. Ciò che sembra mancare nelle pronunce è un solido approfondimento e approccio teorico<sup>96</sup>, che non pare essere presente nella spensierata elaborazione della nozione autonoma di *res judicata* europea in *Gothaer*, oppure nelle criticabili soluzioni elaborate in *Refcomp* e *CDC*, troppo attente a risolvere il caso concreto all'esame della Corte e poco tese a dare una risposta nomofilattica che possa essere utile nella costruzione del sistema europeo. In *CarsOnTheWeb*, infine, la Corte raggiunge un risultato ineccepibile ove si consideri restrittivamente il quesito posto, l'albero, ma che trascura di considerare la foresta popolata dalle proprie stesse pronunce e il principio del consenso effettivo che, sia pure con successivi e progressivi rilassamenti, costituisce sempre la base sulla quale viene modellata la disciplina degli accordi sul foro. La speranza è che la Corte sappia recuperare il rigore sistematico e il respiro concettuale che sono in linea con la sua funzione e che hanno caratterizzato la prima, a tratti brillante, stagione nella creazione del sistema processuale europeo<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> V. C. Consolo, "Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)", AA.VV., "Atti del XXVII Convegno Nazionale, Verona", 25-26 settembre 2009, Bologna, 2011, a p. 64-65.

<sup>97</sup> Ben descritta da N. Trocker, "La formazione del diritto processuale europeo", Giappichelli (Torino), 2011.

ORALI  
EN CH

Docto  
Miembro del Inst

SUMARIO: 1. Ded  
civil chilena. 2. El  
a no repetir los erro  
dose. 4. Reflexión e

## 1. DEDICAT CUESTIÓN

Las siguientes  
mi maestro desde  
recién llegado a E  
no pocas dosis de  
sal de la Universid  
este enorme jurista  
una facilidad de tra  
acordamos el tema  
escrituración en el p  
cho procesal bajo u  
me facilitó conocer  
sostenía y sostiene