

Papers

di diritto europeo



UNIVERSITÀ
di VERONA
Dipartimento
di SCIENZE GIURIDICHE



Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*, 2016 / 1

Caterina Fratea, *Cross border damage antitrust claims and rules on jurisdiction: a real plaintiff's paradise?*

Davide Diverio, *La disciplina europea dei servizi delle piattaforme di intermediazione on line nella comunicazione della Commissione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa».*

Cinzia Peraro, *EU Citizenship and Protection of Social Rights in the Court of Justice case-law*

© 2016 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona

ISSN 2038-0461

Registrazione al Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010

Referee: gli scritti contenuti nella rivista sono valutati attraverso un sistema *peer-review*.

La rivista *open access* “Papers di diritto europeo” raccoglie contributi sui temi dell'integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Sono accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf sul sito Internet.

Direzione scientifica:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Comitato scientifico:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, mariacaterina.baruffi@univr.it

Prof.ssa Laura Calafà, laura.calafa@univr.it

Prof. Franco Ferrari, franco.ferrari@nyu.edu

Prof. Matteo Ortino, matteo.ortino@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Comitato di redazione:

Dott.ssa Diletta Danieli, diletta.danieli@univr.it

Dott.ssa Caterina Fratea, caterina.fratea@univr.it

Dott.ssa Cinzia Peraro, cinzia.peraro@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Editore:

Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona

Dipartimento di Scienze giuridiche

Via Carlo Montanari, 9

37122 Verona

Tel. +39.045.8028847

Fax +39.045.8028846

INDICE

CATERINA FRATEA, <i>Cross-border damage antitrust claims and rules on jurisdiction: a real plaintiff's paradise?</i>	1
DAVIDE DIVERIO, <i>La disciplina europea dei servizi delle piattaforme di intermediazione on line nella comunicazione della Commissione «Un'agenda europea per l'economia</i>	29
Cinzia Peraro, <i>EU Citizenship and Protection of Social Rights in the Court of Justice case-law</i>	53

Cross-border damage antitrust claims and rules on jurisdiction:
a real plaintiff's paradise?

Caterina Fratea

Abstract

On 21 May 2015 the European Court of Justice (ECJ) delivered its second judgment dealing with the private international law aspects related to the actions for damages caused by an infringement of EU competition law (case C-352/13, *CDC*). It contributed to clarify some important questions on jurisdiction that, until this judgment was delivered, were solved in different ways by national courts. In fact, the interpretation of jurisdiction rules applicable in private antitrust claims has so far been derived by national judges from other ECJ judgments not directly concerning the subject matter.

The present article focuses on the main grounds of jurisdiction that can be applied to private competition disputes besides the general provision of the domicile of the defendant: on the one hand, the special provision of the place where the harmful event occurred or may occur; on the other, the extended jurisdiction. The analysis is carried out taking into account both the ECJ and the national case-law and emphasizing how certain interpretations of the relevant provisions could exacerbate the risk of forum shopping or lead to an almost unconditional exception to the general rule of the domicile of the defendant, especially in the business-to-business litigation.

Cross-border damage antitrust claims and rules on jurisdiction: a real plaintiff's paradise?

Caterina Fratea*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The jurisdiction in cross-border EU competition actions: general provision and *forum damni*. – 2.1. The place where the damage occurred. – 2.2. The place of the event giving rise to the damage. – 3. The extended jurisdiction and the anchor defendant rule. – 4. The ECJ *Aristrain* case-law as a possible way to limit the flexible use of article 8(1) of Brussels Ia by national courts. – 5. Action for damages and choice-of-court provisions. – 6. Conclusions.

1. Introduction.

The adoption of the [2014/104 directive](#) on actions for damages for infringements of the competition law provisions¹ has represented a pivotal stage in the development of the European private antitrust enforcement, since it has provided a harmonized discipline for damage actions deriving from the breach of articles 101-102 TFEU². With this intervention the European legislator intended to formalize and extend the conclusions that, around ten years before, the European Court of Justice (ECJ) had drawn in the well-known *Courage*³ and *Manfredi*⁴ cases. Although some authors criticised the directive because of its excessive restraint⁵, its purpose is two-fold: on the one hand, to make it easier for victims of antitrust infringements to be compensated, especially if they are the final consumers; on the other, without reaching the same level of protection of the US system, to act as a deterrent towards the companies which operate in the EU single market. Time is not yet ripe to say if and to what extent

* Postdoctoral Research Fellow in European Union Law, Law Department, University of Verona.

¹ Directive 2014/104/EU of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, in OJ L 349 of 5 December 2014, p. 1.

² See generally N. DUNNE, *Courage and Compromise: The Directive on Antitrust Damages Actions*, in *Eur. L. Rev.*, 2015, pp. 581-597; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli 2015, p. 47.

³ ECJ 20 September 2001, case C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan*, EU:C:2001:465. The ECJ decisions can be found at <http://curia.europa.eu>.

⁴ ECJ 13 July 2006, joined cases C-295/04 to C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA and Nicolò Tricarico and Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*, EU:C:2006:461.

⁵ A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2014, pp. 51-55, at p. 55; B. SCHARAW, *Commission proposal for a Directive on antitrust damages and recommendation on principles for collective redress – the road towards “Private Antitrust Enforcement” in the European Union?*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2014, pp. 352-360, at p. 359.

the new rules can pursue these two objectives, but what clearly emerges from the text of the directive is that it does not contain *ad hoc* private international law rules. The issue of jurisdiction was first considered, together with the applicable law to damage actions, by the Green Paper of 2005⁶, but it wasn't brought up again in the White Paper of 2008⁷. In the Green Paper the Commission had proposed the possible adoption of special rules for the determination of the applicable law, whereas it stated that jurisdiction should be governed by 44/2001 regulation (so-called Brussels I), which was in force at that time⁸. These stands did not find room in the final version of the directive even though the importance of private international law profiles related to EU private antitrust enforcement is self-evident as the same directive states that large-scale infringements of competition law often have a cross-border element⁹.

Even though an intervention in this field had been requested¹⁰, the only reference to a private international law instrument is contained in article 5 of the directive, which admits that the rules on disclosure of evidence are without prejudice to 1206/2001 regulation¹¹. Specific rules on jurisdiction for damage antitrust actions are contained neither in 1/2003 regulation¹², nor in the Commission notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of former articles 81 and 82 TEC¹³. Therefore, damage antitrust actions are generally ruled by Brussels and Rome regulations, as interpreted by the ECJ, which recently clarified the scope of some rules on jurisdiction with specific regard to the antitrust proceedings.

The present paper will address the more problematic issues related to jurisdiction in cross-border antitrust lawsuits, taking into account the few recent decisions of the ECJ and trying to draw some critical conclusions on the application of rules not specifically dealing with the field of competition.

⁶ Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final of 19 December 2005, par. 2.8, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁷ White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final of 2 April 2008, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁸ Regulation 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in OJ L 12 of 16 January 2001, p. 1.

⁹ Recital 9.

¹⁰ See M. DANOVI, F. BECKER, *Governance Aspects of Cross-Border EU Competition Actions: Theoretical and Practical Challenges*, in *J. Private Int. L.*, 2015, pp. 359-401, at p. 375.

¹¹ Regulation 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, in OJ L 174 of 27 June 2001, p. 1.

¹² Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, in OJ L 1 of 4 January 2003, p. 1.

¹³ In OJ C 101 of 27 April 2004, p. 54.

2. The jurisdiction in cross-border EU competition actions: general provision and *forum delicti*.

The judge competent to hear the case in a cross-border EU competition lawsuit must be determined by [1215/2012 regulation](#) (so-called Bruxelles Ia or Brussels I Recast)¹⁴, which substituted the Brussels I regulation. In fact, unlike the proceedings aimed at the application of articles 101-102 TFEU, which are administrative in nature even when heard by jurisdictional authorities¹⁵, private antitrust disputes fall within the civil and commercial matters¹⁶. The fact that these actions can indirectly pursue public goals, as the preservation of free competition in the single market, and that in some legal system punitive damages can be awarded, is not sufficient to lure these actions away from this categorization, no matter what kind of judge will actually hear the case¹⁷. The ECJ case-law stands its ground on this point as recently confirmed in the [flyLAL-Lithuanian Airlines case](#), the first regarding the interpretation of the Brussels I regulation with specific regard to a competition private action. According to the Court, the mere fact that the Latvian State, not even a party to the main proceedings, was a shareholder in the co-defendants and that the alleged infringements of competition law resulted from provisions of Latvian law does not in itself constitute a situation equivalent to that in which that Member State exercises public powers (to which the regulation shall not apply), since in a case like this the State behaves like any economic operator¹⁸.

Having clarified that, it must be determined what the relevant rules on jurisdiction in private antitrust claims are. Reference will be made to the Brussels Ia regulation, even though according to article 66 the regulation shall apply only to legal proceedings instituted on or after 10 January 2015, leaving then a residual applicability of the Brussels I regulation to the actions instituted before that day. Nevertheless, because many of the rules have not changed, it is possible to recall the ECJ case-law that interpreted the previous regulation.

¹⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in *OJ L* 351 of 20 December 2012, p. 1.

¹⁵ See article 1 of Brussels Ia regulation and article 35 of 1/2003 regulation.

¹⁶ C. NOURISSAT, *Livre vert sur les actions en dommages-intérêts: questions de droit judiciaire privé européen*, 27(7) *Rev. Lamy Concurrence*, 2006, n. 7, pp. 45-48, at p. 46. See also Study JLS/C4/2005/03, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, presented by Prof. Dr. B. Hess, Prof. Dr. T. Pfeiffer and Prof. Dr. P. Schlosser (Munich), Final Version September 2007, par. 77, so called *Heidelberg Report*, <http://ec.europa.eu/civiljustice>.

¹⁷ A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, 2008, p. 250.

¹⁸ ECJ 23 October 2014, case C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS v Starptautiskā lidosta Rīga VAS and Air Baltic Corporation AS*, EU:C:2014:2319, at 33. The case dealt with a claim for compensation following the abuse of dominant position of Air Baltic company on the market for flights from or to Vilnius Airport (Lithuania) and an anti-competitive agreement between the co-defendants, in relation to which the applicant in the main proceedings applied for provisional and protective measures.

As a general provision, article 4 of the Brussels Ia regulation¹⁹, which applies to all Member States (included Denmark by virtue of an agreement concluded with the European Union²⁰), states that persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State. In particular, in a field like competition law, this provision has to be read together with article 63, par. 1, which contains the criteria to determine the domicile of a company or a legal person for the purposes of the regulation itself. It contains both a juridical criterion, by virtue of which a company or other legal person is considered to be domiciled at the place where it has its statutory seat, and two factual criteria, by virtue of which the domicile is located where the central administration or the principal place of business is²¹. The number of criteria according to which it is possible to determine the domicile of a company or a legal person implies the broadening of the personal scope of application of the regulation. At the same time, however, this can lead to the risk that more than one judge could be theoretically competent to hear the case. These problems must be solved by recurring to the provisions on *lis pendens* and related actions contained in articles 29 and 30.

Unlike the domicile of the natural person that, according to article 62 of the regulation, is determined by applying the internal law of the court, the determination of the domicile of the legal person is less connected to the domestic legal systems. In fact, in order to make the rules of jurisdiction highly predictable and avoid conflicts of jurisdiction, recital 15 of Brussels Ia regulation states that the domicile of a legal person must be defined autonomously, which means on the basis of the elements given by the case-law of the ECJ. More precisely, the autonomous interpretation serves the determination of the factual criteria set in article 63, namely the central administration and the principal place of business, but not the statutory seat. It transpires then that the link with the statutory seat is the only criterion, among the three contained in article 63, which assumes a reference to the internal law²², even though not to the *lex fori* as in article 62, but to conflict-of-law rules of the State of the court²³. Even though article 63, par. 1 does not expressly say so, other provisions of the regulation provide a

¹⁹ Article 2 of Brussels I regulation.

²⁰ In OJ L 79 of 21 March 2013, p. 4.

²¹ According to the second paragraph, «for the purposes of Ireland, Cyprus and the United Kingdom, ‘statutory seat’ means the registered office or, where there is no such office anywhere, the place of incorporation or, where there is no such place anywhere, the place under the law of which the formation took place».

²² F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova 2015, p. 128.

²³ G. SABEONE, *Il 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*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 1101-1108, at p. 1104.

reference to the conflict-of-law rules instead of to the material law of the court²⁴ (e.g. article 63, par. 3 and article 24, n. 2).

Besides the general provision of the domicile of the defendant, in the field of competition law other special jurisdictional rules can apply, namely those provided by articles 7 and 8 of the Brussels Ia regulation²⁵. The first one identifies a series of special and alternative grounds of jurisdiction that give the claimant the possibility to bring the action in a State other than that where the defendant is domiciled. In relation to these, unlike article 4, article 7 does not simply identify the State where the competent judicial authority is located, but directly the competent court, solving at the same time both the question of jurisdiction and the internal territorial competence²⁶. Among the grounds of jurisdiction laid out in article 7, in relation to competition actions for damage, particularly important is the one contained in nr. 2, which states that in matters relating to tort, delict or quasi-delict, it can be also competent the court for the place where the harmful event occurred or may occur (*forum damni*). This provision did not change from the one laid out in article 5(3) of the Brussels I regulation, since the amendment contained in the second version of the proposal²⁷, which did not require the defendant to be domiciled in a Member State in order to apply the special grounds of jurisdiction, has not been incorporated. This would have made it sufficient that the criterion gave competence to the judge of a EU Member State, no matter where the defendant was domiciled²⁸.

The application of article 7(2) of the Brussels Ia regulation requires the notion of «place where the harmful event occurred or may occur» to be clarified. This has the potential to be quite difficult since the ECJ had the chance to interpret this ground of jurisdiction in relation to the field of competition law only once, specifically in the recent [*CDC Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide case*](#) (hereinafter *CDC case*)²⁹. It is therefore necessary to refer also to the case-law that interpreted the provision at stake in relation to different fields of law and that can be extended to the antitrust claims.

According the ECJ *Bier* decision, even though it related to the Brussels convention that only referred to the «place where the harmful event occurred», stated that this expression had to be established in such a way as to acknowledge that the plaintiff has an option to commence proceedings

²⁴ F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cited above, p. 85.

²⁵ Articles 5 and 6 of Brussels I regulation.

²⁶ See F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, vol. I, Torino 2015, p. 76.

²⁷ COM(2010) 748 final/2 of 3 January 2011, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁸ R. LUZZATTO, *On the Proposed Application of Jurisdictional Criteria of Brussels I Regulation to Non-Domiciled Defendants*, in *Recasting Brussels I*, eds. F. Pocar, I. Viarengo, F.C. Villata, Padova 2012, p. 111.

²⁹ ECJ 21 May 2015, case C-352/13, *CDC Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA v Evonik Degussa GmbH, Akzo Nobel NV, Solway SA, Kemira Oyj, Arkema France SA, FMC Foret SA, Chemoxal SA, Edison SpA*, EU:C:2015:335, at 50.

either at the place where the damage occurred or the place of the event giving rise to it³⁰. Consequently, when the place of the event causing the damage is located in a State other than that where the prejudice occurred, the judges potentially competent by virtue of article 7(2) of the Brussels Ia regulation are two at the discretion of the claimant (so-called ubiquity of damage theory).

Each of the two solutions elaborated by the ECJ in the *Bier* case gives rise to some practical difficulties. On the one hand, the criterion based on the implementation of the cartel runs the risk of giving the claimant too many choices, provided that a cartel is usually implemented in more than one Member State. On the other hand, the harmful activities can be territorially spread and be part of a global and difficult to determine market strategy. For instance, in the case of a price cartel, these activities are made up of the initial collusive activity (that could have happened in various places, even other than the market where the cartel will produce its effects) and the actual execution of the cartel (the actual application of the higher price on the agreed upon market). Therefore, in some situations the place where the event giving rise to the damage occurred can be difficult, if not impossible, to determine³¹ or lead to a court which is not close to the case or to the jurisdiction of a third State, which does not serve the good administration of the justice.

Only in the cases of abuse of dominant position is there normally no distinction between the place of the event and the place of the effects³².

These are the reasons why in the *CDC* case Advocate General Jääskinen had drawn a different conclusion. According to his opinion the application of former article 5(3) of Brussels I regulation cannot be excluded in principle, but it is nonetheless not desirable in the particular case. The case, in fact dealt with a horizontal cartel, which has existed for a long time and has restricted competition throughout the Union territory and whose structure was highly complex, since it had given rise to a series of agreements and collusive practices, with the result that both the participants in the cartel and the persons sustaining the alleged damage were scattered over a great many Member States³³. The ECJ's theory of ubiquity of the damage would lead, in a case like this, to jurisdiction potentially being conferred on a multitude of courts in the Member States and do not enable the identification of a court that has a 'particularly close link' with the dispute and is therefore the 'best placed' *ratione loci* to decide

³⁰ ECJ 30 November 1976, case 21/76, *Handelskwekerij G.J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA*, EU:C:1976:166, at 19; see also 19 april 2012, case C-523/10 *Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, EU:C:2012:220, at 19.

³¹ ECJ 27 October 1998, case C-51/97 *Réunion européenne SA and others v Spliethoff's Beraadingskantoor BV*, EU:C:1998:509, at 33.

³² J. KAMMIN, *Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition*, Berlin 2014, p. 148.

³³ Opinion of 11 December 2014, EU:C:2014:2443, at 47-48.

the case, whereas that is the basis of the *forum damni*. The regulation instead should be aimed at limiting the number of concurrent proceedings.

2.1. The place where the damage occurred.

The ECJ seems willing to protect the party who suffered damages, showing a preference for the place where the harmful effects were produced, which leads to the markets affected by the infringement of the EU competition rules³⁴. Also some national case-law, with specific reference to the competition actions for damages, stated that the place where the effects of the cartel are produced is the better alternative. In particular, in the *Cooper Tire* case, the English High Court gave exclusive relevance to this criterion³⁵.

The preference for the place where the harmful event occurred needs the definition of harm, which is lacking at a European level, to be clarified. In the *Duméz* and *Marinari* cases the ECJ limited the applicability of the provision at stake only to the direct effects of the event, denying any relevance to the secondary and indirect consequences of the tort³⁶. It follows that, the place that determines the special jurisdiction according to article 7(2) of the Brussels Ia regulation is not the one where the claimant alleges to have suffered the mere secondary and indirect financial consequences of a harm initially suffered in another Member State, but only the one where the infringement of the competition rules had its first impact³⁷. That does not mean that the immediate harm alleged by the claimant cannot consist of a patrimonial prejudice, such as a financial loss in the form of a payment of a price higher than the competitive one or in the form of a loss of market share or profits. Nevertheless, the ECJ stated that an automatic localization of the prejudice at the victim's principal place of business or registered office has to be excluded if this is the place where only the indirect harmful consequences were produced, being the judge's task to verify if this is the place where the initial event occurred³⁸. In fact, in competition disputes the automatic localization of the harm at the victim's domicile would sneak in through the back door a ground of jurisdiction comparable to the domicile of the claimant, in express

³⁴ ECJ 27 September 1988, joined cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission*, EU:C:1988:447, at 16.

