

LE COOPERATIVE E LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI CLASS ACTION

ROMA, 11 MARZO 2010

ATTI DEL SEMINARIO



INDICE

Premessa	pag. 3
Apertura lavori	
Giorgio BERTINELLI VICE PRESIDENTE DI LEGACOOOP	4
Relazione introduttiva	
Mauro IENGO RESPONSABILE DELL'UFFICIO LEGISLATIVO DI LEGACOOOP	5
Relazioni	
Prof. Andrea ZOPPINI FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITÀ DI ROMA TRE	6
Prof. Luigi PROSPERETTI FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITÀ DI MILANO	10
Avv. Ferdinando EMANUELE CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP	15
Dibattito	23
Conclusioni	
Giorgio BERTINELLI VICE PRESIDENTE DI LEGACOOOP	34
Nota in materia di Class Action di cui alla disciplina contenuta nella Legge 99/2009	35
<i>Premessa</i>	35
<i>I diritti individuali omogenei: soggetti abilitati ad avviare un'azione di classe</i>	36
<i>I diritti tutelati</i>	38
<i>L'adesione alla azione di classe</i>	41
<i>I giudici competenti</i>	42
<i>Il pubblico ministero</i>	43
<i>Inammissibilità della domanda</i>	43
<i>Ammissione dell'azione di classe</i>	46
<i>L'intervento dei terzi</i>	46
<i>Aspetti procedurali</i>	47
<i>La sentenza di condanna</i>	47
<i>Ruolo della Corte d'Appello</i>	48
<i>Effetti della sentenza definitiva</i>	48
<i>Entrata in vigore</i>	49

Premessa

Questa pubblicazione contiene gli atti del Convegno “*Le cooperative e la riforma della disciplina in materia di class action*”, svoltosi l’11 marzo 2010 a Roma, presso la sede di Legacoop.

L’iniziativa, promossa da Legacoop in collaborazione con Ancd-Conad, Coop-Ancc, Ancpl-Legacoop, Fimiv, Legacoop Abitanti, Legacoop Agroalimentare, Legacoop Servizi, si è tenuta a poche settimane dall’entrata in vigore della riforma legislativa ed ha dato l’opportunità di esaminare un argomento al quale sono potenzialmente interessate le imprese cooperative di molti settori di attività.

Il convegno, aperto e concluso da **Giorgio Bertinelli**, Vicepresidente di Legacoop, e introdotto dalla relazione di **Mauro Iengo**, Responsabile Ufficio Legislativo di Legacoop, ha visto la partecipazione del Prof. **Andrea Zoppini**, Università Roma Tre, Facoltà di Giurisprudenza; del Prof. **Luigi Prosperetti**, Università Statale di Milano, Facoltà di Giurisprudenza; dell’Avv. Ferdinando Emanuele, Cleary Gottlieb Steene & Hamilton LLP. I relatori hanno approfondito le tematiche concernenti le difese economiche e giuridiche dell’impresa convenuta in giudizio da una class action.

Apertura lavori

Giorgio BERTINELLI

VICE PRESIDENTE DI LEGACOOP

Questo incontro dedicato alla riforma della disciplina delle “azioni di classe”, meglio note come class action, è stato promosso da Legacoop perché siamo convinti che si tratti di un tema particolarmente importante in quanto regolatore –almeno in parte- del rapporto tra il sistema delle imprese e i cittadini consumatori e utenti.

Abbiamo potuto realizzare questa iniziativa grazie alla collaborazione delle Associazioni nazionali di rappresentanza settoriale di Legacoop, che hanno anche contribuito a definire i contorni delle problematiche concernenti le rispettive cooperative aderenti.

Ora, in quanto rappresentanti di imprese, seppur peculiari e con grande sensibilità verso gli interessi e i bisogni degli utenti e dei consumatori, non possiamo ignorare un tema di questa portata, anche perché sarebbe ipocrita sostenere che l'introduzione delle azioni di classe non susciti qualche preoccupazione in parte del movimento cooperativo.

La complessità del problema è tale da richiedere approfondimenti di particolare pregio ed è per questo che abbiamo invitato il Prof. Andrea Zoppini (Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma Tre), il Prof. Luigi Prosperetti (Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano) e l'Avv. Ferdinando Emanuele (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP). Svolgeranno una relazione introduttiva sulla nuova disciplina e risponderanno alle nostre sollecitazioni, che spero saranno molte. Ma prima di dare la parola ai nostri ospiti, chiedo a Mauro Iengo (responsabile dell'Ufficio legislativo di Legacoop) di introdurre l'argomento.

Relazione introduttiva

Mauro IENGO

RESPONSABILE DELL'UFFICIO LEGISLATIVO DI LEGACOOP

Grazie Giorgio, la mia sarà un'introduzione molto breve. Voglio innanzitutto richiamare le tre **finalità di carattere generale** cui prevalentemente si ispirano le normative in materia di class action:

- rendere effettivo il diritto di difesa per quei soggetti danneggiati che altrimenti non avrebbero alcuno stimolo ad agire in via individuale a causa dei costi elevati del giudizio rispetto al beneficio atteso (le cd small claims);
- razionalizzare il contenzioso seriale (più cause in un'unica sede);
- risolvere l'eventuale fallimento della regolazione pubblica (con particolare riferimento alle Autorità indipendenti).

Come accennava Bertinelli, parte del movimento cooperativo ha espresso qualche preoccupazione di fronte ai potenziali effetti dell'introduzione delle azioni di classe.

Tuttavia, dalle prime valutazioni che sono state rivolte alla nuova legge, il testo sembra compiere scelte - riguardo ai soggetti abilitati ad avviare la AC e alle fattispecie che possono innescarla - il cui esito finale è quello di rendere meno agevole il ricorso alle AC, con ciò assecondando le esigenze a suo tempo espresse da gran parte del sistema imprenditoriale italiano.

Il percorso che i consumatori e gli utenti debbono compiere per giungere al risarcimento dei danni subiti sembra una sorta di campo minato:

- l'adesione di un soggetto all'azione di classe comporta la sua rinuncia ad ogni azione risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo;
- il tribunale decide sull'ammissibilità della domanda di azione di classe, che però può essere manifestamente infondata, presentare conflitto d'interessi, essere proposta da soggetti titolari di diritti non identici o che non curino adeguatamente l'interesse della classe di danneggiati;
- in caso di pronuncia di inammissibilità della domanda, il tribunale può condannare il proponente alla liquidazione delle spese per lite temeraria;
- se la domanda è ammessa, occorre darne pubblicità (con le spese che questo comporta) al fine di consentire a tutti gli interessati di aderire all'azione di classe;
- si prevede una specifica competenza per materia e una specifica competenza per territorio (non in tutti i tribunali si possono presentare le domande di azione di classe) e un potere discrezionale del giudice nel fissare le regole e le fasi processuali e persino le preclusioni.

Ora, a fronte di tutti questi ostacoli, possiamo stare tranquilli? È proprio vero che la nuova disciplina sia così favorevole alle imprese? O non è il caso di studiarla approfonditamente? Ovviamente, siamo per questa ultima ipotesi, per consentire alle nostre cooperative di avere tutti gli strumenti necessari per comprendere ed eventualmente difendersi. Si tratta di ridurre al minimo il rischio di subire un'azione di classe. Aggiungerei però la necessità da parte delle cooperative di cogliere l'occasione anche per perfezionare i rapporti con i soci o gli stakeholders, non dimenticando che -come diceva Bertinelli- la nostra missione è quella di essere attenti alle esigenze degli utenti e dei consumatori, soprattutto se soci.

Cedo allora volentieri la parola ad Andrea Zoppini per il primo intervento.

Relazioni

Prof. Andrea ZOPPINI

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITÀ DI ROMA TRE

Vorrei in primo luogo ringraziare la Legacoop per avermi invitato a ragionare su un tema, quello dell'azione di classe, che ha ancora necessità di essere approfondito in molti suoi aspetti.

La disciplina è recentissima e ovviamente vi sono rarissimi precedenti che possano orientare le nostre riflessioni. Intendo pertanto offrirvi, in questo mio primo intervento, valutazioni di carattere generale, sottolineando quanto già accennato da Mauro Iengo. Siamo infatti di fronte ad uno strumento dedicato a soggetti "deboli", che non avrebbero interesse o capacità ad agire in via giudiziale per tutelare i loro diritti contrattuali, su materie peraltro complesse come quelle che caratterizzano il rapporto tra consumatori, le imprese della distribuzione commerciale e/o i produttori ovvero quelle che riguardano i rapporti concorrenziali e le pratiche commerciali scorrette.

Il semplice richiamo delle finalità di carattere generale e delle materie sulle quali insiste l'azione di classe rende piuttosto agevole sostenere che le cooperative non possano dichiararsi immuni da tale strumento, anche considerando il rapporto speciale –societario e mutualistico - che intercorre tra le stesse e le rispettive basi sociali. Qualche preliminare riflessione può quindi servire per inquadrare, almeno parzialmente, alcuni profili di impatto che più specificamente riguardano i settori economici in cui operano le cooperative iscritte alla Legacoop.

Indubbiamente, il livello di coinvolgimento non è eguale per tutte le cooperative. Invero, la scelta di una standardizzazione delle situazioni giuridiche che possono sfociare in un'azione collettiva se, da un lato, impone una maggiore attenzione ai soggetti che operano nel *mass market*, dovrebbe al tempo stesso rendere meno esposta la posizione di cooperative quali, ad esempio, quelle di produzione e lavoro. È, in un certo senso, la condizione che potrebbe vivere il segmento industriale delle imprese lucrative, probabilmente meno interessato di quanto lo potrebbero essere i settori delle *utilities* (si pensi, ad esempio, a quelle telefoniche o energetiche) o, ancora, il segmento bancario per i rapporti con la clientela. E in effetti, se si guarda alle prime azioni collettive già proposte, si osserva come queste riguardino proprio i rapporti banca-cliente (anche se altre azioni sono state recentemente annunciate, tra le quali, ad esempio, una riguardante un noto marchio di *software*).

Non meno interessante è la terminologia impiegata dal legislatore nelle diverse versioni in cui è stata emanata la disciplina: azione di classe, azione collettiva, azione collettiva risarcitoria. Al riguardo, non è senza significato constatare che, nel passaggio dal governo Prodi al governo Berlusconi, l'azione collettiva ha cambiato nome, passando da "azione collettiva risarcitoria" ad "azione di classe." Al di là della modifica semantica – riconducibile, forse, ad un tentativo di traduzione dell'espressione anglofona "*class action*" – è possibile individuare una rilevante differenza tra il primo e il secondo modello.

Infatti, l'originaria formulazione dell'art. 140-*bis* del codice del consumo traeva origine dal disegno di legge di accompagnamento al d.l. Bersani sulla tutela del cittadino consumatore e, raccogliendo elaborazioni ancora precedenti, prevedeva un modello di azione risarcitoria in cui, nella sostanza, l'associazione dei consumatori, esponente degli interessi collettivi, era l'unico soggetto legittimato ad agire.

Al contrario, nel modello oggi in vigore - di taglio più individualista e più coerente, forse, con il modello anglosassone - l'azione può essere proposta da qualsiasi soggetto danneggiato. La

disciplina non esclude che questo soggetto possa essere rappresentato eventualmente anche da un'associazione di consumatori, ma, di fatto, è il danneggiato stesso che agisce a tutela di un interesse proprio. Solo quando l'azione abbia superato il vaglio di ammissibilità del giudice, ad essa possono aderire tutti i soggetti che abbiano subito un analogo danno come conseguenza del medesimo illecito.

Ciò dimostra che espressioni quali "azione collettiva risarcitoria", "azione di classe" o "*class action*", sebbene tendenzialmente utilizzate in modo promiscuo, nel breve spazio degli ultimi tre anni sono state invece applicate per fare riferimento a modelli di organizzazione tra loro non equiparabili.

Per inquadrare il fenomeno, vorrei allora provare a rispondere ad alcune domande. In particolare mi concentro su tre problemi di fondo.

Il primo, già anticipato da Mauro Iengo, riguarda l'obiettivo che il legislatore ha inteso perseguire nell'introdurre questo tipo di azione.

La seconda domanda che vorrei porre è in cosa un'azione collettiva, di classe, si distingue da un'azione normale. Esemplicativamente, il consumatore che compra un prodotto adulterato, posto che questo prodotto sia stato venduto a un numero imprecisato di soggetti, ha oggi la possibilità di scegliere se promuovere una normale azione risarcitoria o, invece, un'azione di classe. Ebbene, tra queste due azioni ci sono in realtà delle differenze che personalmente ritengo molto importanti.

Il terzo profilo su cui mi vorrei intrattenere, visto il suo rilevante impatto operativo nell'organizzazione delle imprese, riguarda l'estensione oggettiva dell'azione di classe. Nel vecchio testo dell'articolo 140-bis, riformato ancor prima di entrare in vigore, l'ambito delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili era tendenzialmente molto ampio. Al contrario, il nuovo testo opta per una tipizzazione delle fattispecie che possono giustificare un'azione collettiva.

(i) Partiamo dal primo punto: perché abbiamo un'azione collettiva risarcitoria?

Direi che ciò che il legislatore ha voluto risolvere è un tipico problema di asimmetria nel rapporto tra grande impresa, in particolare quella che opera nel *mass market*, e singolo consumatore. Asimmetria che, come è noto, si riflette nella capacità della grande impresa di imporre condizioni contrattuali e che, inevitabilmente, finisce per riverberarsi anche sul piano del contenzioso. Il tema concerne quindi le prospettive di tutela rispetto ai microilleciti che originano dalle attività di consumo. Il consumatore non ha un significativo interesse ad agire quando subisce un illecito quantificabile in poche decine di euro; viceversa, le imprese spesso lucrano in maniera significativa sulla razionale scelta dei danneggiati di rimanere apatici di fronte ad un danno "modesto". Si comprende agevolmente, quindi, come un'azione di classe abbia una finalità che trascende l'interesse specifico del singolo a ottenere il risarcimento danno.

L'altro obiettivo fondamentale dell'azione collettiva risarcitoria è quello di risolvere problemi di razionalizzazione del contenzioso collettivo. Credo che tutti voi ricorderete la vicenda del *black out* che colpì la rete elettrica nazionale nel 2003. Ebbene, quella vicenda è per certi aspetti emblematica, perché l'ENEL si è trovata a dover versare, per onorari e spese di giustizia, somme molto più elevate di quelle che avrebbe corrisposto se avesse semplicemente riconosciuto quanto veniva chiesto dai cittadini ai giudici di pace. Razionalizzare il contenzioso collettivo significa quindi poter risolvere, con una sola causa, una pluralità di contenziosi che altrimenti si aprirebbero simultaneamente nelle corti di giustizia italiane.

Un ultimo aspetto riguarda, naturalmente, il rapporto dell'azione di classe con le istanze della regolazione pubblica. Volendo proporre una riflessione di sintesi sulla funzione di un'azione collettiva risarcitoria, sembra allora possibile inquadrarla come uno strumento di pressione

sull'impresa, attuato attraverso la predisposizione di meccanismi volti a rendere concretamente "giustiziabili" diritti che altrimenti rimarrebbero inerti. In questa stessa prospettiva si giustifica peraltro il grande interesse pratico del dibattito, che ha impegnato a lungo gli addetti ai lavori, sulla retroattività dell'azione collettiva risarcitoria.

Quanto detto è, a mio parere, un punto che deve richiamare l'attenzione delle imprese, che per effetto di tale strumento si trovano evidentemente a fare i conti con un livello di contenzioso che prima avrebbero probabilmente considerato "immaterial", non rilevante. Esemplicativamente, nessuna impresa poteva in passato prevedere di poter essere effettivamente convenuta in giudizio per i pochi euro che, magari per sbaglio, venivano addebitati in un estratto conto. Non è forse un caso, quindi, che, con riferimento ai recenti tentativi di scalate bancarie, le provviste necessarie fossero state realizzate proprio attraverso un sovra-addebito di minimi costi fittizi ad ogni singolo correntista.

(ii) Il secondo punto su cui mi pare opportuno richiamare l'attenzione concerne la differenza intercorrente tra un'azione ordinaria e un'azione collettiva. Questo argomento sarà ulteriormente chiarito nelle relazioni che seguono; mi limito allora a mettere in luce, in modo molto sintetico, un aspetto particolare.

In un'azione ordinaria i diritti in gioco sono essenzialmente quelli delle parti in causa; l'attore assume di aver subito un danno, il convenuto si difende spiegando le proprie eccezioni e difese. Al contrario, un'azione collettiva - una volta ritenuta ammissibile dal giudice e adeguatamente pubblicizzata - crea un generalizzato affidamento in tutti i soggetti che hanno (o che ritengono di aver) subito il medesimo illecito. In sostanza, attraverso questo meccanismo processuale vengono tutelati anche i diritti di quei consumatori e utenti che, aderendo senza ministero di difensore, potranno comunque utilizzare a proprio favore la sentenza emessa dal giudice. L'azione collettiva non incide quindi esclusivamente sugli interessi individuali dei soggetti che instaurano il giudizio, o che vi sono convenuti, ma anche su quelli di un insieme (*recitius*: di un classe) di persone che, in quanto assumono di aver subito il medesimo danno, possono beneficiare dell'azione medesima.

Si possono quindi comprendere alcuni corollari di sicura rilevanza, tra i quali segnalo la previsione concernente l'intervento del pubblico ministero, evidentemente chiamato a vagliare, secondo i principi dettati dall'art. 140-bis, l'idoneità del soggetto a promuovere l'azione e l'assenza di conflitti di interesse. Tutti profili, questi, che in un'azione normale non rilevano affatto. Alla luce di queste considerazioni, ritengo allora che sia stata una scelta saggia quella di aver concentrato in pochi tribunali italiani la competenza a valutare le azioni collettive. La specializzazione dei giudici sarà un elemento fondamentale, non tanto per evitare che le azioni collettive abbiano successo, ma per conseguire esattamente il contrario e cioè che abbiano successo solo quando le relative cause siano veramente fondate e ci siano sufficienti ragioni di accoglimento.

(iii) Da ultimo, vorrei concentrarmi sulla tipizzazione delle fattispecie di illecito a fronte delle quali l'azione di classe può essere promossa. In particolare, ai sensi del comma 2 dell'art. 140-bis, l'azione tutela: (a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in una situazione identica; (b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; (c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Il problema con cui l'interprete si deve confrontare è quello di comprendere se, e in quale misura, queste ipotesi identifichino fattispecie tassative volte ad autorizzare l'azione. È chiaro che in questa fase, in assenza di pronunce giudiziali, è difficile fare pronostici; credo tuttavia che anche con riguardo a tale questione sia necessario ricordare che, per le ragioni che ho prima illustrato, l'azione di classe è qualcosa di diverso da un'azione ordinaria.