³⁵ High Court of Justice, commercial court, 27 October 2009, *Cooper Tire & Rubber Co. v Shell Chemicals UK Ltd*, www.bailii.org.

³⁶ ECJ 11 January 1990, case C-220/88 *Duméz France and Tracoba v Hessische Landesbank (Helaba) and others*, EU:C:1990:8, at 20; 19 September 1995, case C-364/93, *Antonio Marinari v Lloyd's Bank plc and Zubaidi Trading Company*, EU:C:1995:289, par. 15.

³⁷ J. KAMMIN, *Reforming Private Antitrust Enforcement*, cited above, p. 150. Cf. ECJ 10 June 2004, case C-168/02, *Rudolf Kronhofer v Marianne Maier and others*, EU:C:2004:364, at 19.

³⁸ ECJ 29 July 2010, case C-189/09, *Commission v Austria*, EU:C:2010:455, at 27. See also the request for a preliminary ruling in the case C-12/15, *Universal Music International Holding BV*.

contrast to the rule that the exceptions to the general provision of the domicile of the defendant must be interpreted strictly in order not to diminish legal certainty and foreseeability³⁹.

In the aforementioned *CDC* case, however, interpreting the former Brussels I regulation with specific concern to competition law disputes, the ECJ seems to go against its previous statements. As for loss consisting of additional costs incurred because of artificially high prices, the place where the harmful event occurred is identifiable only for each alleged victim taken individually and is located, in general, at that victim's registered office⁴⁰. The ECJ argued that this understanding guarantees the efficacious conduct of potential proceedings as the courts in whose jurisdiction that undertaking has its registered office are manifestly best suited to adjudicate claim based on losses allegedly suffered by it⁴¹. Therefore, an applicant such as CDC, who has consolidated several undertakings' potential claims for damages, would need to bring separate actions for the loss suffered by each of those undertakings before the courts with jurisdiction for their respective registered offices.

These conclusions do not change in a case that the alleged victim is not a competitor but an indirect purchaser or a consumer, which is a case that will become more and more frequent after the transposition of the aforementioned 2014/104 directive.

Although the explicit reference to the company's registered office is particularly useful to the harmed party, opening up the possibility of seeking legal redress, it has nonetheless to be admitted that the statement of the Court might have been a bit more nuanced, adding some considerations to the *forum actoris* about the need to verify at least that this forum is located in the market affected by the cartel. Indeed, even though the most frequent case is that the domicile is located in the latter market, there can be situations where it is not necessarily so⁴².

Given these difficulties, some authors tend to devalue the relevance of the individual financial loss in favour of the collective character of the interests that the antitrust provisions protect. These provisions, in fact, are intended to primarily preserve a competitive single market to benefit not only the competitors but also and more generally the consumers. According to these authors, the place of the harmful event, and therefore the competent jurisdictional authority, should be identified with the market affected by the anticompetitive conduct in which the harmed party has been deprived of their

³⁹ ECJ 5 February 2004, case C-18/02, *Danmarks Rederiforening, acting on behalf of DFDS Torline A/S v LO Landsorganisationen i Sverige, acting on behalf of SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, EU:C:2004:74, at 43; case C-168/02, *supra* note 37, at 20-21; case C-375/13, *Harald Kolassa v Barclays Bank plc*, EU:C:2015:37, at 43.

⁴⁰ At 52 and 56.

⁴¹ At 53.

⁴² C. ORÓ MARTÍNEZ, *Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional*, in *La Ley Unión Europea*, 2015, n. 30, pp. 1-15, at p. 7.

freedom to choose among independent offers⁴³. In the frequent case of price cartels, this place will practically be the one where the goods are offered or have been purchased at an artificially higher price due to the competition restrictions. This solution would be confirmed by article 6, par. 3(a) of Rome II regulation⁴⁴, which, even though with reference to the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a restriction of competition, acknowledges the country where the market is, or is likely to be, affected.

Upon closer examination, the ECJ seems to bear in mind all these critical points and the *Dumex* and *Marinari* case-law. In fact, it sets some parameters for its review stating that former article 5(3) of Brussels I regulation, representing an exception to the general provision of the domicile of the defendant, has to be interpreted independently and strictly⁴⁵. In addition, by saying that the place where the damage arised *in general* corresponds to the victim's registered office, it leaves to the national judge the task to ascertain if in practice this is what has happened.

As stated by the ECJ in the [Folien Fischer case](#), referring to the *Tatry* case⁴⁶, the reference to the place where the harmful event *may occur*, introduced by Brussels I regulation⁴⁷, makes it possible for article 7(2) of the Brussels Ia regulation to be also applied to actions for a negative declaration⁴⁸ by

⁴³ Cf. F.W. BULST, *Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht*, in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2004, pp. 403-410, at p. 406; S. BARIATTI, *Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 349-362, at p. 355; *contra*, C. ORÓ MARTÍNEZ, *Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial*, in *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, eds. A. Font i Ribas, B. Vilà Costa, Madrid 2012, pp. 97-132, at p. 115. See also B. VILÀ COSTA, *Private enforcement del derecho de la competencia y derecho internacional privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, *ibidem*, p. 94, who suggests a two-step analysis: first, to give general relevance to the affected market; second, to define within this market the specific harm suffered by the victim.

⁴⁴ Regulation 864/2007 of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, in *OJ L* 199 of 31 July 2007, p. 40.

⁴⁵ At 37.

⁴⁶ ECJ, 6 dicembre 1994, case C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" v The owners of the ship "Maciej Rataj"*, EU:C:1994:400, at 45.

⁴⁷ As prof. Pocar stated: «The amendment is intended to clarify the scope of the law, and not to change its substance, as the inclusion of actions for cessation can clearly be derived by interpretation from the previous wording. It should be remembered in this regard that the rationale for the special jurisdiction of the court of the place of a harmful event lies in the fact that that court is usually best placed to decide the case, owing to its proximity to the dispute and the ease with which evidence can be produced, and that this rationale applies not only to claims for compensation for damage already sustained but also to actions aimed at preventing damage from occurring. The Court of Justice subsequently took this view with regard to the Brussels Convention, though its reasoning was guided partly by the amendment made to Article 5(3) of the Brussels I Regulation, which was in the same terms as those now inserted into the Lugano Convention» (Explanatory report on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007, in *OJ C* 319 of 23 December 2009, p. 1). See also ECJ 1 October 2002, case C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel*, EU:C:2002:555, at 49.

⁴⁸ ECJ 25 October 2012, case C-133/11, *Folien Fischer AG and Fofitec AG v Ritrama SpA*, EU:C:2012:664, at 42.

which the claimant seeks a declaration that there is no liability in an anticompetitive infringement. Article 7(2), in fact, does not require that an action be brought only by the alleged victim. This judgment moves away from the opinion of the Advocate General, who argued that an action for a negative declaration could only be brought before the jurisdictional authority of the Member State where the defendant is domiciled according to the general rule. The special provision should not apply in respect to an action for a negative declaration in which a potential injuring party asserts that the party potentially injured by a particular situation has no claim in tort or delict. Advocate General feared that one party may ‘torpedo’ or ‘short-circuit’ the action of the other party by means of a *lis pendens* objection. A different conclusion would exacerbate the risk of torpedo actions by giving the perpetrators of potentially harmful acts the option of bringing the proceedings before a court other than that of the place in which the defendant is domiciled⁴⁹. What happens in these cases, in fact, is that certain parties attempt to pre-empt the exercise of jurisdiction by a competent court by starting proceedings before another court which usually, although not always, lacks jurisdiction. The action is brought preferably in a State where the proceedings to decide on the jurisdiction issue and/or the merits take a long time. Such tactics (torpedoes) may be particularly abusive if the first proceedings are aimed at a declaration of non-liability, thereby effectively preventing proceedings on the merits by the other party before a competent court. They may even lead to a situation that no claim for damages may be brought at all⁵⁰.

The possibility of relating to the present article 7(2) of Brussels Ia regulation also for the actions for a negative declaration has also been recognised, even though in a *obiter dictum*, by the Tribunal of Milan⁵¹.

It has to be emphasized though that, once a Commission decision concerning the existence of an infringement has been issued, it ought no longer to be possible for an action for a negative declaration to be brought according to article 16 of the aforementioned 1/2003 regulation, by reason of the binding effect of the Commission decisions as to the facts and their legal classification⁵².

Lastly, by referring also to the place where the harmful event may occur, article 7(2) of the Brussels Ia regulation can also apply to the actions for future damages. Therefore, also actions for provisional precautionary measures, like suspensive actions, can be grounded on the article at stake. As

⁴⁹ Opinion Advocate General Jääskinen of 19 April 2012, EU:C:2012:226, at 67.

⁵⁰ Report from the Commission on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM(2009) 174 final, par. 3.4 in relation to the industrial property, <http://eur-lex.europa.eu>. See also A. ŠTANKO, *Cross-border “Torpedo” Litigation*, in *Common L. Rev.*, 2009/10, pp. 20-23, at p. 21 (www.commonlawreview.cz).

⁵¹ Case 8 May 2009, *Eni S.p.A. e altri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 404-416.

⁵² Opinion Advocate General Jääskinen, case C-352/13, *CDC*, cited above, at 51.

confirmed by the *flyLAL-Lithuanian Airlines* case, these are particularly useful in the field of competition law in order to avoid the harmful consequences of the defendant companies moving their assets on which the claimant could obtain compensation to another country. Thanks to the amendments contained in the Brussels Ia regulation and the abolition of the *exequatur* provided by article 39, these measures can now freely circulate if ordered by a court or tribunal which by virtue of the regulation has jurisdiction as to the substance of the matter. They do not include, however, a provisional measure which is ordered by such a court or tribunal without the defendant being summoned to appear, unless the judgment containing the measure is served on the defendant prior to enforcement (article 2(a) of the regulation)⁵³.

2.2. The place of the event giving rise to the damage.

Going back to the *CDC* case, trying not to move away from the ubiquity of damage theory, the ECJ, as for the place of the causal event, points out that, even though the buyers were supplied by various participants in the cartel within the scope of their contractual relations, the event giving rise to the alleged loss did not consist in a potential breach of contractual obligations, but in a restriction of the buyer's freedom of contract as a result of that cartel. In circumstances like these, the place of a causal event of loss consisting in additional costs that a buyer had to pay because a cartel has distorted market prices can be identified, in the abstract, as the place of the conclusion of the cartel.

However, the judges are aware of the difficulty of identifying a single place where the cartel is constituted since the cartel, especially the ones of big dimensions, normally consist of a number of collusive agreements concluded during various meetings and discussions which took place in various places in the European Union.

It follows that the jurisdiction to adjudicate, on the basis of the causal event and with regard to all of the perpetrators of an unlawful cartel which allegedly resulted in loss, depends upon the identification, in the jurisdiction of the court seised of the matter, of a specific event during which either that cartel was definitively concluded or one agreement in particular was made which was the sole causal event giving rise to the loss allegedly inflicted on a buyer. In the absence of a unique wrongful conduct (in other words, when in the jurisdiction of the court seized it has not been concluded a specific agreement, part of the global collusive strategy, which is the sole causal event giving rise to the loss allegedly inflicted on a buyer), the court seized would not have jurisdiction to

⁵³ See generally C. HONORATI, *Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: a missed opportunity for a better ruling?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, pp. 525-544; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Medidas provisionales y cautelares y reglamento Bruselas I-bis*, *ibidem*, 2015, pp. 55-78.

adjudicate the case by virtue of this ground of jurisdiction⁵⁴. In order to guarantee the proximity of the domestic court to the facts the the judge has to ascertain and to guarantee also a particularly close connection with the case that can only justify an exception to the general rule of the domicile of the defendant, the ECJ, recalling the *Melzer* case⁵⁵, establishes that it is possible to resort to the forum of the causal event only when the conduct is localized within the territory of that Member State⁵⁶.

However, it can turn out to be rather difficult to identify a place where the cartel was definitely concluded because neither the public versions of the Commission's sactionatory decisions usually contain details that help to detect that place nor the ECJ offers elements or parameters that can come to aid of the parties or the judge. Moreover, such a reconstruction of the scope of application of this disposition can lead to a third State or to a State the market of which is not affected by the collusive behaviour or, again, to a State where none of the parties is economically active.

Therefore, a possible solution seems to exclude from total consideration the forum of the place of the causal event, in favour of the place of the harmful event, in all the cases in which the collusive agreement is the result of a numerous series of meetings in many different places⁵⁷. The ECJ refuses such an extreme position by admitting the possibility of taking into account and isolating a specific agreement of the global collusive strategy if this is the exclusive cause of the alleged damage and is concluded in the jurisdiction of the court seized. If these conditions are not met, the article 7(2) of the Brussels Ia regulations can ground the jurisdiction of the court of a Member State only if within its territory the harmful event occurred, according to the other possibility recognized by the ubiquity of damage theory.

Even though the ECJ does not adopt an express position in this regard, in the light of the criterion of the place of the causal event as described in the *CDC* decision, it could be possible to imagine the fragmentation of the global cross-border cartel in various agreements and subsequently as many damage actions as the number of places where such agreement were concluded⁵⁸. In this way, however, the plaintiff could ask for the compensation only of the damages suffered in the market

⁵⁴ At 46.

⁵⁵ ECJ 16 May 2013, case C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, in relation to trading operations in futures in return for remuneration.

⁵⁶ O. GEISS, H. DANIEL, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others: A summary and critique of the judgment of the European Court of Justice of May 21, 2015*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2015, pp. 430-435, at p. 433.

⁵⁷ J. BASEDOW, *International Cartels and the Place of Acting under art. 5(3) of the Brussels I Regulation*, in *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws of Coordination*, eds. J. Basedow, S. Francq, L. Idot, Oxford 2012, pp. 31-40, at p. 37.

⁵⁸ See M. NEGRI, *Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei*, in *Int'l L. Rev.*, 2015, n. 2, pp. 78-84, at p. 82.

related to the jurisdiction of the court renouncing to the advantage of the forum of the causal event, which, according to the so-called Shevill doctrine, is the possibility of asking for the compensation of the entire damage suffered in all the affected markets⁵⁹. The fragmentation of the global agreement in various single agreements would indeed imply that, in order to obtain a complete compensation, the plaintiff should bring as many damage actions as the number of States where an agreement has been concluded, as, when resorting to the place of the harmful event, the victim should bring as many actions as the number of States where a prejudice was allegedly suffered.

3. The extended jurisdiction and the anchor defendant rule.

Article 8(1) provides another possible exception to the general provision of article 4. In order to expedite the judicial process, this article makes it possible to sue a natural or a legal person domiciled in a Member State, who is one of a number of defendants, before the courts for the place where any one of them is domiciled, provided that the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.

This provision tends to acquire great significance since competition disputes normally regard more than one company being the cartel the most common competition infringement. Moreover, it must be emphasised that the joint and several liability of the participants for a common infringement of article 101 TFEU appears to be a principle generally accepted in the legal systems of the Member States and it has also been upheld, *inter alia*, in the relevant directive, which has recently been adopted. Article 11 of the 2014/104 directive, in fact, states that undertakings which have infringed competition law through joint behaviour are jointly and severally liable for the harm caused. As a result, each of those undertakings is bound to compensate for the harm in full, and the injured party has the right to require full compensation from any of them until fully compensated.

Thanks to this provision the claimant can choose, among the different companies potentially implicated domiciled in a EU country, to sue the one whose jurisdictional authorities, given the substantial and procedural law that will be applied, grants the greatest chance of success (so-called anchor defendant), attracting all the others before the same court.

The claimant can avail itself of this possibility only if it exists between the various actions brought by the same plaintiff against different defendants a connection of such a kind that it is

⁵⁹ ECJ 7 March 1995, case C-68/93, *Fiona Shevill and others v Presse Alliance SA*, EU:C:1995:61; see also, in relation to a case of copyright, 22 January 2015, case C-441/13, *Peç Hejduk v EnergieAgentur.NRW GmbH*, EU:C:2015:28. On the Shevill doctrine see U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, München 2007, p. 192; J. KAMMIN, *Reforming Private Antitrust Enforcement*, cited above, p. 151.

expedient to determine those actions together, as the ECJ stated in the *Kalfelis* case⁶⁰. The existence of such a connection responds to a discretionary evaluation of the seized court, even though in the *Freeport* case the ECJ specified that, in order that decisions may be regarded as contradictory, it is not sufficient that there be a divergence in the outcome of the dispute, but that a divergence must also arise in the context of the same situation of law and fact⁶¹. For instance, in competition disputes this condition exists when there is a single Commission decision which establishes that certain companies participated in a cartel agreement constituting a single infringement of EU competition law, not committed at the level of various domestic legal orders. Thus, they could reasonably expect to be sued together for compensation before the court for the place where one of them was domiciled. In such circumstances, the principle of the predictability of jurisdiction, laid out by the Court in accordance with the objective expressed in recital 11 of the preamble to the Brussels I regulation, has therefore been observed.

This principle has been specified in the *CDC* case where the ECJ admits that the rule on centralisation of jurisdiction in the case of several defendants can apply in the case of an action for damages brought jointly against undertakings which have participated in different places and at different times in a single and continuous infringement of article 101 TFEU, established by a decision of the Commission⁶². The conclusions of the *CDC* case were first applied, even earlier than the German court that requested the preliminary ruling, by the Court of Appeal of Amsterdam that found itself competent also towards a Finnish company participating in the same cartel as the Dutch defendant⁶³.

However, it must be underlined that in competition law a very common scenario is that the infringement is not committed by one or more single companies, but by transnational corporate groups. In fact, beyond cases like *CDC* where the damage action is brought towards one of the companies directly sanctioned by the Commission, it can happen that an alleged victim brings the action towards a company that is not addressed by the decision but pertains to the same holding company of those who are and that is located in the State of the favourable court (subsidiary acting as anchor defendant). Thanks to a broad interpretation of article 4 and the notion of «domicile of the defendant», the claimant brings the action before the latter court attracting then the other companies of the group before the same jurisdictional authority by virtue of article 8(1). Nonetheless, it is not

⁶⁰ ECJ 27 September 1988, case 189/8,7 *Athanasios Kalfelis v Banque Schröder, Hengst & Co., and others*, EU:C:1988:459, at 13.

⁶¹ ECJ 11 October 2007, case C-98/06 *Freeport v Olle Arnoldsson*, EU:C:2007:595, at 40.

⁶² ECJ 21 May 2015, case C-352/13 *CDC*, cited above, at 33. In this case it was the Commission decision of 3 May 2006, case COMP/F/C.38.620 – Hydrogen Peroxide and perborate, in OJ L 353 of 13 December 2006, p. 54.

⁶³ Case 21 July 2015, 200.156.295/01, *Kemira Chemicals Oy v CDC Project 13 SA*, NL:GHAMS:2015:3006, <http://rechtspraak.nl>.

guaranteed that the company domiciled in the favourable State is aware of the unlawful agreement concluded by other companies of the group. The result of which is that the dispute is diverted towards a court that, since the harm suffered by the claimant is located elsewhere, has only a very light connection with the case with the only aim of conferring jurisdiction also towards the other defendants.

Significantly, national disputes tend to be concentrated in three States (United Kingdom⁶⁴, Germany⁶⁵, The Netherlands), the procedural law of which is regarded as particularly favourable to victims. In particular, the English courts more than once welcomed a broad interpretation of this provision of the regulation so as to retain the case brought before them. For instance, in the *Provimi*⁶⁶ and *Cooper Tire*⁶⁷ cases⁶⁸, regarding the vitamins and the tire rubber cartels already sanctioned by the Commission, the High Court endorsed this procedural scheme even though, as an exception to the general rule, the provision contained in article 8(1) should be interpreted strictly⁶⁹. Especially in the first

⁶⁴ E.g. the action brought by Samsung SDI from Germany, Hungary, Brazil, USA and China versus British Airways following the airfreight cartel sanctioned by the Commission (decision 9 November 2010, case COMP/39.258 – Airfreight, notified under document number C(2010) 7694); three actions brought by Deutsche Bahn (to which have been added 21.441 claimants), Sainsbury's and Auto Europe versus MasterCard sanctioned by the Commission for abuse of dominant position because of its arrangements on cross-border interchange fees (decision 19 December 2007, case COMP/34.579 – MasterCard, notified under document number C(2007) 6474, in OJ C 264 of 6 November 2009, p. 8, upheld by the ECJ case C-382/12 P [2014] EU:C:2014:2201); the action of Foundem versus Google for abuse of dominant position, all before the High Court (source: <http://info.mlex.com>).

⁶⁵ E.g. actions brought in 2009 before the Dortmund Regional Court after the aforementioned Commission decision of 3 May 2006 concerning the Hydrogen Peroxide and perborate case; source: <http://info.mlex.com> and the Mannheim Regional Court against Südzucker after the sanction of the German competition authority (source: *Reuters*, 20 March 2015). German courts, however, run the risk of becoming less attractive after the judgment of 18 February 2015 where, in relation to the cement cartel, the *Oberlandesgericht* (case VI U 3/14 (Kart), <https://openjur.de>), upholding the judgment of the lower court, denied the standing to sue of corporation like CDC (Cartel Damage Claims) on the assumption that in the event of losing, the plaintiff would not have the funds required to reimburse the legal costs of the defendants. The argument must be read together with the German procedural «loser pays» rule (section 91 of the Code of Civil Procedure), according to which the losing party is obliged to cover the full costs of the litigation, including the lawyer's statutory fees incurred by the winning party. Other courts, instead, confirmed the standing to sue of CDC: see the judgments of Tribunal and Court of Appeal of Amsterdam of 4 June 2014 and 21 July 2015 or the District Court of Helsinki in the provisional order of 4 July 2013. The Court of Appeal of Amsterdam also admitted the standing to sue of East-West Debt (7 January 2014, case 200.122.098/01) towards the companies participating in the airfreight cartel (aforementioned Commission decision of 9 November 2010, *supra* note 64). See T. SCHREIBER, M. SEEGER, *The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment*, in *CPI Antitrust Chronicle*, February 2015, p. 3.

⁶⁶ High Court of Justice, commercial court, 2 May 2003, *Provimi v Roche Products Ltd*, www.bailii.org.

⁶⁷ High Court of Justice, 27 October 2009, *Cooper Tire & Rubber Co. v Shell Chemicals UK Ltd*, *ibidem*.

⁶⁸ For the number of the subjects involved see also the case pending before the Competition Appeal Tribunal following the decision of the Commission (decision 2004/420/CE, case C.38.359 – Electrical and mechanical carbon and graphite products), notified under document number C(2003) 4457, in OJ L 125 of 28 April 2004, p. 45), where out of six defendants just one is domiciled in England (www.catribunal.org.uk).

⁶⁹ ECJ 1 December 2011, case C-145/10, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and others*, EU:C:2011:798, at 74.

case, that however ended up in a settlement⁷⁰, strong doubts arose because of the marked extra-territoriality for the English court of the action brought by the German claimant, who had commercial relations only with the German subsidiary and suffered damages on the German market. In other words, article 101 TFEU is considered to be violated even though some of the defendants are not aware of the existence of the cartel and did not have commercial relations with the claimant. It is sufficient that they belong to the same corporate group of the company who instead was aware of the cartel⁷¹. Therefore, once proved the conscious participation in the cartel of even only one company referable to the single economic unit, then also other companies giving implementation, even unconsciously, to the unlawful agreement, are considered to have violated article 101 TFEU⁷². The action brought against the unaware company can be cumulated with the actions brought against the holding company and the subsidiaries from which the product has been purchased. As a result, when the unlawful conduct relates to corporate groups, the risk of forum shopping is almost unlimited⁷³.

In reality, the attraction of the so-called deep pocket before the English court was solely aimed at getting a higher compensation and benefitting of more favourable procedural rules. In fact, the English procedural law is generally more flexible than the one of the continental legal systems: the identification of the particulars of claims in the writ of summons is less severe; there are more possibilities of disclosure of evidence; judges, in follow-on actions, are more inclined to suspend the case when one of the defendant appeals the decision of the Commission before the General Court, as the *Masterfoods* case-law suggests⁷⁴.

4. The ECJ *Aristrain* case-law as a possible way to limit the flexible use of article 8(1) of Brussels Ia by national courts.

⁷⁰ See F. RANDOLPH, A. ROBERTSON, *The First Claims for Damages in the Competition Appeal Tribunal*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2005, pp. 365-368.

⁷¹ M. WILDERSPIN, *Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation*, in *International Antitrust Litigation*, cited above, pp. 41-59, at p. 46.

⁷² E.J. MORGAN, *Controlling cartels – Implications of the EU policy reforms*, in *Eur. Management J.*, 2009, pp. 1-12, at p. 10.

⁷³ C.F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe*, in *Eur. Business Org. L. Rev.*, 2003, pp. 623-650; L. LA ROCCA, *The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2011, pp. 68-76; B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, in *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, ed. B. Cortese, Alphen aan den Rijn 2014, pp. 73-93. See also C. FRATEA, *Il private enforcement*, cit., p. 129.

⁷⁴ ECJ 14 December 2000, case C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, EU:C:2000:689. See also M. NEGRI, *Il contenzioso transnazionale antitrust: recenti esperienze*, in *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, eds. G.A. Benacchio, M. Carpagano, Padova 2012, pp. 211-233, at p. 216.

The legal issues arisen in the *Provimi* case touched also the Italian courts in an symbolic case regarding former article 5(3) of the Brussels I regulation, making reference to the tire rubber cartel sanctioned by the Commission⁷⁵. After the Commission issued its decision, the biggest company among the ones participating in the price cartel, ENI, brought an action for a negative declaration before the Tribunal of Milan⁷⁶. Immediately afterwards, the defendants brought action for damages before the English court against all the cartelists sanctioned by the Commission, except the Italian company⁷⁷. The defendants in the English lawsuit decided then to intervene in the Italian proceedings in order to take advantage of the *lis pendens* rules and paralyse the English action. However, even though the Italian court was first seized, the English court did not stay the proceedings as required by the present article 29 of the Brussels Ia regulation because it did not regard the two actions as brought between the same parties, not having ENI been sued before the English court.

The English judge did not even stay the proceedings by virtue of the connection rules of article 30. Instead, following the *Provimi* case-law, the court grounded its jurisdiction against all the defendants on the present article 8(1) of the regulation on the basis that some of the defendants were domiciled in England and they pertained to the same corporate group of the cartelists.

The *Cooper Tire* case is another example of how the special provision contained in article 8(1) can be broadly used, even though, unlike in the *Provimi* case, in this case some limited commercial relations between the claimant and the anchor defendant had taken place and the Commission decision was issued not only against the parent company but also against some subsidiaries (even though not the English ones).

Also a more recent judgment of the English High Court continues in the vein of the *Cooper Tire* case, overruling the objection raised by some of the defendants according to which the action could not be upheld because the Commission decision had not ascertained that the cartel produced some effects in England⁷⁸.

Other judgments delivered by English courts leave room to more open developments. In the *Toshiba Carrier* case concerning the industrial tubes cartel, the Court of Appeal, seized on the basis of

⁷⁵ Decision of 29 November 2006, case COMP/F/38.638, that can be found at the website of the DG Competition, http://ec.europa.eu/competition/index_en.html.

⁷⁶ Tribunal of Milan, 8 May 2009, *Eni S.p.a. e altri*, cited above.

⁷⁷ High Court of Justice, 27 October 2009, *Cooper Tire & Rubber Co. v Shell Chemicals UK Ltd*, upheld by Court of Appeal, civil division, 23 July 2010, www.bailii.org.

⁷⁸ High Court of Justice, commercial court, 28 November 2012, *Bord Na Mona Horticulture Limited & Bord Na Mona PLC v British Polythene Industries PLC & others*, *ibidem*.

the English domicile of a subsidiary not included in the companies sanctioned by the Commission⁷⁹, confirms the international jurisdiction of the English court upholding the House of Lords decision. However, the two decisions differ on an important point. In fact, the Court of Appeal stressed the contrast of the so-called Provimi point with the ECJ [Aristrain decision](#)⁸⁰. This decision states that the simple fact that the share capital of two separate commercial companies is held by the same legal person or the same family is insufficient, in itself, to establish that those two companies are an economic unit. As a result, under EU competition law, the actions of one company cannot be attributed to the other⁸¹. Even though the ECJ decision concerns the slightly different context of the several and joint liability for the payment of a fine imposed by the Commission and not the liability in an action for damages, the fact that the English court, within a damage lawsuit, recalls the *Aristrain* case-law could pave the way for a revision of the Provimi point, at least in those cases where the subsidiary domiciled in the State of the most favourable court was not aware of the implementation of the cartel.

Indeed, the fact that the anchor defendant domiciled in the UK was not among the companies against which the Commission decision was issued makes the damage action equivalent to a stand alone action that does not require the Provimi point to be grounded on the theory of the single economic unit (between the company sanctioned by the Commission and the others) and that does not presuppose the awareness of the existence of the cartel by the subsidiary on the domicile of which the jurisdiction is grounded. In fact, thanks to the reference to the *Aristrain* decision, the Provimi point backs down if the defendant domiciled in the UK is not seen as a single economic unit with the other co-defendants. Subsequently, in order to ground the international jurisdiction before the English courts on the basis of the need a unique determination of the action and in order to attract then the holding company and the other subsidiaries, the *Toshiba Carrier* case requires at least that the English co-defendant knew or should have known about the existence of the cartel and sold to anyone (not necessarily the claimants) the products at a higher price.

The following *Nokia* case, on the liquid crystal displays cartel⁸², raises similar questions since it also has to do with the level of awareness of the existence and implementation of the cartel of the English subsidiary⁸³.

⁷⁹ Commission decision of 16 December 2003, case COMP/E-1/38.240 – Industrial Tubes, notified under document number C(2002) 4842, that can be found at the website of the DG Competition.

⁸⁰ High Court of Justice, 19 October 2011, *Toshiba Carrier UK Ltd & others v KME Yorkshire & others*, upheld by Court of Appeal, civil division, 13 September 2012, www.bailii.org.

⁸¹ ECJ 2 October 2003, case C-196/99 P, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL v Commission*, EU:C:2003:529, at 99.

⁸² See Commission decision of 8 December 2010, case COMP/39.309 – Liquid Crystal Displays (LCD), notified under document number C(2010) 8761, that can be found at the website of the DG Competition.

The requisite of the awareness of the cartel raised by the *Toshiba Carrier* case does not make the English courts less attractive, as shown by the fact that, in all the cases mentioned, the judges recognised their competence⁸⁴. In fact, there is still a lot of scope for grounding the jurisdiction before the English courts against companies domiciled in other EU countries just by suing also the subsidiary domiciled in England, even though not sanctioned by the Commission, on the basis that it sold there the cartelized products and it should have known about the existence of the cartel.

On the other hand, a Dutch judgment, delivered in the *TenneT* case on the electric cables cartel, seems to go even further than the *Provimi* case and also the literal meaning of article 8(1). In this case, in fact, article 8(1) is used to attract other co-defendants before the chosen Dutch court no thanks to the Dutch domicile of one of them, as the provision says, but on the basis that, by virtue of article 7(2), the Dutch anchor defendant had caused damage on the Dutch market. Alleging they belong to the same corporate group, the judge admitted then the attraction of the other co-defendants⁸⁵. It must be underlined the contrast of this judgment with the *Réunion européenne* case-law according to which the *forum connexitatis* shall apply only on the basis of domicile in the State of the chosen court of one of the co-defendants and not on the basis of the market affected by the unlawful conduct⁸⁶. At the same time, however, this construction has the advantage of making it possible to bring the action for damages in a State that presents a connection with the anticompetitive agreement or to the affected market, reducing the risk of unpredictability of the competent court.

The scope of article 8(1) is broadened also thanks to the ECJ *CDC* decision. The Court states that the fact that the applicant withdrew its action against the only co-defendant domiciled in the jurisdiction of the court seized (for example because of a settlement) does not in itself affect the jurisdiction on the basis of this article, when that withdrawal is made after the date on which the court was validly seized. This is valid provided that the applicant had not entered into a legally binding settlement with the defendant domiciled in the Member State of the court seized before bringing its action and that it had knowingly concealed the existence of that earlier agreement, for the sole purpose

⁸³ High Court of Justice, 23 March 2012, *Nokia Corporation AU Optronics Corporation & others*, www.bailii.org.

⁸⁴ J. LAWRENCE, A. MONFREY, *Tactical Manoeuvres in UK Cartel Damages Litigation*, in *Cross-Border EU Competition Law Actions*, eds. M. Danov, F. Becker, P. Beaumont, Oxford 2013, pp. 149-158, at p. 151. Following the ECJ *Courage* decision the number of case brought before the English High Court for infringement of competition law is around fifty (<http://info.mlex.com>).

⁸⁵ Tribunal of Arnhem, 26 October 2011, <http://jure.nl>.

⁸⁶ See S. BARIATTI, *Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Napoli 2013, pp. 267-274, at p. 270.

of depriving one of the other defendants of the jurisdiction of the courts of the Member State in which that other defendant is domiciled⁸⁷.

The scope of article 8(1) would be even broader if the *Reisch Montage* case-law on bankruptcy proceedings was considered applicable. With this decision the ECJ established that this provision may be relied on in the context of an action brought in a Member State against a defendant domiciled in that State and a co-defendant domiciled in another Member State even when that action is regarded under a national provision as inadmissible from the time it is brought in relation to the first defendant⁸⁸.

In order to avoid the risk, already identified by the ECJ in the *Kalfelis* decision⁸⁹, of an abuse of the *forum connexitatis*, a provision like the one contained in the article 8(2) could be useful. This is the only provision in the Brussels Ia regulation expressly aimed at avoiding an abusive displacement of competence. It states that a person domiciled in a Member State may also be sued as a third party in an action on a warranty or guarantee or in any other third-party proceedings, in the court seised of the original proceedings, unless these were instituted solely with the object of removing him from the jurisdiction of the court which would be competent in his case.

Also in the field of intellectual property some solutions have been elaborated in order to avoid an abuse of the extended jurisdiction. For example, it has been admitted that, in case of companies belonging to the same corporate group, the only competent jurisdiction would be the one of the State where the mainly liable company has its registered office. The application of article 8(1) is excluded when the unlawful activity of the co-defendant domiciled in the State of the chosen court is of negligible significance in comparison the the activity of the other foreign co-defendant attracted before the same court⁹⁰ (so-called spider in the web theory). Applying the same principle in the competition field, in order to avoid the risk of an unlimited forum shopping, article 8(1) could be interpreted so as to make it possible to cumulate the actions against the holding company and against the subsidiaries only before two courts: (1) the court of the domicile of the parent company (the spider), where to bring the action against the parent company and its subsidiaries when it has been ascertained the collusive

⁸⁷ ECJ 21 May 2015, case C-352/13 *CDC*, cited above, at 83 and 90.

⁸⁸ ECJ 13 July 2006, case C-103/05 *Reisch Montage AG v Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, EU:C:2006:471, at 31.

⁸⁹ *Supra* note 60.

⁹⁰ Cf. ECJ 13 July 2006, case C-539/03 *Roche Nederland BV and others v Frederick Primus e Milton Goldenberg*, EU:C:2006:458.

intent of the parent company⁹¹, or (2) the court where the subsidiary with which the victim had commercial relationships is located⁹².

The ECJ does not give clear straightforward solutions. On the one hand, in the *Roche Nederland* decision⁹³ related to the intellectual property, the Court seems to prefer a more strict solution excluding the application of the extended jurisdiction when a strict connection with the court is lacking. On the other hand, also because the *Aristrain* case-law does not concern an action for damages, a broader interpretation can be founded on the *Freeport* decision, where the ECJ stated that article 8(1) applies where claims brought against different defendants are connected when the proceedings are instituted, that is to say, where it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings, without there being any further need to establish separately that the claims were not brought with the sole object of ousting the jurisdiction of the courts of the Member State where one of the defendants is domiciled⁹⁴. This second solution could serve as a support for the English courts, even though the judgment delivered by the ECJ does not specifically refer to competition law. It is not certain instead if other national courts will follow the same solution, which leads to consider a subsidiary liable for the activities carried by another without having any power or control on it.

It cannot be denied that a connection between damage claims deriving from the participation in the same unlawful conduct normally exists. Moreover, the EU law recognises the theory according to which the parent company and the subsidiaries constitute a single economic unit, making it possible for the Commission to fine jointly of all them without proving the actual involvement of each of them in the unlawful conduct when the subsidiaries, however having their own legal personality, do not determine autonomously their conduct on the market. However, the broad interpretation of this theory given by the English courts, considering the subsidiary with which the victim did not have any commercial relationship in the same way as the holding company or the subsidiary from which the product has been purchased, seems to go further than the rationale of the provision. In fact, not only did the English courts stated that the parent company is liable for the unlawful conduct of its subsidiary, as the ECJ case-law admits, but they also stated that every company of the group, selling

⁹¹ See Regional Court of Dortmund, 1 April 2004, case 13 O 55/02, *Roche Nederland*, <https://openjur.de>, where the claimant brought the action only against the parent company, sanctioned by the Commission, to get compensation for the damages suffered because of purchases made from the German subsidiary.

⁹² In this direction Tribunal of Amsterdam, 4 June 2014, *CDC Project 13 SA c. Akzo Nobel N.V., EKA Chemicals AB, Kemira Chemicals OY*, www.osservatorioantitrust.eu, upheld by Court of Appeal of Amsterdam, 21 July 2015, *supra* note 63.