In particolare, l'azione di classe non può essere interpretata come espressione dell'inviolabile diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost., rappresentando invece uno strumento straordinario, fondato su una logica autonoma in base alla quale chi aderisce all'azione, pur non essendo attore, può beneficiare degli effetti di una sentenza pronunciata nei confronti del convenuto.

Ebbene, se è vero che l'azione collettiva (o di classe) è qualcosa di profondamente diverso da un'azione ordinaria, questo implica che spetta esclusivamente al legislatore stabilire quali sono le situazioni giuridiche soggettive per le quali è possibile agire attraverso questo strumento processuale. In altre parole, la scelta di quali siano le situazioni da tutelare non è rimessa all'interprete e la tipizzazione delle fattispecie, a mio parere, non può essere oggetto di interpretazione estensivo-analogica.

Una simile tesi, a ben vedere, può apparire alle imprese come più tranquillizzante per ciò che concerne ipotesi che riguardano i contratti di massa conclusi ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. (condizioni generali di contratto, moduli e formulari, ecc.) o i danni da prodotto. Viceversa, residua uno spazio di possibile apertura interpretativa delle fattispecie in relazione alle pratiche commerciali scorrette, definite – come illustrerò diffusamente il professor Prosperetti – attraverso una clausola generale che individua un mero comportamento lesivo dei diritti dei consumatori.

Con questo ho concluso. Ringrazio ancora per l'invito e per questa occasione di confronto e, naturalmente, sono pronto, alla fine delle relazioni, ad affrontare più specificamente i problemi che emergeranno dal dibattito.

Prof. Luigi PROSPERETTI

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITÀ DI MILANO

Nonostante io insegni giurisprudenza a Milano non sono un giurista, sono un economista. Quindi, come diceva prima il professor Zoppini, il lavoro che abbiamo fatto è stato quello di trovare, da punti diversi di osservazione, argomenti per una difesa integrata, come si direbbe in campo strettamente militare.

Naturalmente, non è chiaro quale fortuna avranno queste azioni. Ce ne sono tre, come diceva prima Andrea, ed è possibile che ci siano pentole nelle quali sobbollano altre azioni. Anzi, sembra probabile, anche perché ci sono alcuni candidati naturali per generare azioni di questo genere, in particolare le pratiche commerciali scorrette. A poche centinaia di metri da qui c'è l'Autorità per la Concorrenza che l'anno scorso ha preso 270 provvedimenti – se non ricordo male – in materia di pratiche commerciali scorrette. Questa è una sorta di fattore irritativo che potrebbe prima o poi produrre le azioni che oggi esaminiamo.

E poi c'è tutta l'area molto ampia e potenzialmente sempre pericolosa, da osservare con grande cura, che riguarda la responsabilità oggettiva sui prodotti.

C'è poi un altro motivo per tenere l'antenna alzata sulle azioni collettive, motivo che non è incardinato nel nuovo articolo del Codice del consumo, ma che potrebbe emergere relativamente presto per intervento dell'Unione Europea. Come forse qualcuno di loro sa, in questi anni c'è stato uno sviluppo, a livello della Direzione concorrenza della Commissione Europea, per favorire le azioni civili per danno da illecito concorrenziale. Vi sono state elaborazioni importanti, un Libro Verde, un Libro Bianco, e si pensava che la Commissaria precedente, prima di lasciare, avrebbe fatto i passi successivi, probabilmente una Direttiva. Ora questa è nella mani di Almunia. Ma il punto interessante è che questo orientamento comunitario dovrebbe prevedere per gli illeciti concorrenziali, quindi per un sottoinsieme degli argomenti di cui stiamo parlando oggi, dei binari ben più spediti di quelli che non siano stati fabbricati dalla norma italiana. Quindi, probabilmente si sta predisponendo un rito diverso, assai più rapido, per un sottoinsieme di comportamenti, che sono appunto gli illeciti concorrenziali.

Per questo motivo, forse, è in questa sede opportuno pensare a una difesa integrata, perché - come emergeva chiaramente dalla presentazione del professor Zoppini - ci saranno aspetti di procedura, aspetti civilistici e anche aspetti economici.

Questi sono i punti che tratterò rapidamente, cercando naturalmente di stare ben attaccato all'angolo dell'economista. Ci sono argomentazioni giuridiche più ampie, più importanti, che ricomprendono quelle economiche, ma questa è una visione parziale di problemi molto complessi.

Cosa sono questi diritti omogenei? Non so cosa siano dal punto di vista giuridico; per fortuna ci sono i colleghi che discuteranno questo punto e l'hanno in parte discusso. Dal punto di vista economico riterrei che una identità o una omogeneità – i due termini vengono usati in due commi diversi – deve essere basata sulla domanda. In economia la domanda dei consumatori è il fondamento di tutte le cose. Per dirla molto banalmente, come nell'esempio fatto nella slide, l'acquisto di spaghetti o maccheroni soddisfa presumibilmente un bisogno identico o molto simile, il che può dare luogo all'esistenza di diritti omogenei. Alla stessa conclusione non si può giungere parlando di biglietti ferroviari diversi per destinazioni diverse. O forse sì, ma questo lo lascio a Ferdinando perché è un tema che lo appassiona.

Forse non interessa particolarmente le vostre aziende, ma prendete il caso dei servizi finanziari: c'era un'azione adombrata dall'Adusbef, credo prima dell'entrata in vigore della legge, in cui si in-

vitavano tutti coloro che avessero comprato un prodotto finanziario da Unicredit a partecipare a un'azione di classe. Io, come economista, direi che il fatto di aver comprato un prodotto da Unicredit non basta per generare una identità o una omogeneità sotto il profilo economico. Infatti, un conto è se io ho comprato un prodotto strutturato, complicatissimo, legato alla Borsa sudamericana; altro è se ho comprato un'obbligazione o un prodotto di analogia semplicità.

Quindi, non sembra in particolare rilevante che i consumatori siano clienti di una medesima azienda e non è indifferente, ai fini della difesa economica, tenere presente che cosa sia l'omogeneità. Nell'alveo degli economisti l'omogeneità si definisce in un modo molto semplice: la capacità di soddisfare gli stessi bisogni. Per noi economisti questo è un tema abbastanza pacifico, ma naturalmente poi bisognerebbe convincerne i giudici.

Rapidamente, spigolando vari argomenti.

Come è stato detto, la norma prevede un filtro iniziale di ammissibilità, per passare il quale è necessario soddisfare una serie di criteri giuridici, tra i quali c'è anche il requisito di non manifesta infondatezza.

Negli Stati Uniti, paese molto lontano da noi anche esaminando questa norma, i proponenti debbono provare la fondatezza delle azioni di classe proposte e si consideri che tale requisito è l'ostacolo su cui cadono il 70-80% delle azioni stesse: i proponenti non riescono a provarne la fondatezza.

Il problema è che noi non abbiamo un criterio di fondatezza, abbiamo un criterio di "manifesta infondatezza" che dal punto di vista sostanziale – che è l'unico angolo che prende in mano un economista – è difficile da argomentare all'esito della prima udienza, quando il giudice deve decidere se ammettere o non ammettere l'azione di classe.

Un argomento da usare nella prima udienza, un classico per chi si occupa di economia, è che ci sono dei comportamenti illeciti che possono generare, anzi sicuramente generano, un danno al meccanismo di mercato, ma non necessariamente un danno in capo ad un soggetto. In altre parole, non generano un danno risarcibile. Un esempio? Alcuni tipi di pubblicità ingannevole. Io posso argomentare – da economista – che la pubblicità ingannevole danneggia sempre il mercato perché i consumatori, per fare scelte efficienti, devono essere bene informati. Se sono male informati fanno scelte inefficienti e questo danneggia il meccanismo di mercato. Questa è la ratio di un intervento sanzionatorio su una pubblicità ingannevole.

Ma dimostrare che una pubblicità ingannevole abbia creato un danno ad un consumatore richiede di soddisfare una serie di nessi causali che non è per niente banale soddisfare. Quindi, la prima trincea deve essere quella di argomentare che c'è stato un danno al meccanismo di mercato. Per esempio, due aziende che si scambiano informazioni certamente ledono il meccanismo concorrenziale, ma per danneggiare un soggetto questo scambio di informazioni deve essersi trasformato in un cartello che, a sua volta, deve aver dato luogo ad un aumento dei prezzi. Una seconda classe di argomenti da spendere o nella prima o nelle successive fasi di giudizio può essere quella che nella slide è impropriamente chiamata "mitigazione". Si tratta di meccanismi che attutiscono o rendono più indiretto e più debole il nesso causale. Un esempio che può interessare il settore della distribuzione è quello che possiamo definire il cartello della pasta. Secondo l'Antitrust c'è stato un cartello della pasta. Io non ho opinioni in proposito e comunque si è verificato in un periodo in cui non era possibile azionare la norma di cui stiamo discutendo oggi. Chi è stato danneggiato? Il perfido produttore di pasta Prosperetti ha fatto un cartello e ha aumentato ai consumatori i prezzi di un euro al pacchetto. Questo aumento di prezzi lo ha pagato la grande distribuzione, che poi lo ha presumibilmente traslato, "passing on" è il termine tecnico che viene dall'America, ai propri clienti.

Il “passing on” è interessante perché, vedete, io potrei argomentare - se lavorassi per un pastai - che una grande catena commerciale ha dovuto pagare un euro, ma poi la stessa si è rivalsa sui clienti in misura minore di quanto non lo abbia fatto nei confronti dei propri il piccolo panettiere dell’angolo, il quale ha dovuto pagare un euro, forse anche un euro e 50 perché non ha nessun potere contrattuale nei confronti dei pastai. Insomma, avete capito: manca, o io argomenterei che manca, l’omogeneità richiesta per le situazioni individuali.

Un altro punto interessante, soprattutto nel caso di procedimenti che fossero avviati contro chi di voi fa distribuzione commerciale, riguarda i meccanismi di compensazione. L’esempio nella slide riguarda il metodo francese di rimborso dei mutui in cui prima paghi gli interessi e poi il capitale. C’è un’azione su questo caso. Io per curiosità sono andato a vedere i dati della Banca centrale europea e quello che si vede chiaramente è che non c’è nessuna differenza sistematica nel costo complessivo di un mutuo per una famiglia tra Italia, Francia e Paesi che non hanno il metodo francese. Il motivo è evidente: il metodo francese consente alla banca di recuperare, per questa particolare clausola, un margine maggiore o minore. Se recupero un margine minore ci sarà qualche altra clausola che le permette di ottenere un margine maggiore. Perché? Perché c’è concorrenza tra le banche e alla fine le prestazioni si livellano: non c’è una differenza sistematica.

Quindi, il punto può essere interessante quando c’è qualcuno che vende più cose o vende una cosa facendola pagare a prezzi diversi. Molto spesso queste azioni di classe – e l’esempio è vivo perché una è stata avviata – si concentrano su un particolare aspetto della compravendita, senza considerare però che ve ne sono molte altre.

La norma fa specificamente riferimento al pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette e da comportamenti anticoncorrenziali. I comportamenti anticoncorrenziali sono principalmente di due tipi: le intese o i cartelli, se volete, e i comportamenti abusivi. Io non ritengo possibile che i comportamenti abusivi possano dare luogo ad azioni con qualche probabilità di vittoria, perché il danno è estremamente indiretto. Se voi, godendo di potere di mercato nella ridente città di Gubbio – mia città natale – eliminate un vostro concorrente con politiche commerciali che costituiscano un abuso di posizione dominante, c’è senz’altro un danno del concorrente. Ci può essere un danno ai consumatori, ma per provarlo dovete dimostrare che escludendo quel concorrente dal mercato di Gubbio i miei amati eugubini compreranno o hanno comprato quei particolari prodotti a un prezzo più alto. Questa è una prova molto difficile da fornire, in misura tale che non ritengo ragionevole aspettarci procedimenti che scaturiscano da comportamenti abusivi.

Non è così nelle intese. Credo che chiunque sia interessato da un procedimento per intesa, che abbia ad oggetto articoli venduti ampiamente ai consumatori, corra un ragionevole rischio imprenditoriale di veder partire un’azione di classe. Come avete notato, ho toccato brevemente le possibili linee di difesa, giocate sulla assenza di omogeneità (il passing on, la sussistenza o meno della traslazione), ma sul tema dell’intesa ci avventuriamo su terreni sconosciuti. Non c’è giurisprudenza in Italia, a differenza dell’America, dove la situazione è molto diversa e difficile da importare.

Sulle pratiche scorrette tornerò più tardi, ma il punto da dire adesso forse è il seguente: le pratiche commerciali scorrette possono dare luogo a due ordini di effetti: quelli diretti sui prezzi e gli effetti che non influiscono direttamente sui prezzi. Mi spiego. Io posso avere fatto una pubblicità secondo la quale questo pennarello costa due centesimi di euro, ma poi voi lo comprate e costa due euro: questa è una pratica commerciale scorretta che ha un impatto sui prezzi. Rispetto a questo genere di pratiche è molto difficile difendersi. Poi darò una possibile stima del danno mettendomi per un momento dall’altra parte.

Però posso aver detto che comprare questo pennarello arresta la caduta dei capelli e non è vero. Ha un effetto sui prezzi? Poniamo di no, io l'ho pagato più o meno quello che costano gli altri pennarelli. Ha un effetto sulla mia utilità di consumatore? Eccome, io continuo a perdere i capelli e ho un pennarello che fa solo il pennarello: questo è un effetto che non influisce sul prezzo. Difendersi contro gli effetti di prezzo è più difficile di quelli che non influiscono sul prezzo. Ma lo vedremo tra un momento.

Prima di proseguire volevo attirare la vostra attenzione su un punto, la valutazione del risarcimento. A me capita frequentemente di lavorare, da economista, su problemi legati a contenziosi e ormai sono abituato al fatto che i miei amici e colleghi giuristi, impegnati nella difesa, lo vedano come una sorta di male minore. È pur vero che, se andiamo a una determinazione equitativa, quale giudice mai liquiderà un danno molto elevato? Tuttavia, questo è vero nei danni singoli, non nei danni di massa. Per rimanere nell'ambito della pasta, per fare un esempio di come io, giudice del Tribunale di Milano, potrei stimare equitativamente un danno nel cartello della pasta, chiederei all'ISTAT quanti chili di pasta in media mangia un italiano: nel Centrosud sono 42 chili, nel Nord sono all'incirca 26. A questo punto, farei una presunzione che consideri l'entità dell'aumento del prezzo. Un euro al chilo? Fantastico, allora io equitativamente dico: 46 euro a persona per anno. Non sono tanti, ma in un'azione che teoricamente potrebbe interessare un grande numero, migliaia, decine di migliaia di consumatori, voi vedete bene come le cifre diventano rapidamente molto grosse e potenzialmente provocare, nel cumulato, danni significativi alle imprese.

Ora vediamo meglio le pratiche scorrette. Ci sono quattro tipologie di pratiche scorrette che sono di gran lunga le più frequenti. Vi sono poi molti altri casi che sono una combinazione di queste diverse tipologie: la fornitura di un bene diverso da quello promesso; la fornitura di un bene a condizioni economiche peggiori di quelle promesse; la fornitura di un bene non richiesto; gli ostacoli al diritto di recesso.

Si possono valutare questi danni? La mia risposta, da economista, è che in molti casi si può. Se voi prendete un economista ragionevolmente capace non fa molta fatica a fare una stima di massima del danno, ai fini di una valutazione equitativa.

In poche parole, per dare soltanto l'idea di un possibile scenario, prendiamo il primo caso, in cui il bene fornito sia del tutto inutile: questo pennarello non solo non fa ricrescere i capelli, ma non scrive neanche. Quindi è un bene totalmente inutile. In questo caso io potrei ragionevolmente dimostrare a chiunque che il danno è -al massimo- pari al prezzo che io ho pagato per il pennarello, per motivi tecnici che non discuto per brevità.

Nel caso questo pennarello arresti un pochino la caduta dei capelli e sia anche un buon pennarello, il danno è proporzionale alla differenza tra le caratteristiche promesse e le caratteristiche consegnate, per così dire, del bene. Come si fa a stabilire la differenza? Credetemi, è facilissimo. Una ricerca di mercato può facilmente calcolare qual è la valutazione soggettiva che i consumatori assegnavano alle funzioni che il pennarello non è in grado di esercitare.

Il danno è evidentemente pari al prezzo maggiorato che è stato pagato.

Due o tre punti forse di interesse: la fornitura di un bene non richiesto, che non genera alcuna disutilità, non può produrre un danno, a meno che non abbia determinato un costo per il consumatore.

Per ciò che riguarda gli ostacoli al recesso, in qualche caso essi possono essere molto significativi. Poniamo il caso che io sia abbonato a un gestore radiomobile e abbia avuto un'offerta migliore. Se il gestore pone in essere una efficace politica per impedire la mia uscita, naturalmente io subisco un danno che è pari al risparmio moltiplicato per il periodo in cui avrei po-

tuto godere di questo risparmio. Per le grandi aziende questo può essere molto rapidamente una valanga di soldi.

Ultimo punto, di natura tecnica, ma interessante: gli accantonamenti. Forse interessa il mondo delle cooperative, analogamente con quello che fanno le società soggette allo IAS, ai principi contabili internazionali. Se parte un'azione, prima o poi, speriamo più poi che prima, è necessario accantonare. Gli accantonamenti possono essere molto elevati perché, anche qualora il danno individuale sia di lieve entità, se la numerosità della classe è alta, le imprese avranno il problema di corrispondere elevati risarcimenti. Ora, nella mia esperienza – non conosco le vostre aziende, quindi, non prendetelo, vi prego, come un giudizio ingeneroso – le aziende italiane fanno gli accantonamenti per contenzioso molto a spanne. Ne parlavo con un rappresentante di un'impresa che diceva: *“sa, che vuole, noi chiediamo ai legali”*. Ora, noi abbiamo due tipi di legali, quelli che dicono *“vinceremo, non c'è bisogno di accantonare nulla”*; oppure quelli che sostengono *“è complicato, non si sa come va a finire, per prudenza è meglio accantonare tutto”*. Dopodiché, il povero amministratore delegato non sa più cosa fare.

C'è una logica economica negli accantonamenti che è esplicitata dagli IAS e che è ragionevole applicare, o perlomeno considerarne l'applicazione. Noi in economia la chiamiamo *“valore atteso”*: se io compro un biglietto della lotteria che ha 100 milioni di euro come premio, il valore atteso è 100 milioni moltiplicato la probabilità che io vinca. Stessa cosa per un accantonamento che è il risarcimento che io pagherò moltiplicato la probabilità che io debba effettivamente pagarlo. Questo è un valore atteso in statistica e in economia.

Questo è l'approccio da seguire nella ipotesi – che speriamo non si verifichi mai – che qualcuno debba accantonare.

Un ulteriore punto tecnico, che nella mia esperienza non è sempre chiaro: se voi oggi decidete che –ahimé– dovete accantonare una somma che pagherete fra tre anni -perché il procedimento durerà tre anni- quanto accantonate? Naturalmente, il danno cresce con il tasso di interesse legale, che è un tasso molto basso perché lo fissa il ministro del Tesoro in conflitto di interesse con se stesso: ha interesse che sia il più basso possibile. Il costo dei fondi per un'azienda, non avendo niente a che fare con il tasso legale, si chiama tecnicamente *“costo medio ponderato del capitale”*, che è una media ponderata delle risorse di debito e delle risorse patrimoniali che ha un'azienda. Il conto che vedete nella slide sembra banalmente tecnico, ma può avere degli effetti significativi sotto il profilo del quantum dell'accantonamento: l'esempio riguarda una società del MIB 30 che calcola il valore della passività potenziale in misura pari a 100 euro. La stessa società ha però un costo medio ponderato del capitale (WACC) all'8% il che significa che tra tre anni dovrà pagare una somma pari a 82, tra quattro anni a 76 e tra cinque anni pari a 70, etc. Se poi, come capita a molte aziende, il tasso medio di costo del capitale è più alto (Telecom Italia ha un 11% di WACC), la riduzione in tre anni è enormemente superiore, si arriva al 55% circa.

Concludo, quindi, con questi consigli di cucina. Speriamo che non succeda mai, ma se succede prima o poi bisognerà accantonare. Si accantona il valore atteso, ma tale valore è quello che io dovrò sborsare tra *“enne”* anni, calcolandolo con la formula che vi ho appena narrato.

Avv. Ferdinando EMANUELE

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP

Buonasera a tutti. Anch'io mi associo ai ringraziamenti alla Lega delle Cooperative, a Mauro lengo, al Presidente per avere organizzato questo incontro e per avermi invitato a tenere una relazione sui profili processuali della nuova azione collettiva prevista dall'art. 140-bis del Codice del Consumo.

Coerentemente con il mio ruolo di avvocato cercherò, nel descrivere i profili processuali, di esaminare le principali questioni e i principali problemi operativi, pratici, che secondo me saranno discussi nelle aule dei tribunali. Lo farò affiancando alla descrizione della norma alcuni esempi pratici che sono stati oggetto di dubbi interpretativi in occasione di convegni o in altre occasioni.

Vorrei anzitutto descrivere l'ambito di applicazione, il perimetro temporale, soggettivo e oggettivo dell'azione; cioè da chi, contro di chi e per la tutela di quali posizioni giuridiche può essere esercitata l'azione collettiva.

Quanto al perimetro temporale, voi sapete che l'art. 49, comma secondo, della Legge 99/2009, prevede che l'art. 140-bis del Codice del Consumo si applichi "*agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore*" della stessa legge, cioè dal 15 agosto dell'anno scorso. Questa è una deroga alla regola generale secondo la quale, qualora vengano introdotte nuove norme processuali civili, queste ultime possono applicarsi per esercitare diritti maturati, o per contestare condotte poste in essere, anteriormente alla loro entrata in vigore. Comunque, l'impresa può innanzitutto eccepire l'inammissibilità dell'azione qualora l'attore contesti una condotta posta in essere dall'impresa prima del 15 agosto 2009. Invece, nel caso in cui l'attore chieda il risarcimento di un danno derivante da identiche condotte ripetute o da un'unica condotta che è stata posta in essere a cavallo, prima e dopo il 15 agosto 2009, allora l'impresa può eccepire che dovrebbero assumere rilievo soltanto quelle condotte o quella parte del danno che sono occorse dopo il 15 agosto.

In teoria, questa linea di demarcazione è abbastanza facile ma immagino che in tribunale si verificheranno tanti problemi, soprattutto di natura operativa. Io mi chiedo, ad esempio, che cosa succeda qualora l'attore chieda il risarcimento di un danno alla salute derivante dal ripetuto utilizzo, prima e dopo il 15 agosto, di sigarette oppure di colliri o altri medicinali la cui composizione chimica è stata alterata dal produttore. È facile dire che in tali casi non rileva la condotta anteriore al 15 agosto ma, in concreto, come si fa a stabilire qual è la parte della condotta e qual è la parte del danno che veramente assume rilievo a fini risarcitori nell'ambito del giudizio collettivo? O, ancora, che succede se l'attore chiede il risarcimento di un danno derivante da un'unitaria campagna pubblicitaria ingannevole, magari iniziata a luglio e conclusa a ottobre dell'anno scorso? Come si fa ad accertare la parte del danno che io ho subito in conseguenza di quella campagna successivamente al 15 agosto?

Quanto all'ambito di applicazione soggettivo voi sapete che, ponendo fine a un problema che sembrava irrisolvibile, è stato previsto che può agire, "*anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa*", "*ciascun componente della classe*". Egli può agire per l'accertamento della responsabilità e, ovviamente, per il risarcimento del danno e per le restituzioni; può agire, cioè, la persona fisica purché indichi nell'atto di citazione di farlo quale componente di una classe.

Dato ciò, l'impresa potrà eccepire il difetto di legittimazione attiva in almeno due ipotesi: nel caso in cui un'associazione di consumatori agisca in proprio, cioè faccia quello che continuano a fare alcune associazioni di consumatori promovendo cause pilota in cui si affermano diretta-

mente danneggiati. Uso sempre l'esempio del *black-out* che si verificò nella Notte Bianca del settembre 2007 a Roma, a seguito del quale il Codacons chiese il risarcimento del danno subito in conseguenza della interruzione della somministrazione di energia elettrica nella propria sede. Era chiaramente una causa pilota. Se l'esito fosse stato positivo, sarebbero partite centinaia di azioni individuali in conseguenza dello stesso episodio.

Il difetto di legittimazione attiva dell'impresa potrà essere eccepito anche in un'altra ipotesi che, secondo me, sarà più frequente: quella in cui l'attore non sia un consumatore, cioè non sia, in base all'art. 3, lettera a), del Codice del Consumo, una "*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*". Ad esempio, l'azione è inammissibile se è proposta da tanti lavoratori subordinati di un'impresa per il risarcimento di un danno subito nello svolgimento della loro attività lavorativa; l'azione è senz'altro inammissibile qualora sia proposta contro una delle vostre imprese da un'altra impresa o da un'altra persona giuridica.

Passando all'ambito di applicazione oggettivo, colpisce l'uso di un concetto nuovo, inedito, contenuto nel comma primo dell'art. 140-bis del Codice del Consumo, cioè quello dei "*diritti individuali omogenei*". La scelta di tutelare i "*diritti individuali omogenei*" è uno dei tratti distintivi del nuovo giudizio che ha quindi ad oggetto diritti di cui si afferma che più persone siano individualmente titolari le quali, come tali, possono proporre domande risarcitorie o restitutorie individualmente.

Quindi, l'"omogeneità" equivale a sostanziale assimilabilità delle pretese ma deve trattarsi di domande che hanno un fondamento comune, che sono accomunate da tutti o – secondo me – da alcuni degli elementi costitutivi dell'azione. L'azione sarà sicuramente inammissibile qualora esercitata per la tutela di interessi super individuali, cioè di quegli interessi che riguardano beni insuscettibili di godimento o di appropriazione esclusivi.

Anche l'"omogeneità" secondo me rimarrà, da un punto di vista pratico, un concetto problematico e a lungo lo rimarrà nelle aule dei tribunali. Il professor Prosperetti accennava all'esempio del treno, che mi è caro solamente perché lo abbiamo fatto più volte e ancora non riusciamo a metterci d'accordo, soprattutto io e il professor Zoppini. È l'esempio del treno Roma-Palermo che abbia accumulato un ritardo di tre ore alla partenza. Se l'attore scende a Palermo, la classe è composta soltanto dai viaggiatori che, come lui, sono scesi a Palermo o rientrano nella classe tutti coloro che sono saliti su quel treno anche se scesi a Napoli o a Reggio Calabria? Io penso che siano tutti, invece il professor Zoppini identifica la classe come comprendente soltanto i viaggiatori scesi a Palermo.

La prima categoria di diritti tutelabili ricomprende "*i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica*"; comprende anche "*i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile*". Al concetto di "omogeneità", per complicarci la vita, il legislatore affianca il concetto di "identità" in materia contrattuale che dovrebbe avere una portata sostanzialmente equivalente. Si tratta di un concetto che va infatti riferito al fatto generatore del danno e alla norma che si assume violata. Ricorrendo ad un termine processuale, si deve riferire alla *causa petendi* e non al *petitum* perché mi sembra ovvio che, a fronte di un'unica condotta imprenditoriale, più persone possano proporre domande risarcitorie o restitutorie di importo diverso.

Voglio dire che, se oltre all'"identità" della *causa petendi*, del fatto generatore del danno, si richiedesse anche un'"identità" del *petitum*, secondo me la stragrande maggioranza delle azioni non sarebbe mai esercitabile in concreto. Ad un convegno che si è tenuto ieri mi hanno fatto un altro esempio: il danno che deriva da un difetto di una componente di un'automobile. In tal

caso la condotta dell'impresa è unica e consiste nell'errore compiuto nella produzione di quel determinato pezzo che ha causato l'incidente. Però, in conseguenza di quell'incidente, uno può essersi rotto una gamba e un altro può avere avuto soltanto rotto il parafrangente. È chiaro che, se noi chiediamo una classe distinta anche in relazione ai distinti danni che ciascuno ha subito, l'azione non dovrebbe essere mai esercitabile. Altro esempio che riguarda il concetto di "identità": sono identici i diritti che vantano più consumatori che hanno stipulato con una delle vostre imprese contratti che sono in tutto e per tutto identici a parte la tariffa? In altre parole, è sufficiente la tariffa a differenziare la posizione dei consumatori e, quindi, a giustificare la creazione di una diversa classe?

La seconda categoria di diritti tutelabili ricomprende "*i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale*". Questa è una norma sulla responsabilità del produttore che ha un ambito applicativo molto ampio perché ampie sono le definizioni di prodotto e produttore contenute nell'art. 3 del Codice del Consumo. E io credo che queste definizioni consentano anche di rispondere a una delle domande poste da Mauro Iengo. Nella sostanza, questa norma dice che ciò che conta non è una relazione giuridica ma una relazione di consumo perché la norma consente di proporre l'azione collettiva a chiunque abbia materialmente utilizzato un bene e ne abbia subito un danno. Ciò anche se non ha stipulato un contratto con il produttore, come avviene nella stragrande maggioranza dei beni di massa, e anche quando non sia il diretto acquirente. È necessario e sufficiente che lo abbia utilizzato e abbia subito un danno affinché l'azione sia esercitabile nei confronti del produttore. L'azione non può essere esercitata nei confronti del distributore, del grossista, del dettagliante, dell'assemblatore o di altri soggetti che intervengono nella catena che porta dal produttore al consumatore.

Si è già accennato alla terza categoria di diritti tutelati dalla norma: "*i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante ... da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*". Vi risparmio la definizione di questi istituti e rinvio all'art. 20 del Codice del Consumo per la definizione di pratica commerciale scorretta e agli artt. 2 e 3 della Legge 287/90 quanto ai comportamenti anticoncorrenziali.

Aggiungo soltanto che, essendo prevista per entrambe le categorie di condotta una tutela amministrativa, a fianco di una tutela civilistica, è presumibile l'esercizio in forma collettiva di azioni c.d. *follow-on*, cioè di azioni che vengono esercitate dopo la conclusione di un procedimento dinanzi all'autorità amministrativa. E ciò, a maggior ragione, adesso che, con la sentenza n. 3640/2009, la Suprema Corte ha affermato che il provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerta la condotta infrattiva dell'impresa costituisce prova privilegiata nel giudizio civile e, quindi, attenua l'onere probatorio a carico dell'attore.

Aggiungerei anche che, proprio nell'ambito di questi giudizi collettivi aventi ad oggetto pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali, dovrebbe trovare più frequente applicazione il comma sesto dell'art. 140-bis del Codice del Consumo, cioè la facoltà di sospensione del giudizio civile "*quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*". In aggiunta a quanto già previsto dall'art. 295 c.p.c., è stata infatti introdotta espressamente la facoltà di sospensione del giudizio civile, che è prevista dall'art. 16 del Regolamento CE n. 1/2003 in pendenza di procedimenti dinanzi alla Commissione Europea. La sospensione ha l'evidente fine di evitare un contrasto tra le decisioni di due organi e soprattutto di consentire al giudice civile di avvalersi dei risultati dell'istruttoria compiuta dall'autorità specializzata, grazie ai maggiori poteri di indagine e di accertamento di cui dispone.

Questo, secondo me, dovrebbe essere il perimetro temporale, soggettivo e oggettivo della nuova azione collettiva che presenta – come vedremo – varie particolarità procedurali.

Dedico soltanto un accenno alla competenza territoriale per segnalare che è stata attribuita al tribunale, in composizione collegiale, “*avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l’impresa*”. La competenza è stata attribuita soltanto a I I tribunali, con alcuni di essi che estendono il loro raggio d’azione a più regioni contigue. Ad esempio, il Tribunale di Roma avrà competenza territoriale sulle azioni proposte nei confronti delle imprese che hanno sede non solo nel Lazio, ovviamente, ma anche nell’Umbria, nel Molise, nelle Marche e in Abruzzo. Si tratta del continuo dilemma del nostro legislatore tra la creazione o meno di sezioni specializzate, che purtroppo lo porta sempre a trovare soluzioni compromissorie e poco soddisfacenti.

Dedico un altro cenno al Pubblico Ministero per segnalare che deve essergli notificato l’atto di citazione al fine di consentirne l’intervento in giudizio, limitatamente alla fase di ammissibilità. Alcuni ritengono che il legislatore abbia tenuto in conto l’impatto che questo tipo di azioni possono avere sull’interesse pubblico (si pensi a condotte imprenditoriali che hanno leso centinaia di migliaia di consumatori); secondo altri, invece, è stato dato particolare rilievo alla rilevanza penalistica che hanno assunto nel recente passato i giudizi proposti da migliaia di risparmiatori dinanzi al giudice civile – ed è chiaro a quali *crack* societari sto facendo riferimento.

Un momento fondamentale di questo giudizio è la prima udienza perché il giudice deve assicurare il c.d. “filtro”, verificando la sussistenza di quattro requisiti di ammissibilità la cui mancanza potrà essere contestata, ovviamente, dall’impresa. Il “filtro” serve a scongiurare il rischio che l’impresa sia esposta ad un grave danno, anche di immagine, in conseguenza dell’esercizio e magari della pubblicizzazione di azioni collettive infondate, temerarie, pretestuose o, comunque, prive dei requisiti della serialità. Un ulteriore obiettivo è quello di evitare che l’impresa si senta, come è avvenuto spesso in America, forzata non solo per ragioni di danno all’immagine, ma anche per problemi di appostamento in bilancio, a stipulare una transazione che altrimenti non stipulerebbe.

Innanzitutto, l’impresa può alla prima udienza eccepire l’inammissibilità per manifesta infondatezza dell’azione e quindi chiedere al giudice di compiere una valutazione *ex ante*, prognostica, sulle probabilità che l’azione sarà rigettata all’esito dell’istruttoria. Da un lato, si potrebbe dire che i nostri giudici non sono nuovi a questo tipo di valutazioni prognostiche. Basti pensare al cautelare, al *fumus*. L’accertamento della verosimiglianza del diritto fatto valere comporta una valutazione sulle probabilità di accoglimento della domanda in sede di giudizio di merito. Dall’altro lato, però, la situazione è ben diversa perché in tal caso si chiede al giudice civile di affermare, alla prima udienza, prima di qualsiasi attività istruttoria, che un’azione sia manifestamente infondata. E lo si chiede nell’ambito di giudizi che, quasi sempre, avendo una finalità risarcitoria, richiederebbero un’attività istruttoria, se non altro ai fini della quantificazione del danno e, quindi, una consulenza tecnica d’ufficio.

Tra l’altro, l’analisi statistica dimostra che i nostri giudici sono molto cauti nell’applicare quelle norme (rare, per fortuna) che contengono l’avverbio “manifestamente” o l’aggettivo “manifesta” (penso all’art. 367 c.p.c. sul difetto di giurisdizione). Quindi, io credo che il tribunale dichiarerà l’azione inammissibile per manifesta infondatezza quando già alla prima udienza sia documentalmente dimostrabile che il diritto è prescritto, che è stato oggetto di rinuncia o di transazione e, soprattutto, che l’azione esula palesemente dal perimetro temporale soggettivo e oggettivo che ho appena descritto. Il che non significa che non si possa agire in giudizio ma soltanto che non si può proporre un’azione collettiva.

L’impresa, in secondo luogo, potrà eccepire l’inammissibilità dell’azione per sussistenza di un non meglio specificato “*conflitto di interessi*”. Io continuo a non capire bene; me lo chiedo

ormai da due, tre anni che cosa sia questo conflitto di interessi anche perché si parla, appunto, di conflitto e non di mera convergenza o commistione di interessi. Uso due esempi, tra i vari che sono stati fatti in questi mesi, che mi sembrano più interessanti. Il primo è l'esempio dell'attore che, pur affermandosi membro di una classe, dichiarando di agire quale membro di una classe, in fondo "si faccia gli affari propri" – scusatemi l'espressione prosaica – cioè l'attore che, per ragioni sue, tenda nell'atto di citazione a valorizzare le peculiarità giuridiche o fattuali della sua situazione. Ovviamente, più valorizza le peculiarità della sua situazione, più restringe la classe e rende difficile l'adesione da parte di altri soggetti, quindi rende più marginali gli aspetti comuni. Forse ancora più interessante è l'esempio, che si fa in questi giorni in modo ricorrente, dell'utilizzo dell'azione collettiva come strumento di concorrenza. In tal caso, l'impresa può eccepire che in fondo questo consumatore-attore, che afferma di agire quale membro di una classe, è finanziato da un'impresa concorrente o addirittura agisce quale prestanome di un'impresa concorrente, come è avvenuto in alcuni casi negli Stati Uniti.