⁹³ *Supra* note 92.

⁹⁴ ECJ 11 October 2007, case C-98/06, *Freeport*, cited above, at 54; *contra*, 13 July 2006, case C-103/05, *Reisch Montage*, cited above, at 32.

their product at the higher price established by the parent company, is part of the unlawful conduct and liable for the damage suffered by any purchaser.

As mentioned before, this broad solution would represent an advantage for the victims and seems to match with article 11 of the 2014/104 directive which establishes the joint and several liability of the companies participating in the cartel. Also the fact that article 11, par. 2 and 4, provides that only the small/medium enterprises and the leniency applicant are excluded from the principle of the joint liability would confirm that all the cartelists ought to be answerable for the damage, even though they did not have any commercial relationship with the harmed party.

Everything depends on how the notion of «company participating in the cartel» is interpreted. Excessively broad interpretations can also be considered manifestly contrary to public policy in the Member State where the decision has to be recognised by virtue of article 45 of the regulation⁹⁵. This can occur, for example, if the attraction of the company with which the alleged victim did not have any commercial relationship towards a forum that does not present any connection with the case is considered to be violating the rights of defence of the defendant.

5. Action for damages and choice-of-court provisions.

Another important issue regarding the jurisdiction in competition disputes is the possibility of the prorogation of jurisdiction provided by article 25 of the Brussels Ia regulation⁹⁶.

Also because the 2014/104 directive encourages extrajudicial settlements, it appears to be rare that the parties agree upon a choice-of-court provision after an action for damages is brought before the court. It is more likely that these provisions are agreed upon when a previous contractual relationship between the parties already exists. An example is the case of business-to-business disputes where the direct purchaser brings action against the company participating in the cartel that artificially increased the prices before a certain court on the basis of a choice-of-court provision contained in a contract previously concluded between them. In situations like these the national judge has to verify whether the choice of the parties regards also the disputes arising from an anticompetitive conduct.

In the *CDC* case the ECJ examined also this matter since one of the questions referred for the preliminary ruling was whether the requirement of effective enforcement of EU competition law allows account to be taken of jurisdiction clauses contained in contracts for the supply of goods, where this has the effect of excluding the jurisdiction of a court with international jurisdiction under former article

⁹⁵ Article 34 of Bruxelles I regulation.

⁹⁶ Article 23 of Bruxelles I regulation.

5(3) and/or article 6(1) of Brussels I in relation to all the defendants and/or all or some of the claims brought.

The matter at stake does not give rise to particular doubts since the parties may derogate not only from the general jurisdiction but also from the special jurisdiction. This conclusion cannot be called into question by the requirement of the effective enforcement of the prohibition of cartel agreements since, as stated in the *Castelletti* case⁹⁷, the Court held that the substantive rules applicable to the substance of a case must not affect the validity of a jurisdiction clause.

The ECJ recalls that the court before which the action is brought must, nevertheless, ensure that the clauses at issue actually bind the applicant in the main proceedings. A jurisdiction clause incorporated in a contract may, in principle, produce effects only in the relations between the parties who have given their agreement to the conclusion of that contract. In order for a third party to rely on such a clause it is, in principle, necessary that the third party has given his consent to that effect. This issue is related to the personal scope of application of the jurisdiction clause and in case like *CDC* it must be emphasized that the action is brought by a subject that succeeded to the original contracting parties' rights and obligations, not by the companies which agreed on that clauses.

It has to be welcomed that the Court did not endorse the material approach that can be found in the *Refcomp* case⁹⁸, but a private international law approach. In fact, the ECJ says that only where a party not privy to the original contract had succeeded to an original contracting party's rights and obligations in accordance with national substantive law as established by the application of the rules of private international law of the court seised of the matter could that third party nevertheless be bound by a jurisdiction clause to which it had not agreed.

Once the national judge clarified that the jurisdiction clause can be binding also for a third party, it was necessary to ascertain whether it did, in fact, derogate from the referring court's jurisdiction as far as the case in the main proceedings is concerned. Under this regard the ECJ adopted a strict solution. It admitted that it is the national authority that must interpret the clause conferring jurisdiction invoked before it in order to determine which disputes fall within its scope. At the same time, however, it stated that the national court must regard a clause which abstractly refers to all disputes arising from contractual relationships as not extending to a dispute relating to the tortious liability that one party allegedly incurred as a result of the other's participation in an unlawful cartel. Given that the undertaking which suffered the loss could not reasonably foresee such litigation at the

⁹⁷ ECJ 16 March 1999, case C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA*, EU:C:1999:142, at 51.

⁹⁸ ECJ 7 February 2013, case C-543/10, *Refcomp SpA v Axa Corporate Solutions Assurance SA and others*, EU:C:2013:62.

time that it agreed to the jurisdiction clause and that that undertaking had no knowledge of the unlawful cartel at that time, such litigation cannot be regarded as stemming from a contractual relationship. Such a clause would not therefore have validly derogated from the referring court's jurisdiction. By contrast, where a clause refers to disputes in connection with liability incurred as a result of an infringement of competition law and designates the courts of a Member State other than the Member State of the referring court, the latter ought to decline its own jurisdiction, even where that clause entails disregarding the special rules of jurisdiction.

It is worth mentioning that, even though the German referring court had made reference to both arbitration and jurisdiction clauses derogating from otherwise applicable rules that fall within the scope of the regulation, the ECJ in the *CDC* decision only interpretes former article 23 of Brussels I regulation in relation to the latter, since arbitration is expressly excluded by the material scope of application of the regulation⁹⁹. A step forward is made by the Court of Appeal of Amsterdam that extends the conclusions of the ECJ also to arbitration clauses¹⁰⁰.

6. Conclusions.

The *CDC* decision represents the second step – after the *flyLAL-Lithuanian Airlines* case – in the still long way to go in order to guarantee a true development of the private international law rules related to the EU private antitrust enforcement in cross-border cases.

Apart from the *Courage* and *Manfredi* cases, that acknowledged the right to get compensated in the presence of a harmful infringement of competition law, there have been other cases where the ECJ had to deal with the private enforcement of articles 101-102 TFEU. However, these were not related to the identification of the competent judge, but to the disclosure of the leniency materials¹⁰¹ or certain confidential passages of the final decision of the Commission¹⁰²; to so called umbrella pricing¹⁰³, or to the claim for damages in respect of loss caused to the European Union¹⁰⁴.

Given this frame, the *CDC* case at least faces some issues related to international jurisdiction in cross-border cartels. Under some respects the judgment seems to tend to a limitation of the forum shopping phenomenon. This happens, for instance, when the Court interprets the rules on *the forum*

⁹⁹ Article 1, par. 2(d) of both Brussels I and Brussels Ia regulations.

¹⁰⁰ Decision de 21 July 2015, 200.156.295/01, *supra* note 63.

¹⁰¹ E.g. ECJ 14 June 2011, case C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389; 6 June 2013, case C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG and Others*, EU:C:2013:366; 27 February 2014, case C-365/12 P, *Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, EU:C:2014:112.

¹⁰² E.g. GC 7 October 2014, case T-534/11, *Schenker AG v Commission*, EU:T:2014:854.

¹⁰³ ECJ 6 June 2014, case C-557/12, *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317.

¹⁰⁴ ECJ 6 November 2012, case C-199/11, *Europese Gemeenschap v Otis NV and others*, EU:C:2012:684.

damni in the meaning of the place of the event giving rise to the damage and the rules on extended jurisdiction. In this last case, in fact, although generally admitting that the fact that the applicant withdraws its action against the only co-defendant domiciled in the jurisdiction of the court seized does not in itself affect jurisdiction, the Court found that the national judge can ascertain whether, at the time the proceedings were instituted, the applicant and that defendant had colluded to artificially fulfil, or prolong the fulfilment of, the applicability of article 8 of the Brussels Ia regulation¹⁰⁵.

Also in relation to the choice-of-court clauses the Court adopts a restrictive solution, not extending the validity of those clauses to disputes relating the tortious liability if they not expressly refer to them.

Under some other respects the interpretation of the ECJ leads to broaden the number of competent fora, as in the case of the *forum damni* in the meaning of the place where the harmful event occurred. In fact, by stating that this place can be identified with each victim's registered office, the European judges might end up introducing, in the cases of cross-border competition claims, a new rule of jurisdiction, i.e. the *forum actoris*.

This conclusion is not a real novelty when it comes to consumer-to-business (C2B) litigation, where the notion of registered office has to be replaced, more in general, by the consumer's domicile. In fact, in this case the settled interpretation of the Brussels Convention arising from the combined interpretation of the *Bier* case *Dumex* and *Marinari* case-law could already lead to the consumer's domicile, since it is likely that in practice the place where the harmful event occurs coincides with the domicile of the purchaser. Moreover, this scenario can be appreciated because of its consistency with the rules on jurisdiction related to consumers' contracts. Article 18, in fact, states that a consumer may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the Member State in which that party is domiciled or, regardless of the domicile of the other party, in the courts for the place where the consumer is domiciled. It follows that, when a claim involves a consumer, the Brussels system provides a sort of parallelism between the rules on jurisdiction governing both the contractual and tortious liability.

On the contrary, the *CDC* decision is rather innovative in relation to the business-to-business (B2B) litigation where it is not so obvious that the place where harmful event occurs corresponds to the victim's registered office. By admitting instead that this is the place where in general the damage arises, the ECJ introduces a sort of presumption, although not an absolute one, that the national judge must verify, but that can potentially lead to a heavier burden of the proof for the defendant who want to demonstrate that the harmful event did not occur at the harmed company's registered office.

¹⁰⁵ At 33.

The difficulties seem to increase when taking into account the *Kolassa* case. According to it, in order to see if the jurisdiction is correctly grounded, it is not necessary for the judge to conduct a comprehensive collecting of evidence in relation to disputed facts that are relevant both to the question of jurisdiction and to the existence of the claim. It is, however, permissible for the court seized to examine its international jurisdiction in the light of all the information available to it, including, where appropriate, the allegations made by the defendant¹⁰⁶. Combining the presumption arising from *CDC* and the *Kolassa* decision it follows that the burden of the proof can turn out to be very heavy for the defendant in B2B claims.

This consequences of the ECJ interpretation can be even more disruptive if, also in relation to the B2B litigation, the notion of victim's registered office, to which the ECJ only refers, should be extended by analogy to the one of victim's domicile. Even given the number of criteria set out in article 63 of the Brussels I regulation to determine the domicile of a company, the *forum actoris* would run the risk to become the rule.

Then, the *CDC* conclusion could turn into a real plaintiff's paradise, if one considers that at the place of its registered office, an alleged victim could ask for the compensation of the entire damage suffered, overcoming the settled Shevill doctrine, according to which if claimants choose to bring the action before the court of the place where the damage occurred, they will be entitled only to ask for the compensation of the damage suffered only in that State. In fact, it is not so remote the possibility that the claimant alleges that all the damages were produced at its registered office.

The ECJ interpretation of the notion of the place of harmful event could be explained with the need to make damages actions easier for the victims and, in this way, make the system of private enforcement of competition law more effective. Actions brought by consumers are indeed very rare, unless a Member State can offer a solid class action system¹⁰⁷, so the ECJ seem willing to encourage actions for damage brought by legal persons at least.

When it comes to private international law rules, the ECJ solution appears then to protect the harmed party, unlike some other judgements (especially those related to the disclosure of evidence) and the 2014/104 directive, that in some passages tend to favour the alleged cartelists. This tendency of the Court must be welcomed since, in the last resort, it can produce a deterrent effect on the companies operating in the internal market contributing to the maintenance of a competitive structure. This is also consistent with the very article 81 TFEU, which states that the Union shall develop judicial cooperation

¹⁰⁶ ECJ 28 January 2015, case C-375/13, *supra* note 39, at 65.

¹⁰⁷ See C. FRATEA, *II* private enforcement, cited above, p. 80 and p. 154, also for other bibliographic references.

in civil matters having cross-border implications and, for these purposes, adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market.

The limited number of decisions, however, does not allow to reach settled conclusions, this being the reason why other request for preliminary rulings by domestic courts should be desirable in order to shed light on the matters that the ECJ has left open.

La disciplina europea dei servizi delle piattaforme di intermediazione *on line* nella comunicazione della Commissione «Un’agenda europea per l’economia collaborativa»

Davide Diverio

Abstract

Con l’adozione, il 2 giugno scorso, della comunicazione «Un’agenda europea per l’economia collaborativa», la Commissione europea fornisce importanti chiarimenti in merito alla disciplina applicabile ai servizi delle piattaforme di intermediazione *on line* (*Uber*, *Airbnb*, *BlaBlaCar*, ecc.). In assenza di atti di diritto derivato specificamente dedicati al fenomeno dell’economia collaborativa, le relazioni intercorrenti fra la piattaforma di collaborazione e, da un lato, l’utente del servizio e, dall’altro, il prestatore del servizio, se considerate attività economicamente rilevanti sono sottoposte all’operare della disciplina generale del mercato interno. L’art. 56 TFUE e, fra gli atti di armonizzazione, in particolare la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (o «direttiva *Bolkestein*») e la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico risultano così applicabili agli operatori dell’economia collaborativa. La specificità del mercato considerato, che non vale a sottrarlo all’operatività della disciplina ordinaria, rileva di fronte al giudice interno nel momento applicativo di tali disposizioni ai fini della valutazione definitiva circa la legittimità europea degli ostacoli posti dagli ordinamenti nazionali alla libera attività delle piattaforme di collaborazione.

La disciplina europea dei servizi delle piattaforme di intermediazione *on line* nella comunicazione della Commissione «Un’agenda europea per l’economia collaborativa»

Davide Diverio^{*}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I servizi dell’economia collaborativa quali «servizi» del mercato interno dell’Unione. – 3. L’accesso al mercato degli operatori dell’economia collaborativa. – 4. La tutela degli utenti. – 5. Rapporti di lavoro e fiscalità nell’ambito dell’economia collaborativa. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Mentre pende di fronte alla Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi *ex art.* 267 TFUE dal *Juzgado Mercantil n° 3* di Barcellona, una causa pregiudiziale sulla natura dei servizi prestati da *Uber Systems Spain*¹ e, dunque, sulla disciplina dell’Unione ad essi applicabile, la Commissione europea adotta una comunicazione dedicata a «Un’agenda europea per l’economia collaborativa»² con cui fornisce rilevanti indicazioni in merito al trattamento da riservare a quei «modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l’uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati»³. In effetti, le questioni affrontate in tale atto dalla Commissione sono sostanzialmente identiche a quelle che hanno determinato il giudice spagnolo ad adire la Corte di Lussemburgo, trattandosi dei dubbi e delle criticità più ovvi per chi si domandi se l’ordinamento giuridico di volta in volta considerato (interno o europeo) presenti disposizioni applicabili a tale recente fenomeno e, eventualmente, quale sia il regime da queste previsto.

Del resto, con riferimento al nostro ordinamento e sempre alle piattaforme digitali di *Uber*, già nel giugno del 2015 l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato segnalava al Parlamento italiano quanto apparisse «ormai ineludibile una novella normativa volta ad una regolamentazione di

^{*} Professore associato di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli Studi di Milano.

¹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona* il 7 agosto 2015 – [Asociación Profesional Élite Taxi/Uber Systems Spain, S.L.](#), causa C-434/15, in GUUE C 363 del 3 novembre 2015, pp. 21-22.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «[Un’agenda europea per l’economia collaborativa](#)», 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final.

³ In questi termini la Commissione definisce la nozione di «economia collaborativa» (comunicazione «Un’agenda europea per l’economia collaborativa», cit., p. 3).

queste nuove figure (piattaforme *on line* per *smartphone* e *tablet* ed autisti non professionisti)⁴, prefigurando una regolamentazione «da meno invasiva possibile, limitandosi a prevedere una registrazione delle piattaforme e l'individuazione di una serie di requisiti e obblighi per gli autisti». In quella e in occasioni successive⁵, anche l'Autorità Antitrust italiana aveva infatti preso atto di quanto fosse difficile qualificare i servizi offerti da tali operatori sulla base delle normative settoriali vigenti, auspicando espressamente un intervento del legislatore volto a conciliare i differenti interessi meritevoli di tutela in gioco (concorrenza, sicurezza stradale e incolumità dei passeggeri).

Rispetto all'ordinamento dell'Unione, traendo ancora spunto dal rinvio pregiudiziale del giudice spagnolo alla Corte di giustizia sui servizi offerti da *Uber*, pare incerta la natura delle attività svolte da tali operatori economici nell'ambito della c.d. «economia collaborativa», astrattamente configurabili come mero servizio di trasporto, come un servizio elettronico di intermediazione o un servizio della società dell'informazione. Evidentemente, qualificare in un modo o in un altro le attività in parola determina un differente regime giuridico a queste applicabile.

In attesa della pronuncia della Corte di giustizia e naturalmente «impregiudicate [le sue] prerogative»⁶, la Commissione tenta di offrire un quadro di riferimento il più possibile semplice e chiaro al duplice e dichiarato fine di «agevolare la piena fruizione [dei] vantaggi [offerti dall'economia collaborativa] e rispondere alle preoccupazioni circa l'incertezza sui diritti e sugli obblighi di coloro che partecipano all'economia collaborativa»⁷. Il fenomeno di cui si discute, del resto, non può essere trascurato per gli evidenti benefici che esso comporta sia per i consumatori che per gli imprenditori. Da un lato, infatti, l'innovazione tecnologica ha condotto allo sviluppo di nuovi modelli imprenditoriali, appunto le piattaforme *on line* di collaborazione, che costituiscono innegabili elementi di sviluppo della competitività e della crescita; dall'altro, l'accesso a nuovi servizi e, in generale, una loro più ampia offerta e a prezzi più bassi risultano evidenti vantaggi per i consumatori⁸.

2. I servizi dell'economia collaborativa quali «servizi» del mercato interno dell'Unione.

⁴ [Audizione parlamentare del Presidente della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 3012 recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza"](#), 24 giugno 2015, p. 19.

⁵ Si veda, ad esempio, il [parere AS1222 – Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea](#), 29 settembre 2015.

⁶ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 3.

⁷ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 2.

⁸ Il settore dell'economia collaborativa sta inoltre diventando rilevante anche sotto il profilo quantitativo stando ai dati riportati dalla stessa Commissione che indicano in 28 miliardi di Euro i ricavi totali lordi di piattaforme e prestatori di servizi di collaborazione nell'Unione nel 2015. Rispetto all'anno precedente e con riferimento a cinque «settori chiave» dell'economia collaborativa (locazione di alloggio a breve termine, trasporto di persone, servizi alle famiglie, servizi tecnici e professionali, finanza collaborativa), i ricavi sono quasi raddoppiati e, soprattutto, destinati nell'immediato futuro a crescere in modo sempre più rilevante (comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 2).