Del terzo requisito di ammissibilità che può eccepire l'impresa abbiamo già parlato: è l'"*identità dei diritti individuali tutelabili*". Aggiungo soltanto che non tutti i giudizi che coinvolgono una sola impresa e tanti consumatori si prestano a essere definiti con giudizi collettivi. Si deve trattare di controversie che presentano davvero i requisiti della serialità, caratterizzate cioè da posizioni giuridiche accomunate da una tale omogeneità sostanziale da indurre a ritenere che, rispetto all'azione individuale, l'azione collettiva sia più idonea a garantirne una trattazione, un'istruzione e una decisione efficiente.

Dedico qualche parola in più sull'ultimo requisito di ammissibilità che è l'idoneità del proponente. Si tratta sostanzialmente di verificare le sue capacità organizzative ed economiche. Non credo si estenderà mai alle capacità professionali e organizzative dell'avvocato. Tratto questo requisito sempre con una provocazione, anche perché finora non ho avuto una risposta che mi abbia fatto cambiare idea. Io mi chiedo: perché l'attore che agisce dinanzi al Tribunale di Roma con l'azione collettiva dovrebbe essere più organizzato e più ricco? Credo che questo requisito sottenda un equivoco, anche se è stato oggetto di ampio dibattito da parte della dottrina. Secondo me, e devo dire secondo la maggior parte dei commentatori fino ad ora, non siamo di fronte ad un giudizio plurilaterale, plurisoggettivo, perché le parti in senso processuale sono un attore consumatore e un'impresa. Gli aderenti – che possono essere centinaia di migliaia se non milioni – depositano in cancelleria un foglietto, un atto che attribuisce loro la qualità di parte in senso sostanziale e non processuale. La conseguenza è che gli aderenti non possono assumere iniziative processuali e che la sequenza di memorie, di atti e di iniziative istruttorie, che caratterizzerà il giudizio collettivo, non dovrebbe divergere significativamente da quella a cui siamo abituati nei tradizionali giudizi individuali.

Non vi è, quindi, ragione per cui un avvocato possa richiedere a titolo di onorari a un consumatore una somma maggiore qualora decida di proporre le sue domande risarcitorie in forma collettiva piuttosto che individuale; così come non vi è ragione per cui il Tribunale di Roma dovrebbe condannare il consumatore a pagare una somma maggiore a titolo di spese di lite qualora respinga le domande proposte in forma collettiva piuttosto che individuale. Mi si dice: la grande differenza è la pubblicizzazione, ma la risposta anche qui è abbastanza facile. Innanzitutto, la pubblicizzazione non dà luogo a quei problemi di *funding*, cioè di reperimento delle risorse finanziarie, presenti in America a causa della *discovery*, che è uno strumento istruttorio potentissimo, ma anche costosissimo. Dicevo che la risposta è facile in quanto delle due l'una: o il giudice ammette l'azione nelle forme che vedremo e, quindi, ordina la pubbli-

cità, ma a cura e spese del soccombente, a cura e spesa dell'impresa, oppure il giudice non ammette l'azione, ma se non ammette l'azione non ci sarà alcuna pubblicità. Tra l'altro io non credo che i nostri giudici, nel *mare magnum* di problemi cui sono abituati, avranno alcuna voglia di andare a fare i conti nelle tasche del consumatore o di verificarne le risorse organizzative.

In ogni caso, se ammette l'azione, il tribunale adotta un'ordinanza dal contenuto molto ricco, che costituisce forse la massima espressione dei maggiori poteri di gestione discrezionale del processo che la nuova norma conferisce ad esso.

Infatti, in primo luogo, il tribunale ordina, come dicevo, l'opportuna pubblicità dell'azione a cura e spese della parte soccombente, fissandone termini e modalità al fine di consentire la tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. Questa pubblicità, la cui esecuzione costituisce condizione di procedibilità della domanda, è chiaramente finalizzata all'*opt-in*. Si tratta di quel meccanismo processuale che consente alla sentenza di fare stato eccezionalmente non soltanto nei confronti delle parti, dei loro eredi e dei loro aventi causa, ma anche nei confronti di coloro che avranno aderito nelle forme previste, depositando quel foglietto a cui ho accennato prima. Il giudice poi deve delimitare la classe: non tutti possono entrare nel giudizio ed è il giudice che deve indicare, sulla base delle allegazioni delle due parti, quali sono i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali chi chiede di aderire potrà essere incluso o escluso dalla classe. Quindi, fissa un termine perentorio entro cui ogni consumatore appartenente alla classe può depositare l'atto di adesione, che non deve essere superiore a 120 giorni da quello fissato per l'esecuzione della pubblicità.

Infine, il giudice determina il corso della procedura facendolo in modo da garantire al contempo il rispetto, ovviamente, del principio del contraddittorio ma, soprattutto, una efficiente gestione e trattazione del processo collettivo. In particolare è previsto, estendendo al giudizio ordinario di cognizione una frase contenuta nell'art. 669-sexies c.p.c. in materia cautelare, che il giudice regoli l'istruzione nel modo che ritiene più opportuno, disciplini ogni questione di rito, ometta ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Si prevede anche che il giudice possa adottare quelle misure atte a evitare indebite complicazioni nella presentazione di prove o argomenti. È chiaro il fine: si vuole sacrificare l'esigenza di predeterminazione normativa dell'*iter* processuale successivo alla prima udienza, superata la fase di ammissibilità, in favore di una gestione del processo affidata a una maggiore discrezionalità del giudice, così che possa calibrarla sulle esigenze del caso concreto.

Chiaramente sono norme che, tendendo a semplificare l'istruttoria, mi lasciano molto perplesso non soltanto perché questi poteri ordinatori del processo il giudice li ha già sulla base del codice di rito ma anche e soprattutto perché, ancora una volta, presuppongono che nel processo collettivo ci sia un maggiore rischio di una forzata estensione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Si presume che vi sarà una molteplicità di memorie e istanze istruttorie che invece, secondo me, non dovrebbe esserci per il motivo che ho indicato prima, ossia perché gli aderenti non sono parte in senso processuale.

L'ordinanza di ammissibilità è un'ordinanza reclamabile dinanzi a un diverso ufficio giudiziario, la Corte d'Appello, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione; il giudizio di reclamo non sospende però il giudizio collettivo. Allora ciò significa che abbiamo due procedimenti relativi alla stessa vicenda dinanzi a due uffici giudiziari diversi? In realtà no perché, mentre pende la fase di reclamo dinanzi alla Corte d'Appello, nel giudizio collettivo dinanzi al tribunale non succede nulla in quanto ci troviamo nel periodo durante il quale deve essere eseguita la pubblicità dell'azione dichiarata ammessa e i membri della classe possono aderire.

Ho accennato più volte alle adesioni, mi rimane soltanto da aggiungere che nell'atto depositato in cancelleria, anche tramite l'attore senza ministero di un difensore, ciascun aderente deve indicare gli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria. Ciò consente al tribunale, anche se gli aderenti dovessero essere tantissimi, di verificare la riconducibilità delle domande proposte da ciascuno di essi alla classe e di verificarne poi la fondatezza.

Come qualcuno ha accennato, all'adesione conseguono almeno tre effetti significativi: il primo è la rinuncia a qualsiasi azione individuale nei confronti della stessa impresa fondata sullo stesso titolo. Gli appartenenti alla classe che non depositino l'atto di adesione, cioè che non esercitino il cosiddetto *opt-in*, potranno proporre azioni individuali. Tale situazione evidenzia forse la presenza di una prima falla nel sistema perché l'impresa, oltre che all'azione collettiva, continua a rimanere esposta a tante possibili azioni individuali. Il secondo effetto è l'interruzione del decorso del termine di prescrizione fino al passaggio in giudicato della sentenza. Il terzo aspetto è l'opponibilità della sentenza di condanna all'impresa da parte non solo dell'attore ma anche di ciascun consumatore.

La menzionata tendenza a una maggiore efficienza di gestione del processo collettivo traspare anche dal comma dodicesimo dell'art. 140-bis del Codice del Consumo che riguarda la sentenza di condanna. Infatti, si prevede espressamente che, una volta accertata la responsabilità dell'impresa, il giudice debba liquidare le somme definitive dovute all'attore e a ciascuno degli aderenti; si specifica inoltre che, qualora sia problematico determinare il *quantum* spettante a ciascuno di loro, il giudice possa o ricorrere subito, in prima battuta, a quella liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. che nella tradizione del nostro contenzioso costituisce una *extrema ratio*, oppure addirittura stabilire un criterio omogeneo di calcolo. Dovrebbe essere, cioè, una percentuale del *petitum*, ossia una percentuale del *quantum* richiesto dall'attore e da ciascuno degli aderenti. Ma quello che conta è che si è voluto porre l'enfasi sulla sentenza di condanna, cioè una volta accertata la responsabilità dell'impresa, il legislatore vuole che si imponga una prestazione pecuniaria all'impresa in favore dell'attore e in favore di ciascuno degli aderenti e che il tribunale faccia tutto il possibile per indicare una cifra, facilitando così il compito, che potrebbe essere ostico per varie ragioni, al giudice dell'esecuzione.

Concludo la mia relazione con tre rapidi cenni su altrettanti aspetti procedurali. Il primo riguarda la tendenziale unicità dell'azione di classe. Infatti, non avrebbe avuto senso perseguire la razionalizzazione del contenzioso seriale e, allo stesso tempo, consentire di proporre più azioni collettive, magari dinanzi a diversi tribunali. Questo è il motivo per cui l'impresa potrà eccepire l'inammissibilità della seconda, della terza, della quarta azione collettiva – ovviamente fondate sullo stesso titolo e nei confronti della stessa impresa – se proposte dopo la scadenza del termine per le adesioni. Se, invece, saranno proposte altre azioni collettive prima della scadenza di questo termine, l'impresa potrà chiedere l'applicazione dei normali meccanismi di aggregazione processuale delle cause connesse. L'impresa potrà chiedere, quindi, la riunione delle cause se pendono dinanzi allo stesso tribunale oppure la cancellazione della seconda causa da parte del giudice successivamente adito e la fissazione di un termine perentorio per la riassunzione dinanzi al primo giudice.

La seconda considerazione riguarda l'appello. L'impresa può chiedere ovviamente la sospensione dell'esecutività della sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio collettivo ma, nel valutare la richiesta di sospensione, l'impresa potrà richiedere che la Corte d'Appello tenga conto non soltanto degli elementi previsti all'art. 283 c.p.c., cioè gravi e fondati motivi, oppure la possibilità di insolvenza, ma anche di elementi più specifici come l'entità complessiva della

condanna, il numero dei creditori accertato dalla sentenza e, di conseguenza, le maggiori difficoltà di ripetizione della somma pagata che l'impresa incontrerebbe qualora vincessero all'esito del giudizio di appello.

Terzo e ultimo cenno riguarda la fase successiva alla conclusione del giudizio collettivo in primo grado che è caratterizzato da un periodo semestrale di grazia in cui eccezionalmente la sentenza non diventa provvisoriamente esecutiva dopo il deposito e in cui l'impresa può eseguirla spontaneamente con pagamenti che sono esenti da qualsiasi diritto, tributo, accessorio di legge anche maturato dopo il relativo deposito. È chiaramente un incentivo alla spontanea esecuzione e, direi, un incentivo che si aggiunge a quello che di fatto deriva dalla legittimazione attiva in fase esecutiva. Mi sembra chiaro che, nel silenzio della norma sul punto, non solo l'attore ma ciascuno degli aderenti potrà proporre azioni finalizzate all'esecuzione coattiva del capo della condanna che lo riguarda. Avremo una condanna che, a seguito di una parte in cui si accerta la responsabilità dell'impresa, dovrà contenere tanti capi di condanna a singole somme quanti sono gli aderenti che avranno dimostrato di averne titolo. Quindi, dinanzi al giudice dell'esecuzione, può accadere che l'impresa sia di nuovo esposta a quella molteplicità di azioni individuali che il legislatore ha voluto evitare nella fase di cognizione.

Concludo con una considerazione che mi ha suscitato l'introduzione, che condivido pienamente, di Mauro Iengo. Io non ho molta paura di questa azione e credo che, salvi cambiamenti o chiarimenti giurisprudenziali, non sarà una grande minaccia per l'impresa. Lo dico contro il mio interesse, ma io mi chiedo se davvero un avvocato serio e responsabile debba, considerando gli apparenti vantaggi di questa nuova normativa e i sostanziali svantaggi che ho finora descritto, consigliare al consumatore di proporre le sue domande risarcitorie o restitutorie nella forma del giudizio collettivo quale membro di una classe oppure, invece, nella tradizionale forma del giudizio individuale, evitando così tutti questi limiti di cui ho parlato finora, innanzitutto i limiti riguardanti il c.d. "filtro".

Recentemente, a questa considerazione mi è stato obiettato che non è vero, che questa è un'azione che conviene al consumatore. Ma, attenzione, consumatore significa due cose: significa consumatore attore e consumatore aderente. Se mi consentite, uso una metafora non mia, che ho preso a prestito: la metafora del taxi e dell'autobus. L'azione individuale, il giudizio individuale, è il taxi; il ricorrente sa che se vuole ottenere un certo risultato, arrivare a un certo punto, deve prendere il taxi. Lo prende da solo e paga una somma. L'azione collettiva è l'autobus; ciascuno di noi, se vuole arrivare allo stesso punto dove è arrivata una persona che si trovi nelle medesime condizioni, sa che adesso può salire su un autobus e pagare una somma dieci volte inferiore a quella richiesta dal tassista. Non c'è dubbio che a tutti coloro che vogliono salire sull'autobus convenga che la nuova normativa offra un'opportunità di risparmio che il giudizio individuale non dà. Arrivano allo stesso punto pagando molto, molto poco, cioè depositando un foglietto. È altrettanto vero però che l'autobus deve partire e, considerando tutti i limiti che ho finora indicato, e nell'ipotesi in cui non ci sia uno stravolgimento giurisprudenziale, quale sarà il consumatore che, visti gli ostacoli che incontrerà per la strada, deciderà di prendere l'autobus, e farlo partire per tutti, piuttosto che il taxi?

Con questo vi ringrazio e spero di rispondere alle vostre domande.

Dibattito

Paola CAVALLO

UFFICIO LEGALE COOP-ANCC

Sono dell'Ufficio legale di Coop-ANCC. Mi ricollegavo al discorso che lei, Avv. Emanuele, ha poc'anzi fatto relativamente al criterio di valutazione dell'omogeneità e della identità contrattuale soltanto sotto il profilo della causa petendi e non del petitum. Volevo partire da un ragionamento parallelo su una delle finalità per cui nasce l'azione collettiva; ragionamento che poi potrebbe dare anche una risposta all'ultima sua considerazione sul ragionevole interesse del consumatore a scegliere un autobus anziché un taxi. Mi riferisco al fatto che l'azione di classe nasce per i danni seriali e di modesta entità: perché è chiaro che se io ho un danno serio immagino che prenderò il taxi dove non faccio salire proprio nessuno; se invece ci sono danni seriali, probabilmente il singolo, dando mandato ad un'associazione, potrebbe avere interesse a scegliere l'autobus.

Allora mi ricollego al punto di partenza: la serialità dovrebbe presupporre non solo un'identità di causa petendi, ma anche un'omogeneità del petitum, non dico proprio in termini di entità del danno, ma quantomeno in termini di tipologia. Ad esempio, se io vendo un prodotto avariato che procura ad un consumatore, non so, un danno allo stomaco, un altro invece ha un giramento di testa, urta con la macchina e gli si rompe il parafrangente, è chiaro che, nel mio esempio, la causa petendi è uguale, ma le tipologie di danno sono totalmente diverse.

Mi chiedo, primo punto, come farebbe mai il giudice, in un caso di questo tipo, a poter stabilire dei criteri omogenei di calcolo per la liquidazione? Certo, una soluzione potrebbe essere quella da lei suggerita e cioè che i criteri omogenei debbano essere considerati semplicemente una percentuale del petitum, quindi una sorta di provvisionale. Tuttavia, rimane l'ostacolo che se i petiti sono così tanto diversi, il giudice per indicare un criterio omogeneo di calcolo, anche nei limiti in cui lei diceva, cioè come percentuale del petitum, dovrebbe necessariamente entrare nel merito della diversità dei danni dedotti; il che mi pare impossibile.

Ulteriore domanda: in questa logica il danno alla salute non dovrebbe entrare, a mio avviso, per definizione, in quelli azionabili tramite class action, a meno che, in ipotesi, non si tratti di danno seriale assolutamente omogeneo: ad esempio tutti lamentano come danno da prodotto avariato una colica di un giorno; ma anche in questo caso il danno sarebbe, secondo me, disomogeneo, perché sarebbero necessariamente diverse alcune componenti che incidono sulla quantificazione del risarcimento come quelle ad esempio della capacità lavorativa e reddituale.

Piero CARDILE

RESPONSABILE SETTORE LEGALE ANCD-CONAD

Sono il responsabile del settore legale di ANCD-Conad, quindi rimaniamo sempre nel campo della distribuzione commerciale, anche se in questo caso si tratta di cooperazione tra dettaglianti. Vorrei esprimere qualche osservazione, mista a preoccupazione, con riferimento al giudizio preliminare da parte del giudice in merito all'ammissibilità o meno dell'azione collettiva. In particolare questa preoccupazione nasce dalla conoscenza della struttura peculiare della cooperazione tra dettaglianti e dall'autonomia che gli stessi commercianti associati in cooperativa hanno nella gestione degli acquisti.

Una parte degli acquisti, infatti, non transitano attraverso la cooperativa o il Consorzio ma sono direttamente gestiti in autonomia dal commerciante che spesso si procura beni da fornitori locali. Qualora questi prodotti dovessero generare un danno alla salute il rischio vero è che i consumatori attivino un'azione collettiva nei confronti di Conad.

In questo caso il danno di immagine per Conad potrebbe risultare inevitabile in quanto sarebbe assai difficile, nella fase preliminare del giudizio, dichiarare l'inammissibilità dell'azione collettiva nei suoi confronti.

Per quanto riguarda, invece, i danni derivanti da prodotti con il proprio marchio è naturale che il distributore ne risponda in via principale in quanto la normativa vigente lo equipara, in termini di responsabilità, al produttore.