L'esigenza di qualificare correttamente i servizi offerti nell'ambito dell'economia collaborativa e la conseguente incertezza dell'interprete derivano dalla possibilità, in astratto, di ricondurre le attività in parola a regimi normativi già in vigore; nessuno dei quali, tuttavia, sembra a prima vista prestarsi a disciplinarne ogni profilo ovvero non a farlo in maniera adeguata perché in origine non pensati per essere applicati a tali, e ben più recenti, fenomeni. Prima ancora di esaminare talune – almeno quelle più significative, a parere di chi scrive – delle soluzioni suggerite dalla Commissione, va dunque tratteggiato il quadro normativo generale all'interno del quale, di volta in volta, (provare a) collocare tali ben peculiari attività di servizi, compiendo verosimilmente nella sostanza un'operazione identica a quella che ha spinto il *Juzgado Mercantil n° 3* di Barcellona ad adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale e la Commissione ad adottare la sua recente comunicazione.

È necessario, innanzitutto, chiarire che le attività potenzialmente rilevanti per l'ordinamento dell'Unione nel quadro dell'economia collaborativa sono quelle che attengono alle relazioni che intercorrono fra la piattaforma *on line* di economia collaborativa (come, ad esempio, *Uber*) e, da un lato, l'utente del servizio (vale a dire il consumatore che, restando ancora al caso della piattaforma *Uber*, intende raggiungere un dato luogo con un'auto con conducente), e, dall'altro, il prestatore del servizio (cioè colui che, mettendo a disposizione un proprio bene/un proprio servizio, nel nostro esempio l'autista della propria auto, offre il servizio richiesto dal consumatore). L'economia collaborativa coinvolge, infatti, tre differenti categorie di soggetti: il prestatore di servizi che intende condividere un bene/servizio e la propria competenza, sia in via occasionale (come accade quando si tratti di un soggetto privato che offra un servizio «pari») che in via professionale (nell'ambito, cioè, della sua capacità professionale); l'utente di tale servizio; l'intermediario che mette in contatto i primi due soggetti tramite una piattaforma *on line* agevolando le transazioni fra di essi⁹.

Secondo i principi generali del diritto dell'Unione e, in particolare, del suo diritto del mercato interno e delle libertà economiche di circolazione, le due relazioni «piattaforma *on line*-utente» e «piattaforma *on line*-prestatore del servizio» assumono rilievo in quanto sia possibile considerarle attività economicamente rilevanti. Evidentemente, anche alla relazione «utente-prestatore del servizio» sono applicabili le disposizioni del TFUE sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi (e, ove presenti, le norme di diritto derivato); in questo caso, tuttavia, tale considerazione è del tutto pacifica, trattandosi nella sostanza di un del tutto usuale, potremmo ben dire, rapporto fra un operatore economico e un destinatario del suo servizio, di volta in volta disciplinato sulla base della specifica attività prestata.

⁹ Per alcune delle criticità derivanti dalla necessità di disciplinare, con le norme del diritto derivato dell'Unione attualmente in vigore, il ben peculiare rapporto trilaterale «prestatore del servizio-utente-intermediario *on line*», si rinvia a C. WENDEHORST, *Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive*, in *J. Eur. Consumer and Market L.*, 2016, pp. 30-33.

Meno ovvia, come si anticipava, è a prima vista la sorte delle altre due relazioni create: sono rilevanti per l'ordinamento dell'Unione che si applica esclusivamente alle attività suscettibili di valutazione economica? La piattaforma *on line*, in effetti, può non ricevere (e di norma infatti non riceve) alcuna retribuzione né dall'utente del servizio né dal suo prestatore, ciò non esclude tuttavia che la sua attività sia sottoposta all'applicazione delle norme sul mercato interno. Giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, facendo propria un'interpretazione assai lata del concetto di «retribuzione»¹⁰, impone infatti di concentrarsi sul carattere economico delle attività di volta in volta svolte e sul loro essere «reali ed effettive e non talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie»¹¹. La circostanza per cui né il prestatore del servizio né il cliente finale, singolarmente o congiuntamente considerati, remunerino la piattaforma *on line* per i suoi servizi di intermediazione, in definitiva, non assume rilevanza e non vale perciò a sottrarre tali servizi all'ambito di applicazione del TFUE e della pertinente normativa di diritto derivato¹². È, semmai, da una tale premessa, cui la Commissione per la verità non attribuisce particolare importanza, quasi dandola per scontata, che derivano i quesiti cui la comunicazione tenta di dare risposta: se il diritto del mercato interno è applicabile ai rapporti intercorrenti fra la piattaforma *on line* e il prestatore di servizi, da un lato, e l'utente di questi ultimi, dall'altro, ci si domanda, infatti, quali fattispecie vengano in rilievo nelle singole situazioni concrete e, dunque, quali disposizioni dell'Unione, e in quale modo, le disciplinino. In effetti, come si desume molto chiaramente già dall'impostazione data dalla Commissione alla sua comunicazione, vengono in considerazione almeno due distinti livelli di regolamentazione: il primo, relativo alla disciplina dell'avvio e dell'esercizio delle attività delle imprese dell'economia collaborativa; il secondo, concernente la tutela degli utenti di tali attività.

Impostato il discorso in tali termini, come può ben intuirsi, tutti i dubbi fin qui sollecitati si risolvono nella necessità di avere chiarimenti in merito a quanto, del diritto materiale e primario dell'Unione, sia già tuttora applicabile a tali particolari categorie di imprese. Emerge, quindi, ancor più evidente come l'intento della comunicazione del 2 giugno 2016 sia tanto quello di preparare una futura disciplina specificamente dedicata ai servizi dell'economia collaborativa quanto – e ora è forse questo il profilo più rilevante – quello di chiarire che i principi delle libertà economiche di circolazione sono già applicabili a tali servizi, seppure con alcune, importanti, specificazioni e avvertenze. Traspare cioè ben chiara l'idea che sia necessario adottare normative *ad hoc* ma anche che, nel frattempo, l'ordinamento dell'Unione è già in grado di disciplinare tale nuovo fenomeno. Ne è conferma l'espressa menzione delle autorità pubbliche, degli operatori di mercato e dei cittadini quali destinatari concretamente

¹⁰ In questi termini, *ex multis*, Corte giust., 26 aprile 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders*, EU:C:1988:196, punto 16.

¹¹ Corte giust., 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Delège*, EU:C:2000:199, punto 54.

¹² Chiarissima in tal senso, con specifico riferimento ai servizi della società dell'informazione *ex* direttiva 2000/31/CE, Corte giust., 11 settembre 2014, causa C-291/19, *Papasavvas*, EU:C:2014:2209, punto 30.

interessati della comunicazione, tutti soggetti cui la Commissione fornisce appunto «orientamenti giuridici e strategici»¹³.

3. L'accesso al mercato degli operatori dell'economia collaborativa.

Il primo degli aspetti su cui si concentra l'attenzione della Commissione è quello relativo ai «requisiti di accesso al mercato». In modo molto chiaro essa si domanda, perché è il quesito che, a suo giudizio, si pongono le autorità e gli operatori del mercato, «se, e in caso affermativo in quale misura, a norma del diritto vigente dell'UE, le piattaforme di collaborazione e i prestatori di servizi possono essere soggetti a requisiti di accesso al mercato»¹⁴.

Con riferimento ai prestatori di servizi, l'approccio seguito è quello del tutto tradizionale in tema di libertà economiche di circolazione. Vengono cioè astrattamente in linea di conto tutte le previsioni degli Stati membri indistintamente applicabili che, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e, più recentemente, anche secondo il legislatore di diritto derivato dell'Unione, determinino di fatto un ostacolo al libero esplicarsi dell'attività economica autonoma transfrontaliera¹⁵. Autorizzazioni per l'avvio di un'attività, obblighi di licenza o requisiti minimi di qualità imposti per l'esercizio della stessa da parte degli ordinamenti nazionali costituiscono, come noto, misure idonee a «vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove fornisca legittimamente servizi analoghi»¹⁶. La piena efficacia dell'art. 56 TFUE impone infatti l'eliminazione di qualsiasi normativa interna che abbia per effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile e onerosa di quella puramente interna a uno Stato membro¹⁷. La circostanza per cui i prestatori di servizi sottoposti all'applicazione di misure nazionali di tal genere agiscano nel quadro della economia collaborativa non muta la valutazione, astrattamente contraria al diritto dell'Unione, di questi provvedimenti interni. Il quadro normativo di riferimento esiste ed è quello, ben noto, che fa capo, in primo luogo ed essenzialmente, al citato art. 56 TFUE e alla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (o «direttiva *Bolkestein*»)¹⁸: è possibile, per gli Stati

¹³ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», p. 2.

¹⁴ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», p. 3.

¹⁵ In dottrina, per tutti, R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in *Diritto dell'Unione europea, Parte Speciale*, a cura di G. Strozzi, Torino 2015, p. 269 ss.

¹⁶ Corte giust., grande sez., 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League*, EU:C:2011:631, punto 85.

¹⁷ *Ex multis*, Corte giust., 5 luglio 2012, causa C-318/10, *SLAT*, EU:C:2012:415, punto 18; 14 gennaio 2016, causa C-66/15, *Commissione c. Grecia*, EU:C:2016:5, punti 23-24.

¹⁸ [Direttiva 2006/123/CE](#), del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss. In dottrina, per tutti, C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2008, pp. 323-394; S. D'ACUNTO, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi, contenuto*, Milano 2009; V. HATZOPOULOS, *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, in *Cahiers dr. eur.*, 2007, pp. 299-358.

membri, adottare e mantenere in vigore tali misure soltanto se giustificate e proporzionate secondo i consolidati principi del diritto mercato interno. La specificità dell'ambito indagato, quello dell'economia collaborativa, può e deve assumere valore, secondo la Commissione, soltanto con riferimento a tale ultimo giudizio, volto a verificare se gli obiettivi perseguiti dagli Stati membri che invocano motivi imperativi di interesse generale idonei a ostacolare la libera prestazione dei servizi siano, appunto, ragionevolmente giustificati e proporzionati, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Non vi è, in altri termini, alcuna sottrazione all'ambito di applicazione del diritto del mercato comune dei provvedimenti interni che, come quelli citati, comportino di fatto un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, bensì il chiaro invito, rivolto alle autorità nazionali competenti, di tenere conto della specificità dei modelli imprenditoriali dell'economia collaborativa nel momento in cui, sulla base della disciplina dell'Unione vigente, sono chiamate a valutare la giustificazione e la proporzionalità delle disposizioni applicabili a detta economia collaborativa.

Il vero senso dell'invito così rivolto dalla Commissione ci pare tuttavia chiarissimo. Pur nel quadro di considerazioni generiche e astratte, del resto imposte dalla natura e dalle stesse finalità della comunicazione, è evidente che l'ambito indagato sembra ammettere ancora meno ostacoli alla libera prestazione dei servizi o, in altri termini, accettare ancor meno giustificazioni rispetto a tali ostacoli se confrontato con altri più tradizionali settori del mercato. Secondo la Commissione, infatti, le ragioni di ordine pubblico che astrattamente giustificano regimi interni sull'accesso alle attività, sulle loro qualità e sicurezza, ad esempio, devono essere soddisfatte con strumenti, diversi da quelli usualmente impiegati, specifici quanto specifico è l'ambito dell'economia collaborativa. Similmente, se la riduzione delle asimmetrie informative fra prestatore e cliente può legittimamente ammettere che l'ordinamento interno imponga il rispetto di determinati requisiti di autorizzazione allo svolgimento di un dato servizio, nell'ambito della economia collaborativa quella medesima esigenza può, probabilmente, essere soddisfatta attraverso sistemi di reputazione e di valutazione ormai tipici del contesto *on line*. In linea generale, sempre in piena coerenza con la prassi applicativa delle norme dell'Unione sul mercato interno, la Commissione ricorda poi come i divieti assoluti e le restrizioni quantitative all'esercizio di un'attività debbano essere considerate, di norma, soltanto come «misure di ultima istanza»¹⁹, mentre, qualora un'autorizzazione o una licenza siano previste, le condizioni per ottenerle debbano essere «chiare, proporzionate e obiettive»²⁰ e non possano essere concesse per una durata illimitata.

Naturalmente, a incidere sulla verifica di giustificabilità e proporzionalità dei regimi interni in parola, connotandola in concreto in senso più o meno rigido, deve anche essere la considerazione che il

¹⁹ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 5.

²⁰ *Ibidem*.

servizio sia prestato da un professionista oppure da un privato a titolo occasionale. Spesso infatti, come ricordato, chi offre un servizio nell'ambito dell'economia collaborativa è un privato.

Allo stato attuale il diritto dell'Unione non offre indicazioni per stabilire quando un «privato» debba essere considerato (diventando quindi nella sostanza) un prestatore professionale di servizi, né, del resto, la stessa direttiva 2006/123/CE si premura di distinguere il privato dal professionista applicandosi, semplicemente, a «qualsiasi persona fisica, [cittadina dell'Unione], o qualsiasi persona giuridica di cui all'articolo 48 del trattato [ora art. 54 TFUE], stabilita in uno Stato membro, che offre o fornisce un servizio»²¹. Traendo spunto dalle scelte di alcuni Stati membri, la Commissione ritiene possa essere efficace l'adozione di un criterio di «soglie» che facciano riferimento al livello di reddito generato dall'attività prestata ovvero alla regolarità con cui essa è fornita: se «stabilite in modo ragionevole possono [infatti] rappresentare un criterio utile e possono contribuire a creare un quadro normativo chiaro a beneficio dei prestatori di servizi non professionali»²². I prestatori di servizi che si trovano al di sotto di tali soglie dovrebbero perciò essere sottoposti a requisiti meno restrittivi; coloro che effettuano servizio di trasporto locale al di sotto di una determinata soglia di fatturato annuo, ad esempio, potrebbero essere esentati dall'obbligo di detenere una licenza.

Gli orientamenti a prima vista decisamente più interessanti sono quelli che la comunicazione fornisce con riguardo ai requisiti di accesso al mercato che possono essere imposti alle piattaforme di collaborazione. Determinante è la considerazione della natura delle attività di volta in volta prestate da tali operatori. Qualora infatti si tratti di (soli) servizi della società dell'informazione a venire in rilievo è la direttiva 2000/31/CE²³ e, dunque, la disciplina, già da tempo in vigore, di diritto derivato dell'Unione sul commercio elettronico. Tale regime si applica infatti a «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»²⁴ e, dunque, alla piattaforma *on line* che si limiti a mettere in relazione l'utente con un prestatore di servizi.

Ai sensi dell'art. 3 di tale direttiva, significativamente rubricato «Mercato interno», principio cardine del regime in parola è il divieto per gli Stati membri di limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione che provengano da un altro Stato membro. In altri termini, rispetto a tali

²¹ Così, l'art. 4, n. 2, della direttiva 2006/123/CE.

²² Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 5.

²³ [Direttiva 2000/31/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in *GUCE* L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 e ss. Nella vastissima dottrina in argomento, pare qui sufficiente il rinvio a A. ANTONUCCI (a cura di), *E-Commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano 2001; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano 2005, pp. 59-90.

²⁴ In questi termini l'art. 2, lett. a), della direttiva 2000/31/CE tramite rinvio, oggi, all'art. 1, n. 1, lett. b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (codificazione), in *GUUE* L 241 del 17 novembre 2015, p. 1 ss.

peculiari categorie di servizi il legislatore di diritto derivato dell'Unione ha sancito l'applicazione del principio del Paese di origine, imponendo che, pur in assenza di coordinamento fra le differenti legislazioni nazionali pertinenti, uno Stato membro non possa in linea di principio impedire che sul suo territorio possa essere prestato un tale servizio se chi lo fornisce eserciti legittimamente la propria attività nello Stato ove è stabilito (e secondo le disposizioni ivi vigenti).

Le piattaforme *on line* che si limitino a prestare servizi della società di informazione non possono perciò essere soggette ad autorizzazione preventiva o ad altro genere di requisiti e formalità equivalenti, beninteso se non alle condizioni previste dalla direttiva 2000/31/CE. In effetti, in via di deroga, quest'ultima ammette che, con riferimento a un «determinato servizio della società dell'informazione»²⁵, lo Stato della prestazione possa limitare la libera circolazione di tali operatori ove ciò sia necessario per ragioni di ordine pubblico, tutela della sanità pubblica, pubblica sicurezza e tutela dei consumatori²⁶ e, più in particolare, qualora si tratti di servizi che ledano tali rilevanti interessi o anche solo rischino, sia pure in modo «serio e grave»²⁷, di pregiudicarli. Tuttavia, salvi i casi di urgenza, lo Stato membro non può adottare simili provvedimenti restrittivi se non dopo aver chiesto – vanamente – allo Stato di stabilimento dell'operatore economico interessato di assumere misure opportune e aver notificato alla Commissione tale propria intenzione²⁸.

Laddove, invece, oltre ai servizi della società dell'informazione la piattaforma *on line* sia diretta fornitrice di una ulteriore (e diversa) attività economica, essa andrebbe soggetta alle pertinenti normative settoriali, in particolare a quelle relative alle autorizzazioni richieste per l'avvio e l'esercizio dell'attività di volta in volta considerata, applicabili, tuttavia, alle condizioni stabilite dalla comunicazione nelle sezioni appena descritte. Se, cioè, l'impresa dell'economia collaborativa non si limita a consentire all'utente di utilizzare un servizio offerto in concreto da altri ma lo presta essa stessa, offrendo, ad esempio, con i propri mezzi e le proprie competenze un servizio di trasporto o di locazione a breve termine, il trattamento cui essa sarà sottoposta non varierà in alcun modo da quello previsto dalla disciplina normalmente applicabile a coloro che, in qualsiasi contesto e dunque, parrebbe sostenere la Commissione, anche in quello dell'economia collaborativa, prestano quel dato servizio. In definitiva, ove fornisca normali e non virtuali attività economiche, la piattaforma *on line* è assimilata a qualsiasi impresa cui sono applicabili le libertà economiche di circolazione del TFUE e le normative di

²⁵ Art. 3, n. 4, della direttiva 2000/31/CE.

²⁶ In particolare, l'art. 3, n. 4, della direttiva 2000/31/CE si sforza di concretizzare la lata nozione di «ordine pubblico» riferendosi espressamente, fra le finalità legittimamente perseguibili dagli Stati membri, «[a]ll'opera di prevenzione, investigazione individuazione e perseguimento in materie penali, quali la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché violazioni della dignità umana della persona»; mentre, rispetto alla «pubblica sicurezza», vi include «la salvaguardia della sicurezza, e della difesa nazionale».

²⁷ Art. 3, n. 4, lett. a), ii), della direttiva 2000/31/CE.