Ecco, volevo esprimere questa preoccupazione, perché ritengo che il rischio del danno di immagine derivante dall'applicazione della normativa sulla class action potrebbe rivelarsi più esteso di quello previsto anche perché, probabilmente, nella fase di definizione sull'ammissibilità o meno dell'azione collettiva non si riuscirà ad individuare effettivamente il soggetto nei confronti del quale sarebbe giusto agire.

Paola CAVALLO

Ricollegandomi a quello che diceva Piero Cardile, parlando dei danni da prodotto difettoso, è stata detta, mi sembra dal Prof. Zoppini, una cosa molto tranquillizzante: l'azione si può esperire soltanto nei confronti del produttore. Ma mi chiedo: il venditore non potrebbe essere chiamato parallelamente in causa in base alla lettera a) dell'art. 140 bis, comma 2? Perché questo è il punto. È vero che il consumatore danneggiato da un prodotto difettoso può, secondo la lettera b), far valere il suo diritto nei confronti del produttore, ma lo stesso prodotto è pur sempre oggetto di un rapporto contrattuale di compravendita tra commerciante e consumatore. Dunque, mi chiedo: in caso di prodotto difettoso, il rapporto contrattuale di compravendita potrebbe generare anche un diritto al risarcimento azionabile tramite class action nei confronti del venditore ai sensi della lettera a)?

In questa situazione che cosa lei ritiene possa succedere? Il venditore chiamato, in ipotesi, in giudizio potrebbe a sua volta chiamare in causa il produttore per farsi "manlevare"?

Mauro IENGO

RESPONSABILE DELL'UFFICIO LEGISLATIVO DI LEGACOOOP

Vorrei proporre soprattutto una suggestione riferendomi alla cooperazione di utenza, cioè alle cooperative i cui soci sono utenti. Non ci sono soltanto le Coop, ma anche, ad esempio, le cooperative di abitazione o le cooperative nel settore socio-sanitario. Insomma, la cooperazione, per ciò che riguarda la class action, non si limita unicamente alla distribuzione commerciale.

Nei nostri ragionamenti introduttivi, ci siamo riproposti di affrontare il tema della class action anche per verificare se possiamo affinare il rapporto delle cooperative con le rispettive basi sociali, con i soci utenti o con i soci consumatori. Allora, la domanda che volevo porvi fondamentalmente è questa: è possibile, anche allo scopo di ridurre i rischi di contenziosi derivanti da azioni di classe, che le cooperative prevedano nei loro statuti o regolamenti protocolli organizzativi, procedure di conciliazione, che possano regolare il rapporto tra soci e cooperativa, ma anche tra cooperativa e soggetti terzi, consumatori ordinari? Credo che questo per le cooperative debba essere in qualche modo un elemento sul quale dimostrare maggiore sensibilità rispetto alle altre tipologie di imprese.

Concludo dicendo che l'ultima domanda posta da Paola Cavallo, concernente il rapporto fra consumatori, distributori e produttori, non è un quesito banale agli occhi del movimento cooperativo perché, per esempio, tra gli eventuali produttori ci potrebbero essere molte cooperative del settore agricolo, che sono a loro volta fornitrici di prodotti nei confronti delle Coop di consumo o delle cooperative tra dettaglianti.

Avv. Ferdinando EMANUELE

CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP

Scegliete voi, volete le risposte nobili o le risposte da corridoio, da “parafangaro”? Io mi definisco sempre un “parafangaro”. Quali volete per prime? Perché dipende da chi risponde, se Andrea o io.

Prof. Andrea ZOPPINI

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITÀ DI ROMA TRE

Mi sembra opportuno premettere che, nella prospettiva di riflettere su come deve difendersi un'impresa convenuta di fronte a un giudice, anche tra noi abbiamo scoperto di avere idee diverse e di dare interpretazioni molto diverse a questa norma. È chiaro quindi che gli orientamenti decisivi saranno quelli dei giudici.

Allora, sulla prima domanda che ci è stata posta è chiaro che, a seconda di come si interpreta il concetto di identità del diritto, le conseguenze saranno molto diverse. Personalmente sono d'accordo con l'osservazione di fondo che ci è stata fatta e riterrei che l'interpretazione debba essere restrittiva e, cioè, identità di *causa petendi* e di *petitum*.

Operativamente, dovremmo essere di fronte a questioni in cui è la stessa CTU a risolvere il problema di tutte le cause proponibili. Ad esempio, il danno alla salute non solo è inidoneo a essere risolto attraverso questo tipo di azione, ma, a mio parere, una simile proposizione va decisamente scoraggiata, perché quello liquidato attraverso l'azione di classe è, per definizione, un danno medio statistico. In realtà, nella fase di ammissione, il giudice richiede solamente di depositare certi documenti, ma in realtà nessuno andrà a considerare il danno specifico individuale.

Quindi, sotto questo profilo, riterrei che la scelta dell'identità seleziona in maniera molto netta il tipo di danni, di pretese, che è efficiente, opportuno, ragionevole, razionale difendere attraverso questo strumento processuale.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Io su questo ho un'opinione radicalmente diversa. Devo dire però che finalmente oggi qualcuno mi ha detto – la collega Cavallo – qualcosa di diverso da quello che abitualmente ascolto. Mi ha detto qualcosa che, forse, in un'aula di tribunale mi creerebbe più difficoltà di fronte a un giudice. Da mesi si parla di questo: l'identità deve riguardare il danno, l'identità deve riguardare anche il *petitum*? Quando ci sono dei testardoni come me che dicono “no, assolutamente” perché se l'identità riguardasse anche il *petitum* l'azione non sarebbe mai esercitata. Trovatemele voi dieci persone che sono state danneggiate dalla stessa identica condotta e hanno subito lo stesso danno. Ci sono, invece, persone che, con argomenti molto più nobili dei miei, sostengono che sia necessario.

La collega Cavallo dice un'altra cosa che, secondo me, è giusta e che mi fa cambiare idea. La tua è una teoria molto pro-impresa.

Siamo tutti pro-impresa, solo che il modo migliore per difendere le imprese è preparare le repliche alle eccezioni dei consumatori e soprattutto delle associazioni dei consumatori. Perché, mentre un normale attore mi fa tre o quattro eccezioni che io posso prevedere sulla base dei codici, l'associazione dei consumatori, specialmente associazioni come il Codacons, l'Aduc, l'Adusbef, ti fanno eccezioni che richiedono uno sforzo da avvocato del diavolo molto tempo prima.

Paola Cavallo, secondo me, fa un discorso puntuale quando dice: un conto è se il tipo di danno è identico, ma ha una diversa quantificazione. Siamo tutti danneggiati dall'impresa di telefonia o dall'impresa di elettricità, solo che Tizio chiede dieci per la stessa condotta, per lo stesso abuso di posizione dominante, e Sempronio chiede cinque. Altro conto è se Tizio e Sempronio fanno valere tipi di danni diversi, come nell'esempio della macchina in cui uno si rompe una gamba e l'altro si rompe il parafrangente. C'è una bella differenza.

Allora, nell'ipotesi della differenziazione quantitativa io rimango fermamente della mia idea perché, secondo me, non c'è un argomento per dire che tra uno che chiede cinque e uno che chiede sette e uno che chiede dieci non ci sia una classe.

Nell'ipotesi che fa Paola Cavallo sì, perché in quell'esempio la situazione è completamente diversa essendoci un'unica condotta imprenditoriale: vi è una responsabilità da prodotto, però c'è un Tizio che si è rotto il parafrangente e un Sempronio che si è rotta la macchina. In tali casi c'è una tipologia di danno diverso perché non è solo la tipologia che rileva, è diversa l'attività istruttoria che si deve svolgere per accertare il diverso tipo di danno. Perché mentre nel caso in cui uno chiede cinque e uno chiede sette, a seguito di un illecito di un'impresa di telefonia, basta nominare un commercialista o un professore di una certa materia, nel caso in cui un soggetto chiede il risarcimento del danno al parafrangente e un altro chiede il risarcimento del danno al ginocchio, questi debbono nominare consulenti tecnici completamente diversi. Allora sì che la tipologia del danno può influire sull'attività istruttoria e comportare una diversa definizione della classe.

Paola CAVALLO

Vorrei dire una cosa sulla differenziazione quantitativa del danno. Anch'io ho detto che non può essere discriminante per l'esistenza di una classe. Però io ho aggiunto che, secondo la mia logica, la differenziazione quantitativa non dovrebbe essere discriminante solo quando possa poi condurre ad una liquidazione risarcitoria in base ad un criterio omogeneo. Faccio un esempio semplice che è quello del titolo azionario, cioè della svalutazione del titolo azionario: vari soggetti hanno comprato lo stesso titolo azionario che si è svalutato di un euro. Allora, uno ha comprato venti titoli azionari, uno ne ha comprati 200, quindi, il criterio di valutazione può essere omogeneo e si può formare una classe.

Prof. Luigi PROSPERETTI

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITÀ DI MILANO

Non vorrei dire una sciocchezza, ma se il treno che ho preso questa mattina da Milano a Roma arrivava con un'ora di ritardo, non faceva fermate intermedie, io da un certo punto di vista potrei argomentare che su quel treno c'erano mille persone che hanno subito mille danni diversi tra di loro. Un lavoratore dipendente – ci sono, credo, dei precedenti – ha subi-

to un danno che è grosso modo proporzionale al costo di un'ora di lavoro; un avvocato di affari ha subito un danno enormemente più alto, questo vuol dire che non può esserci una classe? Io non credo, io mi metto dall'altra parte e dico: io faccio una classe che dice che c'è un minimo comune denominatore del danno e io chiedo un'ora di lavoro per tutte le vittime delle Ferrovie dello Stato. Se poi c'è un avvocato che prende 500 volte un'ora di lavoro media questo non è mica un opt-out, è un opt-in, quindi lui non entrerà nella classe, si farà un'azione per i fatti suoi.

Paola CAVALLO

Ma lei sta facendo un discorso diverso e le do perfettamente ragione: se tutti gli aderenti alla classe, ancorché abbiano avuto danni differenziati, decidono di omogeneizzarsi allo stesso *petitum* il problema è risolto. Il problema che ponevo è quando, invece, non si omogeneizzano.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Però tutti e due avete toccato dei temi che, secondo me, sono interessanti perché danno luogo a possibili difese in tribunale.

Paola Cavallo ha toccato l'esempio disciplinato dall'art. 100, comma terzo, del Testo Unico della Finanza. Si tratta del caso di perdita di valore di un titolo in conseguenza dell'accertamento della violazione degli obblighi di informazione degli intermediari mobiliari prevista dal regolamento Consob. Lì è diverso ancora, secondo me, perché è vero che il danno di ciascuno è un danno monetario con una diversa quantificazione ma questa diversa quantificazione può conseguire ad altri elementi che possono differenziare la classe. La differenza può essere che i contratti di investimento in strumenti mobiliari vengono stipulati in situazioni diverse, in contesti diversi e soprattutto con soggetti che hanno profili di rischio diversi, propensione al rischio diverso.

Allora, l'elemento differenziale della classe, prima ancora di considerare il *petitum*, cioè la somma che viene richiesta, potrebbe essere dato dal fatto che – a fronte dell'unico prospetto ingannevole, a fronte dell'unica violazione - abbiamo subito danni diversi perché siamo soggetti diversi che hanno una propensione al rischio diverso. Quindi, quello che Paola Cavallo dice dimostra non solo che ci può essere una tipologia di danno diversa ma che ci possono essere, nell'ambito dello stesso tipo, dei danni che si quantificano in modo diverso perché sono conseguenze di elementi differenziali sostanziali.

Anche l'esempio del Prof. Prosperetti è importante, secondo me, perché non vi è dubbio che il ritardo del treno provoca danni; ma quali sono risarcibili? Se io fossi in quel giudizio e difendessi Trenitalia, la prima cosa che direi è: guardate che c'è l'art. 1225 c.c. che dice che in materia contrattuale può essere chiesto il risarcimento del solo danno diretto, immediato (ma è vero che c'è giurisprudenza che sostiene la risarcibilità anche del danno mediato e indiretto secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*).

Allora, l'esempio del treno è importante ma la prima difesa è questa? O la prima difesa è dire: ma perché Trenitalia dovrebbe risarcire a te una somma maggiore in relazione all'appuntamento particolare che hai perso in cui ti avrebbero dato quel tipo di incarico? In fondo Trenitalia deve risarcire il prezzo del biglietto. È diretto o indiretto il danno ulteriore che io subisco in

conseguenza del fatto che sono arrivato tardi e che, quindi, magari una delle vostre imprese non mi ha più affidato un incarico?

Prof. Luigi PROSPERETTI

Sono due cose diverse. Io non mi riferivo al reddito perso a seguito della perdita dell'incarico, ma a quello che per un economista è un costo opportunità, cioè quello che avrei potuto guadagnare in quell'ora di lavoro. Che io sia un lavoratore dipendente o un lavoratore indipendente saranno comunque due somme diverse però il danno, per come la vedo io, è un danno diretto, non indiretto. Ci sono precedenti poi sul ritardo. Sarebbe un danno indiretto se io in quell'ora avrei potuto diventare presidente di Fininvest.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Io qualche dubbio ce l'ho perché questo sarebbe per Trenitalia, che non sa ovviamente chi sono le persone che salgono sul suo treno, il risarcimento di un danno imprevedibile. Che ne sa di quanto guadagno io e di quanto guadagni tu? Peraltro, il danno imprevedibile è risarcibile soltanto quando al momento dell'obbligazione emergesse un comportamento doloso da parte del convenuto.

Paola CAVALLO

Comunque, se noi ci difendessimo in giudizio, visto che il tema è come difenderci, se noi provassimo a difenderci dicendo che i danni, dal punto di vista del *petitum*, non sono di tipologia identica o comunque, anche se di entità diversa, liquidabili in base a criteri assolutamente omogenei non sarebbe una difesa totalmente peregrina

Avv. Ferdinando EMANUELE

È chiaro che noi dobbiamo ipotizzare qualsiasi tipo di difesa e stiamo cercando di anticipare quello che dirà la giurisprudenza con riguardo ad un'ipotesi a cui un po' tutti avete fatto riferimento: se viene citato il produttore, è possibile che venga chiamato in causa anche il distributore, il titolare del marchio che l'ha dato in concessione, il dettagliante, il fornitore?

Qualcuno prima diceva che noi abbiamo esperienza. Noi non abbiamo nessuna esperienza perché la *class action* è iniziata adesso e, quindi, stiamo tutti facendo ipotesi sulla base di quello che abbiamo studiato, anche sulla base di qualche analogia con un fenomeno totalmente diverso che è la *class action* americana.

Secondo me, su questo tema ci sono due aspetti: uno è un aspetto più sostanziale e l'altro è un aspetto strettamente procedurale.

Sono due le possibili difese.

Una delle vostre imprese viene chiamata in causa da un produttore, il quale potrebbe dire di non essere un produttore. Ricordo che l'azione collettiva può essere esercitata in materia di responsabilità extracontrattuale solo nei confronti del produttore.

Il problema deriva dalla definizione di produttore contenuta nell'art. 3 del Codice del Consumo. Che cosa farà un giudice qualora l'impresa convenuta, il produttore, dichiara di vo-

ler chiamare in giudizio anche il fornitore e allo stesso viene eccepito che non lo può fare? Il giudice andrà a guardare l'art.3, comma primo, lettera e), del Codice del Consumo in cui si dice che il prodotto è *“qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se a lui non destinato, fornito o reso disponibile”*. Ma soprattutto il produttore è *“il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio ... o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenti come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo”*.

Io credo che di fronte ad una eccezione del genere, e cioè se può essere coinvolto in un giudizio anche un altro soggetto della catena, il giudice andrà a guardare questa definizione data dalla norma e, di volta in volta, risponderà sì o no a seconda che quel soggetto vi rientri.

Ma questo non risolve il problema perché c'è un aspetto processuale da considerare. Ora, anche ammesso che il concetto di produttore ricomprenda, in base al Codice del Consumo, il fornitore, il titolare del marchio, il dettagliante, tutti quelli che vogliamo, è ammessa nell'azione collettiva la chiamata in causa di terzo e, quindi, la domanda di manleva? Perché è quello a cui mira la chiamata in causa di terzi.

Al riguardo, vi posso dire che da un lato c'è chi ha un'impostazione molto rigorosa, anche da un punto di vista procedurale, e dice che questa è un'azione specifica, che riguarda soltanto l'attore, il consumatore e l'impresa produttrice: è uno strumento eccezionale che si aggiunge all'azione individuale. Quindi, tu non puoi fare nulla di diverso da quello che c'è scritto nell'art. 140-bis del Codice del Consumo; bisogna prenderla così com'è, perché è una forma di tutela aggiuntiva alla forma individuale. Per esempio, il D.lgs. 5/2003 sul processo societario parlava della chiamata in causa di terzi; era una normativa speciale, ma ne parlava. Invece l'art. 140-bis non vi fa nessun riferimento.

Al contrario, ci sono altri, come me, che sostengono che se anche è uno strumento di tutela aggiuntivo, come tutte le nuove norme che disciplinano nuovi strumenti processuali, nella misura in cui non è disciplinato un determinato aspetto, si applica in via suppletiva il Codice di rito. Del resto, ciò è avvenuto per tutte le normative che hanno disciplinato riti speciali. Di conseguenza, anche nell'azione collettiva potrebbe essere possibile che un'impresa convenuta sostenga di essere estranea alla vicenda e, quindi, chiamare in causa l'impresa Alfa o l'impresa Beta. Ed è, secondo me, altrettanto possibile che il giudice condanni l'impresa Alfa o l'impresa Beta al risarcimento dei danni una volta che ne accerti la responsabilità. È una previsione assolutamente generale che non trova deroga.

Paola CAVALLO

Secondo me, è importante capire se l'impresa estranea al compimento del danno possa chiamare in giudizio la diretta responsabile e chiedere al giudice, già in fase di filtro di ammissibilità, di valutare la sua estraneità. Diciamo che la nostra preoccupazione è esattamente quella di cui si parlava prima, ma dal punto di vista inverso, cioè di essere citati come venditori in base alla lettera A, perché abbiamo venduto il prodotto, pur non essendo noi i produttori. Allora sarebbe nostro interesse in questo caso poter chiamare in causa il produttore e poter eccepire da subito il nostro difetto di legittimazione passiva, dicendo: questo è un danno derivante da un vizio del prodotto, riprendetela col produttore in base alla lettera B. Ovviamente questo dovrebbe poter avvenire già in fase di filtro di ammissibilità, perché, se la questione non fosse risolvibile in quella sede, noi ci troveremo comunque a subire l'intero processo.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Io penso che la risposta a quasi tutto debba essere trovata nel Codice di rito.