²⁸ Art. 3, n. 5, della direttiva 2000/31/CE.

diritto derivato; quelle, generali, relative alla libera circolazione dei servizi (la direttiva «*Bolkestein*») e, se presenti, quelle settoriali, riferibili al dato settore economico cui quelle attività si riferiscono. La circostanza per cui destinatarie di tali discipline siano imprese dell'economia collaborativa non può in alcun modo legittimare nei loro confronti un trattamento speciale (da intendersi qui, evidentemente, deteriore rispetto a quello generale). Anzi, come ricordato, tale constatazione impone una ponderazione tutta particolare e specifica delle ragioni che giustificano un eventuale ostacolo opposto dagli Stati membri alla libera prestazione dei servizi e un'applicazione più flessibile, a vantaggio di tali imprese, del relativo giudizio di proporzionalità e di adeguatezza.

A questo punto la comunicazione si domanda quando una piattaforma di collaborazione fornisca, oltre al servizio della società dell'informazione, un'attività economica ulteriore o, secondo le parole della Commissione, un «servizio sottostante»²⁹. La circostanza è da appurare caso per caso, tenendo conto di vari criteri, di ordine sia fattuale sia giuridico, ma preziosa è l'indicazione di una serie di indizi tesa a riscontrare la sussistenza del «fattore determinante»³⁰ da accertare, ovverosia il livello di controllo o di influenza che la piattaforma di collaborazione può esercitare sul prestatore di servizi.

Si tratta, in particolare, di tre diversi criteri: il prezzo, le «altre condizioni contrattuali fondamentali» e la proprietà dei beni essenziali. Quanto al primo dei criteri proposti, la Commissione invita a domandarsi se nella determinazione del prezzo finale pagato dall'utente la piattaforma di collaborazione abbia oppure no un'influenza determinante. Qualora essa si limiti a raccomandare un prezzo, lasciando libero il prestatore di servizi sottostanti di adeguarlo alle proprie esigenze e necessità, tale criterio non può ritenersi soddisfatto. Rispetto alle condizioni contrattuali differenti dal prezzo, quali ogni termine o condizione che incida in maniera fondamentale sull'esecuzione del rapporto contrattuale (si pensi, ad esempio, alla definizione di istruzioni vincolanti, come l'obbligo di prestare il servizio, per la fornitura del servizio sottostante), occorre anche in questo caso escludere che il criterio sia soddisfatto se tali condizioni restano nella piena e autonomia discrezionalità del prestatore del servizio sottostante. Infine, è necessario chiedersi se i beni essenziali per la fornitura del servizio sottostante siano di proprietà della piattaforma di collaborazione. Solo ove tutti e tre questi criteri siano soddisfatti e si sia risposto affermativamente ai tre quesiti immaginati dalla Commissione, è da ritenere che sussistano «forti indizi che la piattaforma di collaborazione esercit[i] un'influenza o un controllo significativo sul prestatore del servizio sottostante, il che può a sua volta indicare che la piattaforma dovrebbe essere ritenuta anche fornitore del servizio sottostante (in aggiunta al servizio della società dell'informazione)»³¹.

²⁹ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 6

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 7.

Accanto a quelli citati, sono inoltre applicabili, a seconda delle diverse circostanze del caso concreto, criteri ulteriori quali, ad esempio, la considerazione che la piattaforma di collaborazione sostenga le spese e si assuma i rischi connessi alla prestazione del servizio sottostante, così come l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra la piattaforma di collaborazione e la persona fisica che ha fornito il servizio sottostante.

Se gli indici da ultimo ricordati offrono, al pari dei primi, significativi indizi circa la sussistenza di quel livello di controllo e di influenza idoneo a far ritenere che la piattaforma di collaborazione sia anche la fornitrice del servizio sottostante, ve ne sono altri che, invece, pur non potendo essere del tutto trascurati non sono da soli sufficienti per poter giungere a una tale conclusione. È il caso, molto diffuso, della possibilità che la piattaforma di collaborazione offra non già il servizio sottostante ma un'attività a quello strumentale come, ad esempio, la fornitura di un sistema di pagamento, o di una copertura assicurativa, o dell'assistenza *post* vendita o di un meccanismo di recensione da parte dell'utente. A fronte dell'evidente difficoltà di trarre da tali indizi il segno inequivocabile dell'influenza e del controllo significativi da parte della piattaforma di collaborazione sul prestatore del servizio sottostante, la Commissione conclude tuttavia la propria rassegna di criteri con una sorta di monito, ricordando che, in linea generale, «più le piattaforme di collaborazione gestiscono e organizzano la selezione dei prestatori dei servizi sottostanti e il modo in cui tali servizi sono forniti [...] più diventa evidente che la piattaforma di collaborazione potrebbe essere considerata anche come prestatrice dei servizi sottostanti stessi»³².

Anche con riferimento al quesito, altrettanto decisivo per la ricostruzione di ogni tassello della disciplina dell'economia collaborativa, circa i regimi di responsabilità per le informazioni memorizzate cui sottoporre la piattaforma di collaborazione, la Commissione precisa quali siano le disposizioni del diritto dell'Unione già in vigore all'uopo rilevanti, fornendo utili indicazioni per la loro applicazione allo specifico ambito in oggetto. Viene ancora in gioco la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico che, in linea generale, esenta il prestatore di servizi della società dell'informazione per la c.d. attività di «hosting», ovverosia la memorizzazione delle informazioni fornite dall'utente del servizio, a condizione che tale prestatore non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'informazione o dell'attività o, riguardo ad azioni risarcitorie, di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, ovvero a condizione che, non appena al corrente di tali fatti, provveda

³² *Ibidem*. In maniera del tutto chiara, con riferimento ai servizi di locazione a breve termine, la Commissione offre un significativo esempio delle sue argomentazioni affermando che una piattaforma di collaborazione fornisce esclusivamente servizi della società dell'informazione, e dunque non il sottostante servizio di locazione, qualora «il prestatore di servizi di locazione stabilisce i propri prezzi e la piattaforma non possiede nessun bene usato per la prestazione di tale servizio». Una tale conclusione, continua la Commissione, non è messa in discussione se la piattaforma di collaborazione offra ai suoi utenti servizi di valutazione e servizi assicurativi.

immediatamente a rimuovere le informazioni o a renderle inaccessibili³³. Tale deroga è però applicabile soltanto all'attività della piattaforma di collaborazione che, ai sensi del considerando n. 42 della direttiva, «si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione». Il ruolo svolto in concreto in tale occasione dal prestatore di servizi deve cioè essere «neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza»³⁴.

Ferma restando la necessità di verificare quale attività in concreto sia di volta in volta prestata dalle piattaforme di collaborazione, il diritto derivato dell'Unione vieta così agli Stati membri di imporre a tali operatori, laddove forniscano semplici servizi di *hosting*, obblighi generali di sorveglianza così come di ricercare attivamente fatti o circostanze che testimonino la presenza di attività illecite³⁵. Evidentemente, in modo analogo a quanto detto in precedenza, qualora tale soggetto svolga anche servizi ulteriori, di carattere ausiliario o collegato (come, ad esempio, sistemi di valutazione o di pagamento), o, addirittura, quello che si è definito il «servizio sottostante», la deroga in parola non può estendersi anche a tali diverse attività. Parallelamente, la Commissione si premura di segnalare, con il chiaro intento e, forse, la preoccupazione di non dettare un quadro di riferimento eccessivamente rigido, che la sola circostanza che una piattaforma di collaborazione svolga anche attività di quest'ultimo genere, oltre rispetto alla fornitura di servizi di *hosting*, non comporta per essa l'automatica impossibilità di beneficiare della deroga prevista dalla direttiva 2000/31/CE per i servizi di *hosting* effettivamente prestati.

4. La tutela degli utenti.

³³ In questi termini dispone l'art. 14 della direttiva 2000/31/CE che, in ogni caso, quasi prevedendo una generale clausola di chiusura, «lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime» (art. 14, n. 3).

³⁴ Così [Corte giust., grande sez., 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, Google France e Google](#), EU:C:2010:159, punto 114. Nei medesimi termini, *ex multis*, v. Corte giust., grande sez., 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal e a.*, EU:C:2011:474, punto 113.

³⁵ Sul punto, rinviando anche alla comunicazione del 25 maggio 2015 sulle piattaforme *on line* e il mercato unico digitale (COM(2016) 288/2), la Commissione ricorda del resto come «mantenere l'attuale regime di responsabilità degli intermediari è fondamentale per l'ulteriore sviluppo dell'economia digitale nell'UE» (comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., pp. 8-9. In dottrina, per analoghe considerazioni, v., ad es., U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, cit., p. 82). Allo stesso tempo, tuttavia, essa sottolinea l'importanza, per le piattaforme *on line*, di tenere condotte responsabili e di intraprendere azioni volontarie come, ad esempio, quelle volte a risolvere il delicato problema delle recensioni finte o ingannevoli.

La peculiarità del fenomeno in parola rende particolarmente delicato domandarsi quale sia il livello di tutela degli utenti, in particolare dei consumatori, da garantire nell'ambito delle relazioni contrattuali dell'economia collaborativa e, dunque, quale sia il diritto applicabile in tale contesto. Come ben evidenziato dalla Commissione, a sfumare quasi del tutto è la linea di demarcazione fra «professionista» e «consumatore» su cui però si fonda tutta quanta la disciplina in vigore.

Vengono astrattamente in rilievo numerose disposizioni di diritto derivato dell'Unione come, per l'essenziale, la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali³⁶, la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori³⁷, la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori³⁸. Per poter applicare tali regimi alle transazioni e ai rapporti contrattuali dell'economia collaborativa, però, occorre che le parti di questi rapporti siano riconducibili alle due citate categorie di professionista e di consumatore, vale a dire che vi sia, da un lato, un soggetto «che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale», e, dall'altro, una persona «che agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale»³⁹. A contrario, la disciplina posta dall'Unione a tutela del consumatore non si applica alle transazioni dell'economia collaborativa se né il prestatore di servizi collaborativi né l'utente possono qualificarsi come professionisti ai sensi del diritto europeo e se dunque, in altri termini, si verte nell'ambito di un rapporto fra pari.

In tale contesto, la Commissione appare tuttavia convinta che sia possibile, anzi necessario, verificare in concreto, ancora con l'ausilio di una serie di indici e criteri che essa stessa suggerisce, la possibilità, ai fini dell'individuazione del diritto applicabile (*rectius*, dell'applicazione delle appena ricordate disposizioni in tema di tutela dei consumatori), di connotare questi rapporti, formalmente fra pari, come rapporti in cui qualificare, nella sostanza, il prestatore del servizio sottostante alla stregua di un professionista e la sua controparte nel ruolo di consumatore. Tre sono i fattori cui occorre prestare attenzione; rammentando, sempre in piena coerenza con lo spirito della comunicazione, da un lato, che devono essere intesi come semplici linee guida, dall'altro, che nessuno di essi da solo e automaticamente

³⁶ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), in *GUUE* L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.

³⁷ Direttiva 93/13/CEE, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *GUCE* L 95 del 21 aprile 1993, p. 29 ss.

³⁸ 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, in *GUUE* L 304 del 22 novembre 2011, p. 64 ss.

³⁹ Così, rispettivamente, le lett. b) e a) dell'art. 2 della direttiva 2005/29/CE.

è idoneo a qualificare un prestatore di servizi come un professionista, occorrendo pur sempre un'adeguata ponderazione di tutte le circostanze e del contesto concretamente presenti.

Il primo di tali criteri è relativo alla frequenza con cui i servizi vengono prestati. È evidente che coloro che offrono un'attività in maniera occasionale e accessoria potranno difficilmente essere considerati professionisti. Allo stesso modo, venendo al secondo dei criteri suggeriti dalla Commissione, la presenza della finalità di lucro può ragionevolmente far ritenere che chi la persegua possa essere ritenuto un professionista. In effetti, chi intende esclusivamente scambiare beni o competenze («come nel caso di “scambi di case” o “banche del tempo”»⁴⁰), così come chi si limiti a ottenere il rimborso dei costi sostenuti, non sarà identificabile come un professionista. Infine, merita attenzione il livello di fatturato generato dal prestatore di servizi: quanto esso è maggiore tanto più è elevata la probabilità che si sia di fronte a un professionista⁴¹. All'esito positivo della verifica condotta sulla base dei descritti criteri, alla piattaforma di collaborazione, a quel punto assimilabile a un professionista, sarebbero applicabili tutte le pertinenti disposizioni del diritto derivato dell'Unione relative alla tutela del consumatore (obblighi di diligenza professionale, divieto di pratiche commerciali sleali, ecc.)⁴².

5. Rapporti di lavoro e fiscalità nell'ambito dell'economia collaborativa.

Nel paragrafo dedicato a «Lavoratori autonomi e subordinati nell'economia collaborativa», la Commissione fornisce alcuni orientamenti, tutti ricavabili dalla rilevante e consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, per consentire di individuare, anche nel peculiare contesto in esame, la sussistenza di un «rapporto di lavoro» ai sensi del diritto dell'Unione.

Analogamente alle incertezze registrate in merito alla tradizionale distinzione fra professionista e consumatore, anche le relazioni che intercorrono fra i soggetti dell'economia collaborativa tendono a sfuggire agli schemi ricostruttivi e alle qualificazioni giuridiche pensati per i rapporti di lavoro più tradizionali. Ciò determina, evidentemente, un clima di generale incertezza almeno quanto ai diritti applicabili e al grado di protezione sociale che va garantito in simili contesti. Sebbene la Commissione ricordi come di tutti i possibili aspetti relativi al diritto del lavoro e alla legislazione sociale siano

⁴⁰ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 10.

⁴¹ Rispetto al criterio del livello di fatturato, qualora le attività prestate dal medesimo soggetto siano più d'una e non in collegamento fra loro, occorre evidentemente valutare a quale di ciascuna di esse è riferibile il fatturato preso in considerazione.

⁴² La Commissione ricorda poi come, oltre alla disciplina della tutela del consumatore, la piattaforma di collaborazione resti in ogni caso sottoposta, laddove naturalmente ve ne siano le condizioni, agli obblighi di informazione imposti dal di volta in volta pertinente diritto dell'Unione (come, ad esempio, quelli, *ex art. 22* della direttiva 2006/123/CE, aventi a oggetto le informazioni relative ai prestatori e ai loro servizi che gli Stati membri impongono ai fornitori di servizi di rendere accessibili agli utenti) così come, più in generale, alla normativa applicabile in materia di protezione dei dati personali.

competenti a occuparsi essenzialmente gli Stati membri, essa ritiene comunque utile riepilogare i punti essenziali della giurisprudenza della Corte di giustizia per permettere di delineare, con un accettabile livello di precisione, quale sia l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione che garantisce in tale contesto uno standard minimo di tutela. La comunicazione riporta così la definizione di «rapporto di lavoro subordinato» come ricavabile dalle pronunce dei giudici di Lussemburgo, ovvero sia quella relazione che si caratterizza per «la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione»⁴³.

La sussistenza di un tale rapporto, ancora una volta da accertarsi caso per caso, può essere ricavata dalla verifica della presenza cumulativa di tre fondamentali criteri: la subordinazione, la natura del lavoro e la presenza di una retribuzione. Con specifico riguardo al contesto dell'economia collaborativa, il criterio della subordinazione è soddisfatto se il prestatore del servizio sottostante agisce sotto la direzione della piattaforma di collaborazione, la quale ha piena discrezionalità nel determinare quale tipo di attività viene svolta, quale il livello di retribuzione e, in generale, tutte le rilevanti condizioni di lavoro. Quanto alla «natura del lavoro», l'orientamento generale desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è, come noto, quello secondo cui l'attività economica svolta alle dipendenze di un altro soggetto deve essere reale ed effettiva⁴⁴. Molto spesso il prestatore di servizi sottostante opera in modo del tutto occasionale, fornendo appunto tramite le piattaforme di collaborazione un servizio marginale e accessorio. In tali circostanze, evidentemente, non può parlarsi in alcun modo di un rapporto di lavoro fra i due soggetti anche se la Commissione si preoccupa di ricordare come «l'effettiva definizione del loro status dipende da un esame globale di tutti e tre i criteri»⁴⁵ e che, dunque, sarebbe errato concludere in modo assoluto che la presenza di alcuni parametri quali, ad esempio, la bassa produttività o la discontinuità nella prestazione, escludano necessariamente la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Infine, l'elemento della retribuzione è idoneo a stabilire se la relazione debba inquadrarsi nell'ambito di un rapporto di volontariato, e non di lavoro subordinato, quando essa è assente così pure come quando si limita al rimborso dei costi sostenuti.

Nella sua parte conclusiva, la comunicazione affronta, in maniera invero soltanto accennata, il tema della fiscalità. L'assenza di approfondimento, come è chiaramente intuibile, è dovuta alla circostanza per cui, in mancanza di specifica competenza dell'Unione in materia, la Commissione può

⁴³ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 13. In tali termini, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, *ex multis*, 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, punto 17; 19 giugno 2014, causa C-507/12, *Saint Prix*, EU:C:2014:2007, punto 35. Sul punto, in dottrina, per tutti v. G. ROSSOLILLO, *La libera circolazione dei lavoratori*, in A. Arena, F. Bestagno e G. Rossolillo, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino 2016, pp. 195-201.

⁴⁴ Per tutte, v. Corte giust., 31 maggio 1989, causa 344/87, *Bettray*, EU:C:1989:226, punto 13.

⁴⁵ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 14.

soltanto limitarsi a riscontrare ed evidenziare alcune difficoltà pratiche nell'applicazione alle imprese dell'economia collaborativa dei regimi fiscali degli Stati membri e, di conseguenza, a suggerire alcune direttive di carattere generale per quanto meno attenuare tali criticità⁴⁶. Quanto a quest'ultimo profilo, essa ritiene che gli Stati membri debbano imporre obblighi proporzionati e a condizioni di parità, applicando cioè in concreto «obblighi fiscali funzionalmente analoghi alle imprese che forniscono servizi comparabili»⁴⁷. Ancora, la Commissione invita gli Stati membri a ridurre il più possibile gli oneri amministrativi di privati e imprese senza distinguere fra i modelli imprenditoriali di volta in volta adottati. Misure efficaci a tal fine vengono poi più concretamente individuate nella adozione di sistemi di scambio di informazioni in materia fiscale che coinvolgano autorità competenti, piattaforme di collaborazione e prestatori di servizi o nella predisposizione di sportelli unici⁴⁸.

6. Considerazioni conclusive.

L'accoglienza riservata alla comunicazione dedicata a «Un'agenda europea per l'economia collaborativa» e le reazioni immediatamente successive alla sua adozione costituiscono interessanti elementi di riflessione, in particolare per l'enfasi che le ha contraddistinte, ancor più che per il loro contenuto. Secondo l'opinione pubblica prevalente⁴⁹ la Commissione (o, in generale, l'Unione) avrebbe assunto una netta posizione di difesa nei confronti degli attori dell'economia collaborativa (nello specifico proprio di *Uber* o, ad esempio, di *Airbnb*; quest'ultima, come noto, piattaforma *on line* attiva nel campo dei servizi di locazione a breve termine), schierandosi dunque al loro fianco nell'ipotetico confronto/scontro con gli Stati e le loro normative protezionistiche, avverse a nuove forme di liberalizzazione. Pur trattandosi di una, peraltro del tutto legittima, semplificazione, tale conclusione è, in effetti, corretta: la Commissione pare dire agli Stati che non può esservi, in linea di principio, alcun preconcetto (e dunque ingiustificato) divieto o limite all'avvio e all'esercizio delle attività economiche

⁴⁶ Fra le difficoltà citate dalla Commissione, ad esempio, figurano quelle legate all'individuazione dei contribuenti e dei redditi imponibili, alla carenza di informazioni sui prestatori dei servizi, alla presenza di pianificazioni fiscali aggressive nei confronti delle imprese digitali.

⁴⁷ Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», cit., p. 15. Sul punto, nella giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, *ex multis*, v. Corte giust., 18 ottobre 2012, causa C-498/10, X, EU:C:2012:635; 13 luglio 2016, causa C-18/15, *Brisal – Auto Estradas do Litoral e a.*, EU:C:2016:549.

⁴⁸ Rispetto alla disciplina dell'IVA, ricordato che, evidentemente, anche le forniture di beni e di servizi nell'ambito dell'economia collaborativa sono in linea di principio transazioni soggette ad IVA, la Commissione preannuncia una serie di iniziative tese a rafforzare la capacità delle amministrazioni fiscali nel quadro del suo recente piano d'azione sull'IVA (v. comunicazione COM(2016) 148 final).

⁴⁹ In tal senso si esprimono pressoché conformemente i primi commenti della stampa non specialistica: si vedano, ad es., E. BONINI, *L'Ue ai 28: sbagliato vietare Uber e Airbnb*, in *La Stampa* del 3 giugno 2016; C. DE CESARE, *L'Europa detta le regole per la sharing economy. «Divieti solo in ultima istanza»*, in *Corriere della Sera* del 3 giugno 2016; B. ROMANO, *Bruxelles scommette sulla «sharing economy» e difende il modello Uber*, in *Il Sole 24 Ore* del 3 giugno 2016.

prestate da una piattaforma di collaborazione, ovviamente a meno di non violare il diritto dell'Unione e del suo mercato interno.

Meno intuitiva e perciò non debitamente rilevata è la considerazione che tali orientamenti siano forniti da un atto di *soft law*, dalla natura quindi non giuridicamente vincolante, e che la disciplina che tale atto indica come applicabile sia già in vigore, pur se contenuta in atti di diritto derivato non espressamente dedicati alla regolamentazione dell'economia collaborativa. È allora opportuno interrogarsi, da un lato, sul senso e sulle finalità concrete di questo intervento della Commissione e, dall'altro, sul contenuto della disciplina così individuata come applicabile all'economia collaborativa allo scopo di verificarne la coerenza con i principi generali previsti dall'ordinamento dell'Unione in tema di libertà economiche di circolazione.

Quanto al primo profilo, la Commissione, che, come noto, non è il legislatore dell'Unione, adotta usualmente numerosi atti atipici, fra i quali le comunicazioni cosiddette «interpretative»⁵⁰, come appunto quella in parola. Una tale attività si giustifica, in generale e, forse, ancor più rispetto a un settore quale quello dell'economia collaborativa privo di specifica disciplina normativa, con l'esigenza di tutelare i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento di tutti i soggetti potenzialmente interessati⁵¹ (dagli Stati membri agli operatori economici). Con la sua comunicazione, in altri termini, la Commissione non può dettare nuove disposizioni giuridicamente vincolanti per la regolamentazione dell'economia collaborativa ma può, e anzi il suo intervento risulta quanto mai prezioso in tal senso, chiarire, evidentemente ove ve ne siano i presupposti di fatto e di diritto, quali normative già in vigore si applichino a essa. Quella condotta dalla Commissione, in altri termini, è senz'altro un'importante attività di adattamento e, come si diceva, di interpretazione del tessuto normativo esistente, indispensabile per garantirne, nel rispetto dei citati principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, l'applicazione a un insieme di attività economiche così come di operatori che, per la loro sempre maggiore e indubbia rilevanza nell'economia degli Stati membri, necessitano di una disciplina il più possibile prevedibile, adeguata ed efficace⁵².

Riguardo al contenuto della disciplina che, a parere della Commissione, già ora il diritto dell'Unione riserva all'economia collaborativa, occorre riconoscere che, in effetti, esso è pacificamente

⁵⁰ Così sono definite, in dottrina, le comunicazioni volte «a far conoscere agli Stati ed agli operatori i diritti e gli obblighi ad essi derivanti dal diritto dell'Unione, in particolare alla luce degli sviluppi giurisprudenziali registratisi nel settore di cui si tratta» (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2012, p. 159).

⁵¹ Sul punto, si rinvia a U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari 2016, p. 317. Si vedano inoltre, pur se riferite a un contesto differente, le chiarissime conclusioni dell'Avvocato generale Wahl, 18 febbraio 2016, causa C-526/14, *Kotnik e a.*, EU:C:2016:102, punti 38-40.

⁵² Resta in ogni caso del tutto chiaro, ma la Commissione stessa lo ribadisce espressamente già nell'introduzione, che gli orientamenti forniti con questa comunicazione non possono in alcun modo risultare vincolanti e non pregiudicano iniziative future della stessa Commissione né, tantomeno, intaccano le prerogative della Corte di giustizia in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione.

desumibile dai principi generali relativi alle libertà economiche di circolazione del TFUE e dal diritto derivato che su tali basi è stato via via adottato nel corso del tempo. Con riferimento alle questioni generali e preliminari, dell'accesso al mercato e dei requisiti richiesti per poter svolgere (anche) un'attività dell'economia collaborativa, la comunicazione dichiara infatti applicabili alle piattaforme di collaborazione, essenzialmente, la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno e la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Si tratta, come noto, di due atti di diritto derivato che hanno per comune base giuridica gli attuali artt. 53 e 62 TFUE che abilitano il legislatore dell'Unione ad adottare direttive intese «al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste»⁵³. Gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi (e al diritto di stabilimento) non sono infatti completamente eliminabili attraverso la sola applicazione delle norme di diritto primario dell'Unione, benché riconosciute direttamente applicabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁴. Di qui la convinzione, ben evidente già ai redattori del Trattato CEE, che fosse necessario prevedere l'adozione di atti di diritto derivato volti ad agevolare l'applicazione piena ed efficace delle disposizioni del diritto primario sulle libertà economiche di circolazione negli ordinamenti degli Stati membri. Tali interventi legislativi, come ovvio, devono prevedere una disciplina coerente con gli articoli del Trattato cui, nella sostanza, mirano a dare attuazione, così come con la giurisprudenza della Corte di giustizia che su di essi si sia consolidata nel corso del tempo⁵⁵.

In definitiva, la Commissione ha chiarito che le peculiari caratteristiche delle attività svolte dalle piattaforme di collaborazione e, in generale, dell'economia collaborativa non sono tali da escludere l'applicazione a esse dei principi generali in tema di libera prestazione dei servizi, in particolare di alcune disposizioni di diritto secondario dell'Unione adottate per facilitare la vigenza negli ordinamenti interni dell'art. 56 TFUE. Lungi dal voler negare rilievo alle specificità di tali operatori economici, a giudizio della Commissione queste vengono in gioco nel momento applicativo dei regimi già adottati; in particolare, quando occorre valutare, con un ineliminabile margine di discrezionalità, se sia possibile

⁵³ In tali termini recita la parte conclusiva del paragrafo 1 dell'art. 53 TFUE. La seconda delle basi giuridiche citate, l'art. 62 TFUE, è semplice norma di rinvio che determina l'applicazione al capo dedicato ai servizi degli articoli da 51 e 54 del TFUE (e dunque anche dell'art. 53). La direttiva sul commercio elettronico, oltre agli artt. 47 e 55 TCE presenta anche l'art. 95 TCE (attuale art. 114 TFUE), generale base legale per l'adozione di direttive volte al ravvicinamento delle normative nazionali relative all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno.

⁵⁴ Corte giust., 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, punto 32; 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, EU:C:1974:131, punto 27. In dottrina, per tutti, G. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 517.

⁵⁵ In proposito, con riferimento alla direttiva 2006/123/CE, si veda Corte giust., grande sez., 16 giugno 2015, causa C-593/13, *Rina Services e a.*, EU:C:2015:399, punti 39-40. Sul punto sia concesso il rinvio a D. DIVERIO, *Qualche riflessione intorno all'efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli Stati membri e al suo rapporto con il TFUE*, in *Dir. comm. int.*, 2015, pp. 983-1003, spec. p. 998 ss.

giustificare, e dunque adottare o mantenere in vigore nell'ordinamento interno considerato, dei limiti alle libertà fondamentali di circolazione. Le particolari caratteristiche dell'economia collaborativa risultano così del tutto essenziali per poter, per così dire, completare una disciplina generale e astratta, che va appunto adattata alle circostanze di volta in volta differenti del caso concreto.

Se si volesse sintetizzare il contenuto della comunicazione ci si potrebbe limitare ad affermare che secondo la Commissione le piattaforme di collaborazione sono soggette alle norme del TFUE sul mercato interno e, in particolare, all'art. 56 sulla libera prestazione dei servizi. Del resto, come noto, con una sorprendente, e chissà quanto consapevole, lungimiranza il dettato dell'art. 56 TFUE (identico, nella sostanza e per quanto qui rileva, all'originario art. 59 TCEE) è idoneo a disciplinare tutte le modalità con cui un'attività economica autonoma possa essere fornita fra uno Stato membro e l'altro, inclusa appunto quella in cui non si ha spostamento fisico né del prestatore né del destinatario del servizio e in cui a spostarsi è la sola attività economica⁵⁶. Tale situazione, probabilmente sotto il profilo quantitativo scarsamente rilevante al momento della redazione del Trattato CEE, è esattamente quella, sempre più diffusa, che comprende l'utilizzo della rete e di *internet*, come appunto fanno le piattaforme di collaborazione *on line*.

In un contesto del genere l'intervento della Commissione appare innegabilmente prezioso. In attesa di un intervento legislativo *ad hoc*, in ogni caso auspicabile, che affronti sistematicamente e in maniera ordinata ogni profilo delle attività economiche dell'economia collaborativa, essa ha tentato, attenendosi rigorosamente ai dati normativi e giurisprudenziali esistenti e in una prospettiva di chiarezza e prevedibilità, di facilitare l'applicazione di principi consolidati a una realtà del tutto nuova. Per quanto, infatti, il risultato più concreto della comunicazione sia la possibilità di sottoporre le piattaforme di collaborazione all'art. 56 TFUE, risulta ben difficile immaginare, di volta in volta, quale sia in concreto l'effetto di tale affermazione, risultando spesso non chiaro al giudice interno quali siano gli elementi fattuali e giuridici rilevanti per l'applicazione delle libertà economiche di circolazione. La ricordata domanda di rinvio pregiudiziale rivolta alla Corte di giustizia dal *Juzgado Mercantil n° 3* di Barcellona conferma del resto l'estrema complessità nel qualificare correttamente tali situazioni alla luce del diritto vigente.

Da ultimo, vi sono due ulteriori considerazioni che fanno ritenere quanto mai opportuna l'adozione della comunicazione in commento da parte della Commissione. In primo luogo, essa si pone in una linea di piena coerenza con le indicazioni formulate dal Consiglio europeo e dal Parlamento europeo. Si tratta infatti di orientamenti tutti volti, in maniera esplicita, a incoraggiare, da parte del legislatore europeo, l'adozione di strumenti di regolamentazione normativa del cosiddetto «mercato

⁵⁶ Per tali considerazioni, per tutti, già U. DRAETTA, *Commento all'art. 59*, in *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, a cura di R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi, Milano 1965, p. 472.

unico digitale». In questo senso, ad esempio, risultano molto chiare le parole del Consiglio europeo che, ribadita la assoluta centralità delle tecnologie digitali quali fattori di innovazione, crescita e occupazione, fissa apertamente gli obiettivi di «affrontare la frammentazione del mercato, assicurare una regolamentazione adeguata alle esigenze future (...) creare le condizioni per favorire la crescita in tutti i settori e proteggere i nostri cittadini»⁵⁷. Esso, inoltre, concorda esplicitamente con la Commissione quando giudica necessario «rimuovere i rimanenti ostacoli alla libera circolazione delle merci e dei servizi venduti on line e far fronte alla discriminazione ingiustificata fondata sull'ubicazione geografica»⁵⁸.

Dal canto suo, il Parlamento europeo collega strettamente la realizzazione di un mercato unico digitale con la crescita di competitività dell'Unione e una migliore occupazione. Invocando una regolamentazione del commercio elettronico transfrontaliero degna della fiducia di consumatori e imprese, esso esorta poi esplicitamente la Commissione a trovare, nell'ambito dell'economia collaborativa, «un equilibrio tra la tutela dei consumatori e il conferimento di poteri a questi ultimi e, ove sia necessario un chiarimento, a garantire l'adeguatezza del quadro normativo relativo ai consumatori nella sfera digitale»⁵⁹. Ancora più chiaramente, se possibile, il Parlamento europeo constata come il *corpus* di diritto derivato astrattamente rilevante, costituito dalla direttiva sul commercio elettronico, dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali e dalla direttiva sui diritti dei consumatori (dunque i medesimi atti legislativi cui anche la Commissione fa riferimento nella propria comunicazione) «dev[e] essere attuat[o] correttamente e applicarsi tanto agli operatori commerciali che utilizzano piattaforme on line quanto agli operatori nei mercati tradizionali»⁶⁰. La Commissione appare dunque recepire tali istanze, traducendole in una comunicazione destinata, compatibilmente con le sue caratteristiche e nei limiti delle competenze di cui l'istituzione stessa dispone, a costituire una prima rilevante base para-normativa per le attività delle piattaforme di collaborazione.

In secondo luogo, avendo riguardo all'ordinamento giuridico italiano, a fronte delle indicazioni europee che ben evidenziano, se non una vera e propria urgenza, almeno l'ovvia necessità di intervenire legislativamente, fornendo altresì spunti anche sulla direzione da prendere, come pure verso quale direzione farlo, si contrappongono segnali di tenore opposto. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha in più occasioni invitato il Parlamento italiano a legiferare spingendosi anche, nei limiti delle proprie competenze, a suggerire l'adozione di una disciplina ispirata a principi di liberalizzazione (anche) di derivazione europea. Tali inviti sono tuttavia allo stato rimasti inascoltati e, del resto, dall'esame attualmente in corso in commissione parlamentare del disegno della prima «legge annuale

⁵⁷ [Conclusioni del Consiglio europeo del 25 e 26 giugno 2015](#), punto 12.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ [Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2016 sul tema “Verso un atto sul mercato unico digitale”](#) (2015/2147(INI)), punto 78.

⁶⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2016, cit., punto 70.

per il mercato e la concorrenza»⁶¹ si evince un atteggiamento quanto meno prudente del nostro legislatore in merito a una possibile riforma della disciplina del trasporto di persone non di linea in modo da renderla il più possibile adeguata (anche) alle istanze degli operatori dell'economia collaborativa. Se, infatti, in tale contesto si sono inizialmente intravisti segnali molto chiari volti a modificare il regime in vigore per permettere un concreto e disciplinato accesso al mercato anche alle imprese come *Uber*, più di recente è emersa la volontà opposta di non procedere in alcun modo a una novella legislativa della normativa in vigore⁶².

Il noto contenzioso di fronte al Tribunale di Milano fra numerose associazioni di varia natura sostenitrici delle ragioni dei Taxi e le imprese del «Gruppo *Uber*» conferma poi in maniera assolutamente significativa tutte le complessità cui si è fatto cenno. Accogliendo parzialmente, *ex art.* 700 c.p.c., le istanze cautelari a esso formulate e accertata la sussistenza di atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c., il Tribunale di Milano in composizione monocratica aveva inibito al Gruppo *Uber* l'utilizzo del servizio «UBER POP», con conseguente blocco e oscuramento del sito *internet* e dell'applicazione informatica⁶³. L'ordinanza, oggetto di reclamo da parte del Gruppo *Uber*, è stata poi confermata con un'ordinanza successiva⁶⁴ dallo stesso Tribunale di Milano in composizione collegiale.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 47 della legge n. 99/2009, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia» (in *GU* n. 176 del 31 marzo 2009, *suppl. ord.* n. 136), come noto, ogni anno (entro sessanta giorni dalla data di trasmissione della relazione annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, attesa *ex lege* entro il 31 marzo di ciascun anno) il Governo presenta (*rectius*, dovrebbe presentare) alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza. Tale legge, secondo l'art. 47, n. 1, è adottata «al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori». È pacifico, e del resto l'art. 1 del disegno di legge di cui si tratta lo ricorda esplicitamente, che tali obiettivi sono perseguiti «anche in applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza».

⁶² Numerosi sono stati gli emendamenti, rilevanti ai nostri fini, presentati nel corso dell'esame nella commissione competente (la decima, «Industria, commercio, turismo») del Senato all'(attuale) art. 52 del disegno di legge per il mercato e la concorrenza (AS.2085) recanti modifiche alla legge n. 21/1992, «legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea» (in *GU* n. 18 del 23 gennaio 1992). In particolare, essi, da un lato, affermavano la sottoposizione alla disciplina di tale legge dei cosiddetti «servizi tecnologici per la mobilità» (e, dunque, delle piattaforme di collaborazione come *Uber*), dall'altro, abrogavano l'obbligo dello stazionamento dei mezzi di trasporto all'interno delle rimesse (così, ad esempio, l'emendamento n. 52.1). Tali emendamenti sono tuttavia stati ritirati, mentre un più recente emendamento (n. 52.0.400) volto a conferire delega al Governo per la «revisione della disciplina in materia di autoservizi pubblici non di linea» è stato dichiarato inammissibile. Fra i principi e criteri direttivi di quest'ultima delega figuravano, ad esempio, l'adeguamento dell'offerta di tali servizi «ai più moderni standard tecnologici» e la regolazione della loro concorrenza nella prospettiva di assicurare più elevati standard qualitativi.

⁶³ [Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord., 25 maggio 2015.](#)

⁶⁴ Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord., 9 luglio 2015, pubblicata (quasi integralmente) in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 46 ss., con nota di A. DONINI, *Regole della concorrenza a attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, pp. 46-50.

Il nodo principale della questione sorta di fronte ai giudici milanesi, in entrambe le menzionate fasi del giudizio cautelare, attiene proprio alla qualificazione dell'attività svolta dalle imprese associate al Gruppo *Uber*. Condividendo e confermando la ricostruzione attuata dal giudice di prime cure, anche il collegio ha ritenuto infatti che si tratti di un servizio del tutto assimilabile a quello di radiotaxi, «ancorché realizzat[o] con modalità più moderne»⁶⁵. È stata così respinta in modo netto l'obiezione delle parti reclamanti volta invece a connotare le loro attività come analoghe a quelle di *car sharing* o, in ogni caso, come attività di condivisione dell'auto e del trasporto da un luogo a un altro.