Il problema è che la cooperativa venga chiamata in causa. Il fatto è che in questa normativa non esiste una deroga sui termini della chiamata in causa di terzi. Quindi, se il convenuto intende chiamare in causa un terzo, deve farlo venti giorni prima della prima udienza; il che significa che questo sarà un tema che verrà immediatamente posto al giudice in sede di ammissibilità e in tale sede risolto. In ogni caso, è certo che l'impresa terza chiamata in giudizio dal convenuto possa eccepire la sua estraneità, il suo difetto alla legittimazione passiva.

Paola CAVALLO

Magari sto dicendo delle cose inesatte, ma sappiamo che nei confronti del produttore sussiste una responsabilità extracontrattuale e nei confronti del venditore una responsabilità contrattuale; ora entrambe sono previste come fattispecie di azione collettiva. Il mio dubbio è che il giudice possa ammettere che il consumatore possa agire nei confronti di entrambi e che alla fine del giudizio, una volta condannato sarà il venditore che dovrà rivalersi nei confronti del produttore.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Ho capito; ma se anche fosse così, e secondo me potrebbe non essere così, è perché di fronte a una situazione del genere il giudice dovrà considerare la possibilità di escludere l'ammissibilità dell'azione sulla base del merito, cioè della fondatezza. Ciò premesso, mi sapete dire qual è la differenza rispetto al giudizio individuale?

Paola CAVALLO

Il danno di immagine.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Tu pensi veramente che ti derivi un danno di immagine maggiore nel giudizio collettivo rispetto al giudizio individuale?

Paola CAVALLO

Penso di sì.

Prof. Andrea ZOPPINI

Innanzitutto pensiamo al caso Coop, che ha il 30% di prodotti con marchio Coop.

In un'azione individuale il consumatore ha comprato un prodotto difettoso che la Coop ha commercializzato, acquistandolo da un produttore. In tal caso, il consumatore chiamerebbe in causa il produttore. Personalmente, dubito che in questa azione sia ammissibile una chiamata in causa: nel momento in cui mi difendo sostenendo di essermi limitato a mettere il prodotto

in commercio probabilmente questo non impedisce un'azione. Mi rendo conto che si potrebbe ragionare modellando l'azione collettiva sulla dialettica che si crea nel processo ordinario; tuttavia, seguendo le mie iniziali riflessioni, darei un'interpretazione che separa nettamente le caratteristiche dell'azione collettiva da quella dell'azione individuale.

Ora, è chiaro che nessuno di noi è in grado di prevedere quali saranno gli sviluppi giurisprudenziali, ma se partiamo dal presupposto che si tratta di istituti molto diversi, la logica dovrebbe portarci a dire che con la lettera (a) del comma 2 rilevano solo gli inadempimenti del distributore, mentre i danni derivanti dal prodotto si fanno valere esclusivamente con la lettera (b). Se, al contrario, un consumatore potesse chiamare in causa il produttore è chiaro che in quello stesso giudizio si definirebbe la pretesa fatta valere.

In ogni caso, proprio a seconda dell'impostazione che verrà adottata dai giudici, credo che le risposte potrebbero essere molto diverse.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Sono due valutazioni diverse, scusate, sono due aspetti diversi.

Il dubbio di Paola Cavallo è: se avviene questa chiamata in causa, che deve essere fatta entro venti giorni prima dell'udienza, e che quindi porrà un problema al giudice prima dell'udienza sull'ammissibilità, il giudice deve deciderlo in quella sede o deve andare a sentenza? Questo è il problema. Nessuno lo può dire con sicurezza, ancor meno quando c'è una norma che non ha applicazioni giurisprudenziali. Ritengo che, avendo previsto una udienza elefantica in cui ci sono le funzioni dell'art. 180 c.p.c. precedente, del nuovo art. 183 c.p.c. e quattro requisiti di ammissibilità, tra cui l'infondatezza, qualora il giudice si trovi di fronte a due imprese – distributore e produttore - che, chiamate in causa, dichiarano la loro estraneità, si renderà conto che una delle due azioni deve avere una posizione manifestamente infondata e, quindi, dovrà pronunciarsi sull'ammissibilità.

Il problema del Prof. Zoppini è un altro: è ammissibile la chiamata in causa di terzi?

Allora, io penso che di fatto nessuno può impedire a qualcuno di chiamare in causa un terzo e che quel qualcuno debba venire in giudizio ad esprimere la sua posizione. Caso mai, l'inammissibilità verrà dichiarata poi a sentenza. D'altra parte, in presenza dell'art. 24 della Costituzione che prevede un diritto di difesa in varie forme, degli artt. 105 e 106 c.p.c. sull'intervento e la chiamata in causa di terzi per connessione o per garanzia, inseriti nel titolo del codice che contiene i principi fondamentali, e in assenza di una norma derogativa nell'art. 140-bis, mi sembra impossibile sostenere che l'impresa Alfa non possa chiamare in causa l'impresa Beta nel giudizio collettivo, salvo andare a finire – come è avvenuto per il processo societario – il giorno dopo alla Corte Costituzionale e dare luogo a 50 giudizi di legittimità costituzionale.

Il problema è, al contrario, quello di Paola Cavallo: una volta sollevato il problema, si decide con l'ordinanza di ammissibilità, nell'arco dei già citati trenta, quaranta giorni oppure deve essere trascinato fino alla fine?

Ecco, a questo riguardo, vorrei richiamare la vostra attenzione su una delle stranezze di questa norma che è la mancata previsione della revocabilità dell'ordinanza. Il giudice dichiara l'azione ammissibile perché ha accertato i quattro requisiti, tra cui l'inesistenza del conflitto di interessi. Voi sapete però che, in Italia, in un giudizio risarcitorio, tra la prima udienza, in cui si dichiara l'ammissibilità, e la sentenza possono passare due anni, specialmente se c'è una CTU. Allora, io dico, ma perché se nel corso di questi due anni si scoprono dei documenti, degli elementi che evidenziano che in fondo uno dei requisiti di ammissibilità mancava (ad esempio sussisteva il

conflitto), perché il giudice deve per forza arrivare a sentenza, piuttosto che revocare l'ordinanza di ammissibilità sulla base di fatti verificati o comunque dimostrati successivamente?

Paola MENETTI

PRESIDENTE LEGACOOPSOCIALI

Non ho delle grandi domande da fare. Però, come veniva detto prima da Mauro Iengo, pur essendo un tema rispetto al quale si coglie un interesse più esplicito in capo alle cooperative di consumo, l'azione di classe può essere rilevante anche per chi si occupa di servizi e in specifico di servizi sociali alla persona. Da questo punto di vista a me incuriosisce capire se esiste una qualche casistica -non necessariamente in Italia, visto che la norma è molto recente, ma in altre realtà, in Europa o negli Stati Uniti- di azioni collettive nel campo dei servizi alle persone. Intendo i servizi per gli anziani, per i bimbi, le persone disabili, ecc. Si tratta di ambiti nei quali il diretto interessato, colui che effettivamente riceve la prestazione, è particolarmente debole nel difendersi da eventuali situazioni di difficoltà e nei quali, quindi, interviene necessariamente qualcun altro: la famiglia, l'associazione di rappresentanza, il sindacato di utenza. Il singolo a volte fa fatica anche a denunciare anche quando l'abuso sia evidente.

La seconda domanda che volevo fare è se nel campo dei servizi alle persone la platea dei possibili componenti la classe è di norma numericamente molto esigua. A dire il vero, è difficile che una residenza per anziani o un asilo nido siano frequentati da migliaia di persone; saranno a esagerare qualche decina, e nell'ambito di questo possono essere un numero ancora inferiore quelli che possono eventualmente ritenere di avere subito un danno. Su numeri così esigui lo strumento di cui si sta parlando ha un senso?

Giovanna LAZZERINI

RESPONSABILE UFFICIO LEGALE UNICOOP TIRRENO

Io sono Giovanna Lazzerini, Responsabile Ufficio Legale di Unicoop Tirreno. Prima avete detto che il consumatore è qualunque persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale etc... e che, quindi, in tutte le ipotesi di vendita al dettaglio, ai fini dei diritti riconosciuti dal codice del consumo, la qualità di socio (rapporto sociale) non esclude che il socio sia a tutti gli effetti un "consumatore".

Praticamente la qualifica di consumatore assorbe e prevale su quella di socio. Tuttavia mi domando se lo stesso principio valga anche per quei rapporti contrattuali, nello specifico quello di Prestito Sociale, dove la qualità di socio è richiesta espressamente dalla legge e, quindi, il servizio non può essere offerto indiscriminatamente alla generalità dei soggetti ma solo ai soci. Ecco, la domanda è: anche in questi casi in cui la qualità di socio è presupposto legale per la fruizione del servizio, può ritenersi che la qualifica di consumatore prevalga su quella di socio? Per concludere il rapporto di prestito sociale rientra nella azione di classe oppure no? Io ho sempre creduto che prevalessesse la qualità di socio rispetto a quella di consumatore.

Prof. Andrea ZOPPINI

Sul prestito da soci penso di dover rispondere io.

Come precisano anche le istruzioni di Banca Italia, che abbiamo concorso a scrivere, il prestito da soci - in quanto strumento fondato sul rapporto sociale e riguardante le esigenze di ca-

pitalizzazione dell'impresa - non è qualificabile come raccolta di risparmio. Sotto questo profilo siamo quindi fuori da qualsiasi rapporto contrattuale di consumo ricollegabile all'attività della persona fisica che agisce per finalità estranee, rilevando esclusivamente il rapporto tra il socio e la cooperativa.

Sul punto farei un passo ulteriore, in quanto, in amichevole dissenso rispetto alla posizione di Ferdinando Emanuele, ritengo che tutto ciò che riguarda la materia degli strumenti finanziari sia estraneo a questa disciplina. Mi spiego: l'acquisto di strumenti finanziari, obbligazioni, azioni, sottende una modalità di impiego del risparmio non a fini di consumo, ma che, al contrario, implica la sottrazione di risorse dal consumo ai fini di un loro impiego con finalità, in senso lato, di "rischio finanziario". Manca quindi, a mio modo di vedere (e pur riconoscendo che si tratta di posizione opinabile) il presupposto per applicare il 140-bis a tutto ciò che riguarda la materia finanziaria.

Sul prestito da soci, comunque, allo stato non avrei dubbi e non mi fa velo la frequentazione delle cooperative per questa conclusione.

Avv. Ferdinando EMANUELE

Non è che sugli investitori non sono d'accordo. Sono convinto che la giurisprudenza avrà almeno sei, sette norme per dire che il giudizio collettivo si applica alla materia finanziaria. Tenete presente che non è un amichevole dissenso, è un fraterno dissenso.

A me interessa la domanda della Dott.ssa Paola Menetti. La prima affermazione è che la casistica non c'è, non esiste in Italia e in Europa, e per quanto riguarda gli Stati Uniti, a meno che non consideriamo servizi sociali certi settori che secondo me non vi rientrano, io non ne sono a conoscenza.

Il punto però, secondo me, ad esempio nel caso della casa di riposo, è chi fornisce il servizio. Se il servizio è fornito da una qualsiasi entità qualificabile come impresa allora l'azione collettiva potrà essere esercitata, purché rientri – ne stiamo parlando – in una delle tre categorie di diritti lesi a cui ho fatto riferimento prima. Se, invece, il servizio è fornito da un altro soggetto, fisico o giuridico, comunque non qualificabile come impresa, non si potrà esercitare l'azione collettiva. Cos'è l'impresa? L'art. 2082 c.c. dispone che è un soggetto che svolge "*un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*". Ovviamente, se non si potrà avviare l'azione collettiva, si potrà sempre proporre l'azione individuale.

Quindi io credo che, in tante ipotesi di danno subito da persone in una casa di riposo o in un ospedale, sarà possibile esercitare l'azione collettiva perché si parla di rapporti con imprese che forniscono un servizio; e il servizio rientra nella norma, tanto è vero che si parla di utenti e non soltanto di consumatori.

La seconda osservazione secondo me è uno dei temi più importanti di questa disciplina. Cosa vuol dire pluralità? Pluralità, a seconda dei casi, può significare due milioni e può significare tre. Secondo me dovrà essere valutato caso per caso, sempre però sulla base di un criterio: quando ha dubbi il giudice deve chiedersi se, data la situazione concreta, il giudizio in forma collettiva gli permette di trattare le domande in forma più efficiente dal punto di vista della istruzione, della trattazione e della decisione rispetto al giudizio individuale. Quindi, indipendentemente dal numero – 7, 77 o 77.000 – il giudice deve sapere che la norma è stata introdotta per garantire un processo più efficiente in casi che coinvolgono più persone lese.

Conclusioni

Giorgio BERTINELLI

VICE PRESIDENTE DI LEGACOOOP

Oggi abbiamo tentato di capire quali sono i punti più complicati di una disciplina che, per le cose che sono state dette, è nuova, senza esempi che orientino gli interpreti. La stessa descrizione di che cos'è questo tipo di azione è complicata.

Dalle cose che diceva Zoppini c'è solo un punto sul quale mi sento tranquillizzato ed è quello del prestito da soci. Il prestito da soci non è argomento sul quale noi si possa avere dubbi su quel che potrà succedere. Quindi, per ciò che mi riguarda, dò per scontata la valutazione che tende in maniera secca ad escludere che il prestito sociale possa essere oggetto della azione collettiva. E ciò sulla base del fatto che questo istituto è parte integrante del rapporto tra il socio e la cooperativa.

Quello che, invece, mi tranquillizza meno è la discussione che si è sviluppata sulla distinzione tra produttori e distributori e i presunti diversi effetti che da ciò derivano. Purtroppo, noi abbiamo un piccolo particolare che è quello dei prodotti a marchio, un aspetto che Coop e Conad hanno in comune. Sarà un problema serio spiegare, quando si vende un prodotto a marchio, che la colpa sia del produttore.

Questo è un problema molto delicato, perché noi siamo distributori di prodotti di cui abbiamo garantito la qualità e se ci fanno causa perché abbiamo disatteso quella stessa qualità, mi pare complicato spiegare che la colpa sia solo del produttore. Tuttavia, mi auguro che chi sostiene tale tesi abbia ragione.

In ogni caso, credo che l'intera disciplina meriti di essere ulteriormente approfondita. Ad esempio, io penso che, almeno nella prima fase, l'azione collettiva sarà avviata da gruppi piuttosto consistenti, in qualche modo politicamente organizzati. Non credo si possano fare azioni collettive facilmente, in modo estemporaneo. C'è sempre qualcuno che organizza queste iniziative e mi riferisco alle Associazioni di consumatori.

Il tempo per approfondire lo abbiamo, siamo partiti in tempo utile e, quindi, dopo una prima generale introduzione, varrà la pena di focalizzare la nostra attenzione su alcuni temi specifici. Oggi la discussione cui ho assistito è stata per addetti ai lavori. C'è però anche un problema di come si tende a reagire di fronte ad eventuali problemi, il che mi porta a dire che bisognerà riproporre una discussione come questa, ma molto più finalizzata a due o tre questioni di maggiore rilievo. Noi siamo un'organizzazione che ha lo scopo istituzionale di tutelare i propri associati e, quindi, inevitabilmente saremo costretti a valutare il problema da questa prospettiva.

Vale per questo lo stesso ragionamento che abbiamo svolto sulla crisi economica e finanziaria. Dopo aver fatto una bella disquisizione su come e perchè siamo arrivati alla crisi, si è detto: e ora che si fa? Ci siamo messi allora a vedere quali erano gli strumenti finanziari adatti per non incorrere in pericoli gravi. Mi rendo conto che questa è una fattispecie differente, nella quale potrebbe prevalere l'idea di lasciare ad ogni cooperativa l'onere di trovare una soluzione laddove si trovasse di fronte al problema. Ma non è nostro costume lasciare le cooperative sole di fronte alle questioni ed è per questo che a me pare sia stato giusto iniziare una discussione come questa. La riproporremo su temi più specifici cercando anche di individuare utili strumenti di intervento in favore delle cooperative.

Ringrazio gli intervenuti per la partecipazione.

NOTA IN MATERIA DI CLASS ACTION DI CUI ALLA DISCIPLINA CONTENUTA NELLA LEGGE 99/2009¹

Premessa

L'articolo 49 della legge 99 del 2009 ha profondamente modificato l'articolo 140-bis del codice del consumo, dedicato alle cosiddette "azioni di classe" (di seguito AC), meglio note come "class action".

La nuova disciplina, rispetto a quella predisposta dal Governo Prodi (Finanziaria 2008, articolo 2, commi 445/449), viene da molti considerata più dettagliata e puntuale sotto il profilo tecnico-giuridico. Si tratta infatti di un testo che ha compiuto scelte più precise e tassative riguardo ai soggetti abilitati ad avviare la AC e alle fattispecie che possono innescarla, in misura tale che -secondo alcuni- potrebbe rendere meno agevole il ricorso alle AC.

Le **finalità di carattere generale** cui intende rispondere la normativa sono fondamentalmente tre:

- 1) rendere effettivo il diritto di difesa per quei soggetti danneggiati che altrimenti non avrebbero alcuno stimolo ad agire in via individuale a causa dei costi elevati del giudizio rispetto al beneficio atteso (le cd small claims). Il legislatore ha infatti voluto risolvere un problema tipico di asimmetria nel rapporto tra grande impresa, in particolare quella che opera nel mass market, e singolo consumatore. Il consumatore non ha un interesse ad agire quando subisce un illecito di poche decine di euro o ancor meno. Viceversa, le imprese spesso lucrano in maniera significativa sulla razionale scelta dei danneggiati di rimanere apatici di fronte ad un danno "modesto". Ciò rende chiaro che l'azione di classe ha una finalità che trascende l'interesse specifico del singolo ad ottenere il risarcimento del danno.
- 2) razionalizzare il contenzioso seriale, allo scopo di risolvere -con una sola causa- una pluralità di contenziosi, che altrimenti si aprirebbero simultaneamente nelle Corti di giustizia italiane;
- 3) risolvere il fallimento della regolazione pubblica (con particolare riferimento alle Autorità indipendenti). Essa può essere inquadrata come uno strumento di pressione sull'impresa, finalizzato a rendere concretamente "giustiziabili" diritti che altrimenti rimarrebbero inerti.