Ai nostri fini, appare inoltre assolutamente significativa la circostanza che il giudice del reclamo abbia escluso la necessità di rivolgersi, *ex art.* 267 TFUE, alla Corte di giustizia, come invece richiesto dalle imprese del Gruppo *Uber*. Prescindendo in questa sede dal merito delle valutazioni condotte dal Tribunale di Milano sull'applicabilità al caso *de quo* delle norme del TFUE sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi⁶⁶, preme evidenziare come a convincere il collegio a non disporre il rinvio pregiudiziale sia stata essenzialmente la qualificazione giuridica da questo formulata delle attività svolte dalle società reclamanti. Secondo i giudici milanesi, escluso che tali imprese svolgano un vero e proprio servizio di trasporto, la predisposizione della *App*, con cui mettere in contatto la domanda e l'offerta dei servizi di trasporto locale, le equipara, come detto, al servizio di radiotaxi in uso da molto tempo. Non rileverebbe, infatti, constatare che quest'ultimo, a differenza di quello offerto da *Uber*, impiega risorse umane perché ciò che conta è la natura del servizio concretamente prestato «tramite gli addetti al *call center* ovvero tramite l'algoritmo di cui si avvale l'*App* di *Uber*»⁶⁷. Su tali basi si perviene alla conclusione – del tutto logica – per cui il mancato rispetto delle disposizioni in vigore, applicate ai taxi, da parte delle imprese della piattaforma *Uber*, assimilate ai primi secondo il Tribunale di Milano, configura un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'ordinamento italiano. È perciò evidente, da un lato, come assuma un valore decisivo la qualificazione delle attività svolte dalla piattaforma di collaborazione, come pure, dall'altro, che sui passaggi argomentativi (i veri e propri snodi essenziali del ragionamento) affrontati dai giudici milanesi la comunicazione dedicata all'agenda digitale avrebbe sicuramente inciso in modo determinante.

Se, in definitiva, le istituzioni dell'Unione dimostrano in modo inequivoco la necessità di procedere direttamente e nel modo più coerente possibile con i principi dell'ordinamento dell'Unione

⁶⁵ Trib. Milano, ord., 9 luglio 2015, cit., punto 4.3.

⁶⁶ In estrema sintesi, il Tribunale di Milano esclude, invero con una certa superficialità, che gli artt. 49 e 56 TFUE possano venire in rilievo in quanto la legislazione italiana applicabile alla causa non creerebbe alcuna discriminazione a danno di cittadini di altri Stati membri. In senso ugualmente negativo è risolto il dubbio, posto dalle società reclamanti, circa l'eventuale incidenza sul giudizio delle norme *antitrust* dell'Unione che si limitano a dettare «principi di portata assolutamente generale in tema di concorrenza, che non possono prevalere rispetto alle ragioni di sicurezza dei cittadini e dei consumatori in genere (molti sono gli stranieri che si possono avvalere del servizio *Uber*, soprattutto in periodo di Expo)» (Trib. Milano, ord., 9 luglio 2015, cit., punto 4.7).

⁶⁷ Trib. Milano, ord., 9 luglio 2015, cit., punto 4.3.

(in particolare con il diritto del mercato interno) alla disciplina delle attività e degli operatori dell'economia collaborativa e, allo stato, la Commissione europea è intervenuta con atto che, sia pure di *soft law*, innegabilmente rappresenta un rilevante (e quanto mai opportuno) punto fermo per fornire necessarie chiavi di interpretazione e adeguamento della normativa vigente, il legislatore italiano non pare curarsi troppo di fornire alle piattaforme di collaborazione un regime certo e adeguato alle loro istanze. Una tale indifferenza desta senz'altro qualche perplessità, finanche preoccupazione in termini di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento laddove si consideri che il descritto contenzioso che ha visto opporsi i taxi a *Uber* avrebbe probabilmente avuto un esito differente se la citata comunicazione fosse stata adottata prima che le istanze cautelari fossero state rivolte al Tribunale di Milano. Applicando i criteri suggeriti dalla Commissione al fine di delineare in maniera corretta il rapporto intercorrente fra la piattaforma di collaborazione e il prestatore del servizio sottostante e, per tale via, qualificare giuridicamente la natura del servizio offerto dalla prima, infatti, i giudici italiani non avrebbero forse concluso che «i drivers e il gestore dell'App costituiscono un sistema integrato (gli uni non potrebbero operare senza l'altra e viceversa) idoneo a rendere il servizio [...] così complessivamente strutturato e fornito, che si pone in concorrenza con il trasporto pubblico dei taxi»⁶⁸.

In ogni caso, se l'attesa sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi dal *Juzgado Mercantil n° 3* di Barcellona su questioni, come ricordato, sostanzialmente identiche a quelle affrontate dalla Commissione e decise dai giudici milanesi, confermerà l'approccio dell'esecutivo dell'Unione, un intervento (anche) del nostro legislatore diverrà di fatto necessario. È tuttavia facile prevedere che qualora anche i giudici di Lussemburgo riconducessero i servizi delle piattaforme di collaborazione nell'ambito di applicazione della direttiva sui servizi e della direttiva sul commercio elettronico, essi devolvrebbero però in concreto al giudice nazionale l'applicazione definitiva dei principi di proporzionalità e di adeguatezza necessari per sancire la compatibilità o contrarietà al diritto dell'Unione del diritto interno in rilievo. In un tale scenario, il più volte evocato principio di certezza del diritto, oltre che, ovviamente, l'esigenza di prevenire probabili future procedure di infrazione, renderebbero ancor più indifferibile quel da più parti auspicato ma finora frenato intervento legislativo riformatore.

⁶⁸ Trib. Milano, ord., 9 luglio 2015, cit., punto 4.5.

EU Citizenship and Protection of Social Rights in the Court of Justice case-law

Cinzia Peraro

Abstract

This paper aims at analysing the fundamental freedom of movement of workers and the protection of social rights in the light of the recent EU Court of Justice case-law. The arising question is whether fundamental social rights may assume the same hierarchical level as general principles when a balancing test is exercised within the assessment of compatibility of national measures with EU law.

EU Citizenship and Protection of Social Rights in the Court of Justice case-law

Cinzia Peraro*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Free movement of workers. – 3. Protection of social rights in the Court of Justice case-law. – 4. Final considerations.

1. Introduction.

This paper aims at analysing the fundamental freedom of movement of workers and the protection of social rights in the light of the recent EU Court of Justice case-law. The arising question is whether fundamental social rights may assume the same hierarchical level as general principles when a balancing test is exercised within the assessment of compatibility of national measures with EU law.

The definition of EU citizenship and the codification of rights granted to EU citizens are covered by the Treaties, namely by Article 9 TEU, Article 18 ff. TFEU and Chapter V of the EU Charter of Fundamental Rights. EU citizens can freely move across the Union in order to work or look for a job or establish their place of work in one Member State different from the one of origin, where they can enjoy the rights granted by the EU. Indeed, EU citizenship creates rights upon EU citizens and therefore could be defined as a “comunidade de direitos”¹.

Nowadays, the free movement of citizens became a core issue within the debates on present threats and challenges that the EU is facing, amongst which the EU immigration policy that is not only linked to the free movement of persons, but also to the underlying process of integration. In general, a more positive approach should be welcomed when addressing current issues.

2. Free movement of workers.

Originally, the four fundamental freedoms were established with the aim of increasing and developing the European internal market and workers were granted rights abroad. The Union offered workers the possibility to move across Member States in order to provide their services or capabilities or establish their place of work. Then, the personal dimension was considered, and individual rights

*PhD student in European Union Law at the Law Department of the University of Verona.

¹ Alessandra Silveira, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”, in *Direito da União Europeia. Elementos de direito e políticas da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe (eds.), Coimbra, 2016, 17-72, spec. 24, 26.

were recognised, such as the right to family reunification. Thus, the free movement of workers should not be seen in macroeconomic terms, that is to say linked to the development of the internal market, but rather as a personal freedom to choose the country in which citizens want to work.²

With specific regard to workers,³ according to Article 45 TFEU, no restrictions or different treatment regarding employment, remuneration or other work conditions may be imposed on the basis of the nationality of those citizens who want to work abroad. The free movement can be qualified as an individual right which, on the one hand, contributes to the development of the single market and, on the other hand, has a social dimension that implies the integration of EU citizens in the host Member State.⁴

Legislative actions were adopted by the European institutions with the specific purpose to protect workers' rights across Europe. Firstly, the Directive 96/71/EC⁵ concerning the posting of workers in the framework of the provision of services established a core set of terms and conditions of employment which are required to be complied with by the service provider in the Member State to which the posting takes place to ensure the minimum protection of the posted workers concerned. As referred to in its first recital, the abolition of obstacles to the free movement of persons and services constitutes one of the objectives of the Community pursuant to Article 3 (c) of the Treaty. Indeed, the ultimate goal of the Directive was to enhance the economic dimension of the European market by protecting persons enjoying their right to freely move.

In 2012, a legislative proposal for a regulation on the exercise of the right to take collective action⁶ was suggested, but then rejected by national parliaments considering its legal basis not valid. The proposed regulation addressed the need to respect the exercise of the right to collective action as a mean to effectively protect workers' interests and rights.

² Päivi Johanna Neuvonen, "Equal Citizenship and Its Limits in EU law: We the burden?", Oxford, 2016, 44.

³ The beneficiaries of the freedom to move are not described in the EU law, but a clarification has been provided by the CJEU, according to which migrant worker can be "any person who undertakes genuine and effective work for which he/she is paid under the direction of someone else": see Raúl Trujillo Herrera, "Free Movement of Workers in Times of Crisis. Some Observations", in *Citizenship and Solidarity in the European Union. From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of the Art*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe (eds.), 2013, 117-124, 119.

⁴ Herrera, "Free Movement of Workers in Times of Crisis", 118.

⁵ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 018, 21.01.1997, pp. 1–6.

⁶ Proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services, COM(2012)130 final, Brussels, 21 March 2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2012:0130:FIN>.

Then, in 2014 the adoption of the Posting of Workers Enforcement Directive⁷ intervened in order to ensure compliance with the Directive 96/71. It addressed the need to clearly identify the category of posted workers by establishing mechanisms of control undertakings. It also provided that posted workers could also look for effective protection before the courts pursuant to its Article 11, jointly with its recital 34. Indeed, “adequate and effective implementation and enforcement are key elements in protecting the rights of posted workers and in ensuring a level-playing field for the service providers”.⁸

In cross-border social-labour contexts, EU actions appear to be appropriate in accordance with the principle of subsidiarity. However, not only the protection of posted workers and the safeguarding of minimum work conditions are involved.

As affirmed in the *Laval* quartet judgments⁹, the exercise of social rights is subject to the balancing test with economic fundamental freedoms. Having regard to the Court of Justice case-law, the following considerations may be pointed out.

3. Protection of social rights in the Court of Justice case-law.

Social rights as fundamental rights are enshrined in the Charter, in particular in its Chapter IV titled “Solidarity”. Their nature could be clearly affirmed thanks to its acknowledgment in international and European instruments¹⁰ and the legally binding regime recognised to the Charter by the Lisbon Treaty. However, the Charter does not prevail upon the Treaties, thus the rights included are to be balanced with the Treaties provisions on general principles or objectives, such as the provisions on fundamental freedoms. This is the case of social rights and the economic freedoms. Indeed, some obstacles hamper the exercise of the fundamental freedoms and the enforcement of social rights.¹¹

⁷ Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System (‘the IMI Regulation’), OJ L 159, 28.5.2014, pp. 11–31.

⁸ Recital 16 of the Directive 2014/67.

⁹ ECJ (Grand Chamber), Judgment of 11 December 2007, Case C-438/05, *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772; (Grand Chamber), Judgment of 18 December 2007, Case C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809; Judgment of 3 April 2008, Case C-346/06, *Dirk Ruffert v Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2008:189; Judgment of 19 June 2008, Case C-319/06, *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg*, ECLI:EU:C:2008:350.

¹⁰ Cinzia Peraro, “Right to collective action in cross-border employment contexts: a fundamental social right not yet covered by EU private international law”, in *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 2, No. 2, June 2016, 20 – 34.

¹¹ Herrera, “Free Movement of Workers”, 123.

From a broad point of view, a question of compatibility of national measures with EU primary law arises when dealing with the protection of fundamental rights in social-labour contexts.

Fundamental rights should be reconciled with the requirements of the Treaty and in accordance with the principle of proportionality, as stated in 2003 *Schmidberger*¹² and 2004 *Omega*¹³ judgments. The Court held that “the protection of fundamental rights is a legitimate interest which, in principle, justifies a restriction of the obligations imposed by Community law, even under a fundamental freedom guaranteed by the Treaty”.¹⁴ Therefore, Member States are obliged to respect fundamental rights when establishing restrictions to fundamental economic freedoms, which possibility is provided in the Treaty.

The finding ruled by the Court of Justice in *Viking* and *Laval* cases of 2007 concerned the balancing of the protection of social rights with the fundamental freedoms related to the internal market. If granting the exercise of social rights leads to the malfunctioning of the market, those rights are not to be exercised. In this context, the economic dimension of the EU prevailed on workers’ rights. Nevertheless, for the first time the Court recognised the right to collective action as a fundamental social right.¹⁵ In its reasoning, the Court actually held that the aim of the fundamental right to collective action clashes directly with a free movement provision.¹⁶ Given that the right to strike aims at protecting workers’ interests, it stated that it pursued public interests. Public interests are considered as an exception to fundamental freedoms, whose interpretation need to be strict.¹⁷ Specifically, the Court observed that “the right to take collective action for the protection of workers is a legitimate interest which, in principle, justifies a restriction of one of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty and that the protection of workers is one of the overriding reasons of public interest recognised by the Court”.¹⁸

However, Member States should in any case comply with EU law when exercising competences resting on them.¹⁹ Indeed, the Court also pointed out that “even if, in the areas which fall outside the scope of the Community’s competence, the Member States are still free, in principle, to lay down the

¹² ECJ, Judgment of 12 June 2003, Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:333.

¹³ ECJ (First Chamber), Judgment of 14 October 2004, Case C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁴ Judgment *Schmidberger*, para. 74; Judgment *Omega*, para. 35.

¹⁵ Judgment *Viking*, para. 44; Judgment *Laval*, para. 91.

¹⁶ Vasiliki Kosta, “Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation”, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 221.

¹⁷ See also Judgment *Commission v Luxembourg*, para. 30: “the public policy exception is a derogation from the fundamental principle of freedom to provide services which must be interpreted strictly”.

¹⁸ Judgment *Viking*, para. 77; Judgment *Laval*, para. 103. See Leite, “Artigo 28”, 355-359.

¹⁹ Kosta, “Fundamental Rights”, 220.

conditions governing the existence and exercise of the rights in question, the fact remains that, when exercising that competence, the Member States must nevertheless comply with Community law”.²⁰

In the social context (not related to the right to collective action) other judgments were delivered by the Court where it addressed the question of compatibility of national measures with EU general principles.

In *Spezzino* case²¹, and similarly in *CASTA* judgment²² (both concerning the compatibility of the Italian legislation authorising regional health authorities to entrust medical transport activities to registered voluntary associations), the Court admitted that Member States can exercise their power in the area of health care, meanwhile they may not introduce or maintain unjustified restrictions on the exercise of fundamental freedoms. When testing the compliance of a prohibition, the fact that the health and life of humans rank foremost among the assets or interests protected by the Treaty must be considered and Member States may decide on the degree of protection which they wish to afford to public health and on the way in which that degree of protection is to be achieved.²³ Therefore, national measures could be legitimate only if they pursue EU general principles and they do not constitute an abuse of rights.²⁴

It is of interest looking at certain decisions in the area of economic governance. The Court faced the question of its competence on the assessment of national measures adopted within the stability mechanism (MES), which are functionally close to the economic and monetary union policy, but substantially they are not included in the EU law scope and cannot be subject to the Court

²⁰ Judgment *Viking*, para. 40.

²¹ ECJ, Judgment of 11 December 2014, Case C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» and Others v San Lorenzo Soc. coop. sociale and Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ECLI:EU:C:2014:2440.

²² ECJ, Judgment of 28 January 2016, Case C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) and Others v Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) and Regione Piemonte*, ECLI:EU:C:2016:56.

²³ Judgment *Spezzino*, para. 56.

²⁴ Judgment *Spezzino*, para. 62; Judgment *CASTA*, para. 65: “Having regard to the general principle of EU law on the prohibition of abuse of rights, the application of that legislation cannot be extended to cover the wrongful practices of voluntary associations or their members. Thus, the activities of voluntary associations may be carried out by the workforce only within the limits necessary for their proper functioning. As regards the reimbursement of costs, it must be ensured that profit making, even indirect, cannot be pursued under the cover of a voluntary activity and that volunteers may be reimbursed only for expenditure actually incurred for the activity performed, within the limits laid down in advance by the associations themselves”. See also Peraro, “Right to collective action”, 33; Davide Diverio, “Il ruolo degli Stati nella definizione del modello sociale europeo”, in *Studi sull'integrazione europea*, X (2015), 515-545.

jurisdiction.²⁵ In other terms, such adopted measures are not subject to the control of compatibility with fundamental rights protected by the Charter in accordance with its Article 51.²⁶

It could be argued that, however, it seems illogical that when Member States are acting under the economic and monetary union they are obliged to respect fundamental rights, while when applying the MES they are not. Both of the policies are aimed at safeguarding the economic dimension of the Union and even if the MES is an international agreement all Member States should exercise their power in accordance with their constitutional traditions, that in the end are strictly connected to general principles and fundamental rights set forth in the EU primary law. The Court seemed to have implicitly avoided to deal with the compatibility of economic measures under the MES and fundamental rights.²⁷

4. Final considerations.

In the light of the foregoing, it could be asserted that even if rights are provided in EU law, still some questions arise related to their protection and enforcement. The case of posted workers is symbolic in this sense: although minimum standards are imposed upon Member States by EU Directives, some difficulties in effectively defend their interests are registered. The question of compatibility with EU law, EU general principles and fundamental rights is the overwhelming issue in relation to the protection of social rights. The hope is that the Court will try to declare its jurisdiction upon national measures that pursue EU objectives even if adopted within non-EU exclusive powers.

²⁵ Peraro, “Right to collective action”, 27; see also ECJ, Order of 7 March 2013, Case C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte and Others v BPN - Banco Português de Negócios SA*, ECLI:EU:C:2013:149.

²⁶ Francesco Munari, “Da Pringle a Gauweiler: I tormentati anni dell’unione monetaria e i loro effetti sull’ordinamento giuridico europeo”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, Fascicolo 4, 2015, 723 – 755, 741.

²⁷ Munari, “Da Pringle a Gauweiler”, 742-743.