¹ Molte delle considerazioni e valutazioni espresse dalla presente nota sono ricavate dagli atti del Convegno "Le cooperative e la riforma della disciplina in materia di class action" dell'11 marzo 2010, al quale hanno partecipato in qualità di esperti A. Zoppini, F. Emanuele e L. Prosperetti.

I diritti individuali omogenei: soggetti abilitati ad avviare un'azione di classe

I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o **comitati** cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni (comma 1).

Va sottolineato che l'azione di classe è fondamentalmente un'azione individuale che presuppone il fatto che essa interessi più soggetti. E ciò a prescindere che la stessa possa essere avviata da associazioni in qualità di mandatari degli individui lesi.

In altre parole, l'AC non è volta a tutelare un interesse collettivo, come situazione soggettiva riferibile congiuntamente ad un insieme di persone, ma i diritti individuali omogenei di cui sono titolari i singoli consumatori colpiti da uno stesso illecito.

Le Associazioni o i comitati non sono abilitati ad avviare un'AC di propria iniziativa, ma solo su incarico di almeno uno dei componenti della classe. Va poi detto che l'associazione cui il comma 1 si riferisce non deve essere necessariamente quella dei consumatori², ma anche una semplice un'associazione.

Oggetto del giudizio sono le singole pretese risarcitorie o restitutorie di cui più soggetti sono individualmente titolari.

Il comma 1, così come le disposizioni successive, parlano di "omogeneità", di "situazioni identiche" o "diritti identici". Sono tutte formule che rimandano all'esigenza, oltre che di un fondamento comune, di una sostanziale assimilabilità delle varie pretese relative alla reintegrazione del diritto leso, sul piano della natura e degli elementi caratterizzanti.

L'azione sarà sicuramente inammissibile qualora esercitata per la tutela di interessi super individuali, cioè di quegli interessi che riguardano beni insuscettibili di godimento o di appropriazione esclusivi. Non tutti i giudizi che coinvolgono una sola impresa e tanti consumatori si prestano a essere definiti con giudizi collettivi. Si deve trattare di controversie che presentano davvero i requisiti della serialità, caratterizzate cioè da posizioni giuridiche accomunate da una tale omogeneità sostanziale da indurre a ritenere che, rispetto all'azione individuale, l'azione collettiva sia più idonea a garantirne una trattazione, un'istruzione e una decisione efficiente.

Al concetto di "omogeneità" il legislatore affianca il concetto di "identità" che in materia contrattuale dovrebbe avere una portata sostanzialmente equivalente. Si tratta di un concetto che va infatti riferito al fatto generatore del danno e alla norma che si assume violata. Ricorrendo ad un termine processuale, ci si deve riferire alla **causa petendi** e non al **petitum** affinché, a fronte di un'unica condotta imprenditoriale, più persone possano proporre domande risarcitorie o restitutorie di importo diverso.

Infatti, se oltre all'"identità" della *causa petendi*, del fatto generatore del danno, si richiedesse anche un'"identità" del *petitum*, la stragrande maggioranza delle azioni non sarebbe mai esercitabile in concreto (si veda ad esempio il caso di consumatori che hanno diritti derivanti da contratti che sono in tutto e per tutto identici a parte la tariffa. È difficile sostenere che la sola tariffa possa differenziare la posizione dei consumatori e, quindi, giustificare la creazione di una diversa classe).

² Nella Finanziaria '08 la legittimazione attiva spettava alle Associazioni dei consumatori riconosciute e ai Comitati e Associazioni adeguatamente rappresentativi.

Vi è chi, al contrario, sostiene che l'interpretazione debba essere restrittiva e, cioè, si debba avere identità non solo nella *causa petendi*, ma anche nel *petitum*. Secondo questa linea di pensiero, si dovrebbe trattare di questioni in cui –operativamente- è la stessa consulenza tecnica d'ufficio (CTU) a risolvere il problema di tutte le cause proponibili. Ad esempio, il danno alla salute non solo è idoneo a essere risolto attraverso questo tipo di azione, ma una simile proposizione andrebbe decisamente scoraggiata, perché quello liquidato attraverso l'azione di classe è, per definizione, un danno medio statistico. Quindi, sotto questo profilo, la scelta dell'identità seleziona in maniera molto netta il tipo di danni e di pretese, che è efficiente e opportuno difendere attraverso questo strumento processuale.

Vi è anche una terza tesi da considerare che presuppone la distinzione tra il caso in cui il tipo di danno è identico, ma ha una diversa quantificazione, e il caso in cui i danni causati da una medesima condotta sono differenti. Nell'ipotesi della differenziazione quantitativa, non c'è un argomento per sostenere che tra un soggetto che chiede cinque e uno che chiede sette e un altro che chiede dieci non ci sia una classe.

Nell'ipotesi di danni completamente differenti, non è solo la tipologia che rileva, è diversa l'attività istruttoria che si deve svolgere per accertare il diverso tipo di danno. Ad esempio, nel caso in cui un soggetto chieda –per un medesimo fatto illecito- il risarcimento del danno al parafango e un altro il risarcimento del danno al ginocchio, questi debbono nominare consulenti tecnici completamente diversi. In tali casi la tipologia del danno può influire sull'attività istruttoria e comportare una diversa definizione della classe.

Con riguardo alla nozione d'impresa che l'articolo 140-bis prende in considerazione, l'interpretazione più estensiva porta a comprendere tutti i soggetti che esercitano un'attività commerciale, indipendentemente dalla forma giuridica e societaria che essi assumono (quindi anche imprese pubbliche e concessionari di servizi pubblici).

Come già precisato, l'idea sottostante è quella dell'AC quale strumento per la razionalizzazione del contenzioso seriale: quando le pretese individuali presentano un tale grado di omogeneità da consentire di parlare di identità, il processo collettivo può concentrarsi sulle questioni comuni e rispondere in modo efficiente alla domanda di giustizia della classe. Se esse sono diverse sul piano fattuale e giuridico, l'aggregazione delle domande non produce apprezzabili vantaggi rispetto alla proposizione di una pluralità di autonome cause individuali.

Tale impostazione di carattere generale non rende l'AC il solo strumento a tutela dei diritti individuali, perché il consumatore può continuare a scegliere l'azione giudiziaria tradizionale, evitando quindi l'AC.

È opportuno richiamare l'attenzione sulla differenza che intercorre tra l'azione ordinaria e l'azione collettiva. In un'azione ordinaria i diritti in gioco sono essenzialmente quelli delle parti in causa; l'attore assume di aver subito un danno, il convenuto si difende spiegando le proprie eccezioni e difese. Al contrario, un'azione collettiva - una volta ritenuta ammissibile dal giudice e adeguatamente pubblicizzata - crea un generalizzato affidamento in tutti i soggetti che hanno (o che ritengono di aver) subito il medesimo illecito. In sostanza, attraverso questo meccanismo processuale vengono tutelati anche i diritti di quei consumatori e utenti che, aderendo senza ministero di difensore, potranno comunque utilizzare a proprio favore la sentenza emessa dal giudice. In altre parole, l'azione collettiva non incide quindi esclusivamente sugli interessi individuali dei soggetti che instaurano il giudizio, o che vi sono convenuti, ma anche su quelli di un insieme di persone che, in quanto assumono di aver subito il medesimo danno, possono beneficiare dell'azione medesima.

I diritti tutelati

L'azione tutela:

- a) i diritti contrattuali di una **pluralità** di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in **situazione identica**, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 c.c.³;
- b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali (comma 2)

Con riguardo alla lettera a) non risulta determinante né la forma, né il modo con cui il contratto è stipulato. L'AC è quindi applicabile a contratti stipulati verbalmente, per iscritto o mediante comportamenti concludenti, ai contratti a distanza, agli acquisti on-line.

Ritornando al concetto di identità (in tal caso "di situazione"), è ragionevole associare tale concetto almeno all'esistenza di contratti dello stesso tipo e alla violazione degli stessi obblighi contrattuali da parte dell'impresa.

Con riguardo alla lettera b), come è evidente, la previsione è incentrata sul prodotto: è la relazione col prodotto a identificare il responsabile (relativo produttore) e la vittima (consumatore finale) degli illeciti extracontrattuali che possono essere oggetto dell'AC.

L'AC può essere esperita da chi dimostri di aver consumato il prodotto, anche se persona diversa da chi l'ha acquistato.

La norma risolve l'esigenza di tutela del consumatore per ciò che riguarda i beni, anche nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, perché, a differenza di quanto avviene per i servizi, spesso non c'è un rapporto diretto tra produttore e consumatore. Quando il consumatore acquista il bene da un distributore, il rapporto contrattuale è infatti con quest'ultimo, non con il produttore. In altre parole, l'azione non può essere esercitata nei confronti del distributore, del grossista, del dettagliante, dell'assemblatore o di altri soggetti che intervengono nella catena che porta dal produttore al consumatore⁴.

Tuttavia, il consumatore danneggiato da un prodotto difettoso, pur potendo -secondo la lettera b)- far valere il suo diritto nei confronti del produttore, potrebbe chiamare parallelamente in causa -ai sensi della lettera a)- il venditore, in quanto lo stesso prodotto è pur sempre oggetto di un rapporto contrattuale di compravendita tra commerciante e consumatore. Si pone quindi il problema se, in caso di prodotto difettoso, il rapporto contrattuale di compraven-

³ **Art. 1341 Condizioni generali di contratto.** Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza (1370, 221 I). In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, (1229), facoltà di recedere dal contratto (1373) o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze (2964 e seguenti), limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni (1462), restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi (1379, 2557, 2596), tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie (Cod. Proc. Civ. 808) o deroghe (Cod. Proc. Civ. 6) alla competenza dell'autorità giudiziaria. **Art. 1342 Contratto concluso mediante moduli o formulari.** Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate (1370). Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.

⁴ Conseguentemente, tale fattispecie non si applica quando il danno ai consumatori sia imputabile a soggetti diversi dal produttore (ad esempio, un terzo che abbia adulterato un prodotto alimentare in vendita al supermercato).

dita possa generare anche un diritto al risarcimento azionabile tramite class action nei confronti del venditore. Non è peraltro chiaro se lo stesso venditore possa a sua volta chiamare in causa il produttore per farsi “manlevare”⁵.

Il problema ha diverse sfaccettature e deriva dalla definizione di produttore contenuta nell’art. 3 del Codice del Consumo, alla quale il giudice dovrà fare riferimento qualora il produttore convenuto dichiarasse di voler chiamare in giudizio anche il fornitore. L’art.3, comma 1, lettera e), del Codice del Consumo prevede che il prodotto è “*qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se a lui non destinato, fornito o reso disponibile*”. Ma soprattutto il produttore è “*il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l’importatore del bene o del servizio ... o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenti come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo*”.

È quindi chiaro che, nel caso in cui venga coinvolto in un giudizio anche un altro soggetto della catena, il giudice esaminerà questa definizione e, di volta in volta, risponderà sì o no a seconda che quel soggetto vi rientri.

Con riguardo poi al problema se sia ammessa nell’azione collettiva la chiamata in causa di terzo e, quindi, la domanda di manleva, un’impostazione molto rigorosa, anche da un punto di vista procedurale, porterebbe a sostenere che l’A.C. è un’azione specifica, che riguarda soltanto l’attore, il consumatore e l’impresa produttrice: è uno strumento eccezionale che si aggiunge all’azione individuale. In altre parole, è una forma di tutela aggiuntiva alla forma individuale, alla quale l’articolo 140-bis in esame non fa alcun riferimento.

Secondo un’interpretazione più estensiva, nonostante la class action debba considerarsi uno strumento di tutela aggiuntivo, alla stessa si applica in via suppletiva il Codice di rito. Di conseguenza, anche nell’azione collettiva potrebbe essere possibile che un’impresa convenuta sostenga di essere estranea alla vicenda e, quindi, chiamare in causa l’impresa Alfa o l’impresa Beta. Come potrebbe essere possibile che il giudice condanni l’impresa Alfa o l’impresa Beta al risarcimento dei danni una volta che ne accerti la responsabilità.

Quindi, se il convenuto intende chiamare in causa un terzo, deve farlo venti giorni prima della prima udienza; il che significa che questo sarà un tema che verrà immediatamente posto al giudice in sede di ammissibilità e in tale sede risolto. In ogni caso, è certo che l’impresa terza chiamata in giudizio dal convenuto possa eccepire la sua estraneità, il suo difetto alla legittimazione passiva. Vi è poi da considerare che il giudice deve verificare i requisiti di ammissibilità, tra cui l’infondatezza, e laddove due imprese – distributore e produttore – dichiarino la loro estraneità, avrà le condizioni per discernere quale delle due azioni sia manifestamente infondata e, quindi, dichiararla inammissibile.

Con riguardo, infine, alla lettera c), si ricorda che le pratiche commerciali scorrette sono disciplinate dagli articoli 18/27 del codice del consumo. Per i comportamenti anticoncorrenziali il riferimento naturale è alle disposizioni nazionali e comunitarie che vietano le intese restrittive della concorrenza e l’abuso di posizione dominante (aumento di prezzo per i consumatori, in

⁵ Un esempio da considerare per inquadrare il problema potrebbe essere quello della cooperazione tra dettaglianti nell’ambito della quale gli stessi commercianti associati in cooperativa hanno una significativa autonomia nella gestione degli acquisti. Una parte di questi, infatti, non transitano attraverso la cooperativa o il Consorzio, ma sono direttamente gestiti in autonomia dal commerciante che spesso si procura beni da fornitori locali. Qualora questi prodotti dovessero generare un danno alla salute si potrebbe profilare il rischio che i consumatori attivino un’azione collettiva nei confronti di Conad. In questo caso il danno di immagine per Conad sarebbe inevitabile in quanto sarebbe assai difficile, nella fase preliminare del giudizio, dichiarare l’inammissibilità dell’azione collettiva nei suoi confronti.

particolare i cartelli). L'accostamento delle due fattispecie si spiega con la presenza nel nostro Ordinamento di una medesima Autorità, cioè l'Antitrust.

Secondo parte della dottrina, sembrerebbe difficile che i comportamenti abusivi possano dare luogo ad azioni con qualche probabilità di vittoria, perché in tali casi il danno è estremamente indiretto. Ad esempio, qualora in un determinato mercato si elimini un concorrente con politiche commerciali che costituiscono un abuso di posizione dominante, c'è senz'altro un danno del concorrente, ma è difficile dimostrare che questo determini anche un danno ai consumatori. Si dovrebbe dimostrare che, escludendo quel concorrente dal mercato, i consumatori siano costretti a comprare quei particolari prodotti a un prezzo più alto.

Non è così nelle intese. Chiunque sia interessato da un procedimento per intesa, che abbia ad oggetto articoli venduti ampiamente ai consumatori, corre un ragionevole rischio imprenditoriale di veder partire un'azione di classe.

Ci sono quattro tipologie di pratiche scorrette che sono di gran lunga le più frequenti. Vi sono poi molti altri casi che sono una combinazione di queste diverse tipologie: a) la fornitura di un bene diverso da quello promesso; b) la fornitura di un bene a condizioni economiche peggiori di quelle promesse; c) la fornitura di un bene non richiesto; d) gli ostacoli al diritto di recesso. Le pratiche commerciali scorrette possono dare luogo a due ordini di effetti: quelli diretti sui prezzi e gli effetti che non influiscono direttamente sui prezzi. Ad esempio, nel caso in cui una pubblicità dichiara che un prodotto costa due centesimi di euro, ma sul mercato è venduto a due euro, siamo di fronte ad una pratica commerciale scorretta che ha un impatto sui prezzi. Rispetto a questo genere di pratiche è molto difficile difendersi.

Essendo prevista per le pratiche commerciali scorrette e per comportamenti anticoncorrenziali una tutela amministrativa, a fianco di una tutela civilistica, è presumibile l'esercizio in forma collettiva di azioni c.d. *follow-on*, cioè di azioni che vengono esercitate dopo la conclusione di un procedimento dinanzi all'autorità amministrativa⁶.

Proprio nell'ambito di questi giudizi collettivi aventi ad oggetto pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali, dovrebbe trovare più frequente applicazione il comma 6 dell'art. 140-bis del Codice del Consumo, cioè la facoltà di sospensione del giudizio civile "quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo". In aggiunta a quanto già previsto dall'art. 295 c.p.c., è stata infatti introdotta espressamente la facoltà di sospensione del giudizio civile, che è prevista dall'art. 16 del Regolamento CE n. 1/2003 in pendenza di procedimenti dinanzi alla Commissione Europea. La sospensione ha l'evidente fine di evitare un contrasto tra le decisioni di due organi e soprattutto di consentire al giudice civile di avvalersi dei risultati dell'istruttoria compiuta dall'autorità specializzata, grazie ai maggiori poteri di indagine e di accertamento di cui dispone.

Le fattispecie indicate dal comma 2 hanno carattere di tassatività. Ciò porta a sostenere che l'AC si applichi solamente nell'ambito dei processi relativi all'acquisto di un bene o servizio e al suo consumo. Al di fuori di questi processi essa non è utilizzabile, come –ad esempio– nei casi di danni ambientali sofferti dagli abitanti di una zona geografica o di danni subiti dai dipendenti di un'impresa, etc.

⁶ Si veda la sentenza n. 3640/2009, con la quale la Suprema Corte ha affermato che il provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerta la condotta infrattiva dell'impresa costituisce prova privilegiata nel giudizio civile e, quindi, attenua l'onere probatorio a carico dell'attore.

La tassatività delle fattispecie è giustificata dal fatto che l'AC rappresenta uno strumento straordinario, fondato su una logica autonoma in base alla quale chi aderisce all'azione, pur non essendo attore, può beneficiare degli effetti di una sentenza pronunciata nei confronti del convenuto. Questo implica che spetta esclusivamente al legislatore stabilire quali sono le situazioni giuridiche soggettive per le quali è possibile agire attraverso questo strumento processuale.

Quando si parla di diritti di consumatori od utenti ci si riferisce a persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale. La tutela si rivolge a quegli atti che il consumatore persona fisica pone in essere per soddisfare esigenze della propria vita privata. Di converso, l'AC è vietata alle persone giuridiche e ai soggetti che abbiano subito un danno in relazione allo svolgimento della loro attività imprenditoriale o professionale.

Secondo parte della dottrina, la materia finanziaria –regolata dall'articolo 32-bis del TUF⁷- è esclusa dalla AC. Gli investitori sono quindi esclusi dalla possibilità di fruire della AC, anche se essi sarebbero stati una categoria di danneggiati particolarmente adatta per fruire di tale procedura collettiva in virtù della forte omogeneità delle loro posizioni sostanziali.

L'adesione alla azione di classe

I consumatori o gli utenti che intendono avvalersi della tutela in esame aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo (salvi i casi di rinunce o transazioni intervenute tra le parti, i quali non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito, e i casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo – comma 15). L'atto di adesione – contenente l'elezione del domicilio e l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto, con la relativa documentazione probatoria, -è depositato in cancelleria anche tramite l'attore, entro un determinato termine perentorio (non superiore a 120 giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità – comma 9, lettera b). *omissis* (comma 3)

Una volta che l'AC è stata avviata ogni altro danneggiato può aderirvi successivamente, ma non può condizionarne la procedura e l'esito. L'atto di adesione implica solamente che il soggetto diventi destinatario della sentenza (può semplicemente rinunciare all'azione individuale risarcitoria nel presente e nel futuro).

Si richiede un'esplicita manifestazione di consenso dell'individuo a essere incluso nell'azione (sistema opt-in). Da ciò deriva che la sentenza sarà efficace solo nei confronti di quanti abbiano aderito all'azione⁸.

⁷ **Art. 32-bis TUF:** Le Associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi ed attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto d.lgs.

⁸ La class action statunitense è invece fondata sul sistema opt-out che prevede l'estensione degli effetti della sentenza anche a quei soggetti che non hanno avviato né aderito alla class action, pur appartenendo alla medesima classe di danneggiati, salva la facoltà di tali soggetti di autoescludersi per sottrarsi agli effetti della decisione finale.

Nell'atto depositato in cancelleria, anche tramite l'attore senza ministero di un difensore, ciascun aderente deve indicare gli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria. Ciò consente al tribunale, anche se gli aderenti dovessero essere tantissimi, di verificare la riconducibilità delle loro domande alla classe e di verificarne poi la fondatezza.

All'adesione conseguono almeno tre effetti significativi: il primo è la rinuncia a qualsiasi azione individuale nei confronti della stessa impresa fondata sullo stesso titolo. Gli appartenenti alla classe che non depositino l'atto di adesione, cioè che non esercitino il cosiddetto *opt-in*, potranno proporre azioni individuali⁹. Il secondo effetto è l'interruzione del decorso del termine di prescrizione fino al passaggio in giudicato della sentenza. Il terzo aspetto è l'opponibilità della sentenza di condanna all'impresa da parte non solo dell'attore ma anche di ciascun consumatore.

L'accoglimento delle nuove adesioni è rimesso all'autonoma valutazione del giudice. La fase processuale non è predeterminata.

La possibilità di aderire viene circoscritta entro un termine ristretto. Tale disposizione è particolarmente importante perché consente alle imprese di valutare la legittimità delle pretese (eventualmente contestandole) e predeterminare l'entità dell'eventuale risarcimento da corrispondere in caso di accoglimento della domanda.

Infatti, non avrebbe avuto senso perseguire la razionalizzazione del contenzioso seriale e, allo stesso tempo, consentire di proporre più azioni collettive, magari dinanzi a diversi tribunali. Questo è il motivo per cui l'impresa potrà eccepire l'inammissibilità della seconda, della terza, della quarta azione collettiva – ovviamente fondate sullo stesso titolo e nei confronti della stessa impresa – se proposte dopo la scadenza del termine per le adesioni. Se, invece, saranno proposte altre azioni collettive prima della scadenza di questo termine, l'impresa potrà chiedere l'applicazione dei normali meccanismi di aggregazione processuale delle cause connesse. L'impresa potrà chiedere, quindi, la riunione delle cause se pendono dinanzi allo stesso tribunale oppure la cancellazione della seconda causa da parte del giudice successivamente adito e la fissazione di un termine perentorio per la riassunzione dinanzi al primo giudice.

È possibile che il giudice escluda un soggetto dall'AC. Secondo alcuni lo stesso soggetto perde anche il diritto all'azione individuale. Tuttavia, vi è un diverso orientamento che, partendo dal presupposto che in tal caso abbiamo una decisione di rito, l'esclusione dalla AC non pregiudica il diritto sostanziale.

I giudici competenti

La domanda è proposta al **Tribunale ordinario** avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa (Torino si occupa anche della VdA; Venezia si occupa del TAA e del FVG; Roma si occupa delle Marche, dell'Abruzzo, del Molise e dell'Umbria; Napoli si occupa della Basilicata e della Calabria). Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale (comma 4).

La scelta intende favorire la formazione indiretta di giudici specializzati ed evitare la ricerca di Tribunali compiacenti (forum shopping). Vi sarebbero infatti solo i Tribunali chiamati a giudicare

⁹ Tale situazione evidenzia forse la presenza di una prima falla nel sistema perché l'impresa, oltre che all'azione collettiva, continua a rimanere esposta a tante possibili azioni individuali.

le cause collettive. È anche vero però che vi sono consumatori lontani dalla sede del Tribunale competente e tale circostanza potrebbe essere un reale deterrente per avviare una AC.

Il pubblico ministero

La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del **PM** presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di inammissibilità (comma 5).

È un esperimento volto a responsabilizzare il PM sulla materia civile e provocare il contraddittorio con l'interesse pubblico limitatamente al solo giudizio di ammissibilità. La notifica al PM è quindi obbligatoria.

Alcuni ritengono che il legislatore abbia tenuto in conto l'impatto che questo tipo di azioni possono avere sull'interesse pubblico (si pensi a condotte imprenditoriali che hanno leso centinaia di migliaia di consumatori); secondo altri, invece, è stato dato particolare rilievo alla rilevanza penalistica che hanno assunto nel recente passato i giudizi proposti da migliaia di risparmiatori dinanzi al giudice civile.

Inammissibilità della domanda

All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti ad una Autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

La domanda è dichiarata inammissibile quando:

- d) è manifestamente infondata;
- e) sussiste un conflitto di interessi;
- f) il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili;
- g) il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (comma 6).

Tale ordinanza è reclamabile, entro 30 giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore, davanti alla Corte d'appello (comma 7).

Con l'ordinanza di inammissibilità il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 cpc, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente (comma 8).

Il giudice respinge l'AC quando esclude, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la richiesta avanzata possa essere accolta, sul piano del fatto e del diritto.

Un momento fondamentale del giudizio è la prima udienza perché il giudice deve assicurare il c.d. "filtro", verificando la sussistenza di quattro requisiti di ammissibilità, la cui mancanza potrà essere contestata dall'impresa. Il "filtro" serve a scongiurare il rischio che l'impresa sia esposta ad un grave danno, anche di immagine, in conseguenza dell'esercizio e della pubblicizzazione di azioni collettive infondate e temerarie o, comunque, prive dei requisiti della serialità. Un ulteriore obiettivo è quello di evitare che l'impresa si senta, come è avvenuto spesso in America, forzata non solo per ragioni di danno all'immagine, ma anche per problemi di appostamento in bilancio, a stipulare una transazione alla quale altrimenti non accedrebbe.

Negli Stati Uniti, i proponenti debbono provare la fondatezza delle azioni di classe proposte e tale requisito rappresenta l'ostacolo su cui cadono il 70-80% delle azioni stesse. Al contrario, l'articolo 140-bis propone il criterio di "manifesta infondatezza" che dal punto di vista sostanziale è difficile da argomentare all'esito della prima udienza, quando il giudice deve decidere se ammettere o non ammettere l'azione di classe.

Innanzitutto, l'impresa può alla prima udienza eccepire l'inammissibilità per manifesta infondatezza dell'azione e quindi chiedere al giudice di compiere una valutazione *ex ante*, prognostica, sulle probabilità che l'azione sarà rigettata all'esito dell'istruttoria. E lo si chiede nell'ambito di giudizi che, quasi sempre, avendo una finalità risarcitoria, richiederebbero un'attività istruttoria, se non altro ai fini della quantificazione del danno e, quindi, una consulenza tecnica d'ufficio.

È ragionevole affermare che il tribunale dichiarerà l'azione inammissibile per manifesta infondatezza quando già alla prima udienza sia documentalmente dimostrabile che il diritto è prescritto, che è stato oggetto di rinuncia o di transazione e, soprattutto, che l'azione esula palesemente dal perimetro temporale soggettivo e oggettivo stabilito dalla norma. Il che non significa che non si possa agire in giudizio, ma soltanto che non si può proporre un'azione collettiva.

Ai fini della manifesta infondatezza, va verificato il requisito della "numerosity", cioè di una pluralità ragionevole di soggetti interessati rispetto all'azione intrapresa. Si deve presumere che dietro i promotori vi sia una classe di danneggiati.

Il concetto di pluralità può significare, a seconda dei casi, piccoli o grandi numeri. Dovrà essere valutato caso per caso, sempre però sulla base di un criterio: quando ha dubbi il giudice deve chiedersi se, data la situazione concreta, il giudizio in forma collettiva gli permette di trattare le domande in forma più efficiente dal punto di vista della istruzione, della trattazione e della decisione rispetto al giudizio individuale.

Altri casi di manifesta infondatezza possono riguardare la carenza di legittimazione attiva, che l'impresa potrà eccepire in almeno due ipotesi: a) nel caso in cui un'associazione di consumatori agisca in proprio, cioè faccia quello che continuano a fare alcune associazioni di consumatori promovendo cause pilota in cui si affermano direttamente danneggiati; b) nel caso in cui l'attore non sia un consumatore, cioè non sia, in base all'art. 3, lettera a), del Codice del Consumo, una "*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*". Ad esempio, l'azione è inammissibile se è proposta da tanti lavoratori subordinati di un'impresa per il risarcimento di un danno subito nello svolgimento della loro attività lavorativa o da un'altra persona giuridica.

Circa la sussistenza del conflitto d'interesse, esso potrebbe emergere nel caso di un'impresa che, a seguito di una condotta lesiva dei diritti di una pluralità di soggetti e, quindi, del conseguente rischio di un'AC, decida di finanziare un promotore che avvii un'AC compiacente al fine di bloccare iniziative più aggressive e convincenti da parte di altri danneggiati. Altra ipotesi potrebbe essere quella di un'associazione promotrice l'AC, "amica" di una determinata impresa, la quale abbia interesse a che l'impresa concorrente subisca un danno reputazionale, oltreché economico, da un'AC.

Altro esempio è quello dell'attore che, dichiarando di agire quale membro di una classe, tende nell'atto di citazione a valorizzare le peculiarità giuridiche o fattuali della sua situazione. Ovviamente, più valorizza le sue peculiarità, più restringe la classe e rende difficile l'adesione da parte di altri soggetti.

Si pone il problema se i **soci di una cooperativa** possano strutturalmente trovarsi in una situazione di conflitto di interesse, tale da escludere la loro facoltà di avviare un'AC. L'esempio

dei soci di una cooperativa di consumo porterebbe a rispondere negativamente in quanto, indipendentemente dagli strumenti interni che una cooperativa possa mettere a disposizione per risolvere una controversia, si rischierebbe una disparità di trattamento tra soci e terzi. D'altra parte, è difficile invocare per i soci la condizione relativa all'assenza dei requisiti professionali per essere legittimati ad avviare un'AC.

Le cooperative non possono quindi dichiararsi immuni da tale strumento, anche alla luce del rapporto speciale –societario e mutualistico - che intercorre tra le stesse e le rispettive basi sociali. Indubbiamente, il livello di coinvolgimento non è eguale per tutte le cooperative. La scelta del Legislatore di standardizzare le situazioni giuridiche che possono sfociare in un'azione collettiva se, da un lato, impone una maggiore attenzione ai soggetti che operano nel *mass market*, dovrebbe al tempo stesso rendere meno esposta la posizione di cooperative quali, ad esempio, quelle di produzione e lavoro. È, in un certo senso, la condizione che potrebbe vivere il segmento industriale delle imprese lucrative, probabilmente meno interessato di quanto lo potrebbero essere i settori delle *utilities* (si pensi, ad esempio, a quelle telefoniche o energetiche) o, ancora, il segmento bancario per i rapporti con la clientela. E in effetti, se si guarda alle prime azioni collettive già proposte, si osserva come queste riguardino proprio i rapporti banca-cliente (anche se altre azioni sono state recentemente annunciate, tra le quali, ad esempio, una riguardante un noto marchio di *software*).

Il tema concernente il rapporto tra soci e cooperative richiama anche quello del prestito sociale. È stato appena ricordato che, ai fini della class action, la qualifica di consumatore assorbe e prevale su quella di socio. Si pone il problema se lo stesso principio valga anche per quei rapporti contrattuali, nello specifico quello di Prestito Sociale, dove la qualità di socio è richiesta espressamente dalla legge e, quindi, il servizio non può essere offerto indiscriminatamente alla generalità dei soggetti, ma solo ai soci.

Come precisano anche le istruzioni di Banca Italia, il prestito da soci - in quanto strumento fondato sul rapporto sociale e riguardante le esigenze di capitalizzazione dell'impresa - non è qualificabile come raccolta di risparmio. Sotto questo profilo il prestito è estraneo a qualsiasi rapporto contrattuale di consumo ricollegabile all'attività della persona fisica che agisce per finalità estranee, rilevando esclusivamente il rapporto tra il socio e la cooperativa.

Peraltro, tutto ciò che riguarda la materia degli strumenti finanziari è estraneo a questa disciplina. L'acquisto di strumenti finanziari, obbligazioni, azioni, sottende una modalità di impiego del risparmio estraneo ai fini del consumo, ma, al contrario, volta a sottrarre risorse dal consumo ai fini di un loro impiego con finalità, in senso lato, di "rischio finanziario". Manca quindi il presupposto per applicare il 140-bis a tutto ciò che riguarda la materia finanziaria.

Riguardo la capacità di curare gli interessi della classe, il giudice dovrà verificare se il proponente abbia la struttura organizzativa e i requisiti patrimoniali per la promozione dell'AC.

Tale verifica sembra presupporre che l'attore che agisce con l'azione collettiva debba essere più organizzato e più ricco rispetto a quello che agirebbe in via ordinaria. Tuttavia, non siamo di fronte ad un giudizio plurisoggettivo (le parti in senso processuale sono l'attore consumatore e l'impresa; gli aderenti depositano in cancelleria un atto –l'adesione- che attribuisce loro la qualità di parte in senso sostanziale e non processuale). Conseguentemente, non potendo gli aderenti assumere iniziative processuali, la sequenza di memorie, di atti e di iniziative istruttorie, che caratterizzerà il giudizio collettivo, non dovrebbe divergere significativamente da quella dei tradizionali giudizi individuali.

Non vi è, quindi, ragione per cui un avvocato possa richiedere a titolo di onorari a un consumatore una somma maggiore qualora decida di proporre le sue domande risarcitorie in forma

collettiva piuttosto che individuale. Così come non vi è ragione per cui il Tribunale di Roma dovrebbe condannare il consumatore a pagare una somma maggiore a titolo di spese di lite qualora respinga le domande proposte in forma collettiva piuttosto che individuale.

Si potrebbe eccepire che la differenza sta nella pubblicizzazione, ma delle due l'una: o il giudice ammette l'azione e, quindi, ordina la pubblicità, ma a cura e spese del soccombente, oppure il giudice non ammette l'azione, ma se non ammette l'azione non ci sarà alcuna pubblicità.

Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese e chi agisce avventatamente paga le spese e anche i danni. Infatti, l'articolo 96 cpc stabilisce che, se la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Ammissione dell'azione di classe

Qualora il tribunale ammetta l'azione, fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa **ordinanza di ammissibilità**, il tribunale:

- a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;
- b) fissa un termine perentorio non superiore a 120 giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione sono depositati in cancelleria. *Omissis* (comma 9).

È rimesso al giudice indicare quale sia la pubblicità più opportuna, con riguardo alla platea di appartenenti alla classe e alla dimensione geografica dell'illecito contestato.

Si dichiara l'improcedibilità dell'AC se non si rispettano le prescrizioni del tribunale sulla pubblicità.

L'ordinanza di ammissibilità specifica i criteri con i quali si identificano i soggetti che possono aderire. In base a tali criteri sono vagliate le richieste di adesione all'AC presentate dai singoli consumatori e può prendere corpo l'insieme dei soggetti nei cui confronti il giudizio è destinato a produrre effetto.

È quasi un progetto di sentenza favorevole e questo favorisce anche le soluzioni stragiudiziali. Non sono però previsti meccanismi di conciliazione preventiva. Le transazioni sono possibili e vincolano soltanto i consumatori che aderiscano all'accordo.

L'intervento dei terzi

È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 cpc (comma 10).

L'articolo 105 stabilisce che ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse.

Aspetti procedurali

Con l'ordinanza di ammissibilità dell'AC il tribunale determina anche il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Il tribunale provvede anche a prescrivere le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, ometta ogni formalità non essenziale al contraddittorio (comma 11).

Il giudice determina il corso della procedura garantendo al contempo il rispetto del principio del contraddittorio ma, soprattutto, una efficiente gestione e trattazione del processo collettivo. In particolare, è previsto, estendendo al giudizio ordinario di cognizione una frase contenuta nell'art. 669-sexies c.p.c. in materia cautelare, che il giudice regoli l'istruzione nel modo che ritiene più opportuno, disciplini ogni questione di rito, ometta ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Si prevede anche che il giudice possa adottare quelle misure atte a evitare indebite complicazioni nella presentazione di prove o argomenti. È chiaro il fine: si vuole sacrificare l'esigenza di predeterminazione normativa dell'*iter* processuale successivo alla prima udienza, superata la fase di ammissibilità, in favore di una gestione del processo affidata a una maggiore discrezionalità del giudice, così che possa calibrarla sulle esigenze del caso concreto.

La sentenza di condanna

Se accoglie la domanda, il tribunale emette **sentenza di condanna** con cui liquida le somme definite dovute a coloro che hanno aderito alla AC o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. Omissis.

La sentenza diviene esecutiva decorsi 180 giorni dalla pubblicazione e i pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto o incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza (comma 12).

La menzionata tendenza a una maggiore efficienza di gestione del processo collettivo traspare anche dal comma in esame. Infatti, si prevede espressamente che, una volta accertata la responsabilità dell'impresa, il giudice debba liquidare le somme definitive dovute all'attore e a ciascuno degli aderenti; si specifica inoltre che, qualora sia problematico determinare il *quantum* spettante a ciascuno di loro, il giudice possa o ricorrere subito, in prima battuta, a quella liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. che nella tradizione del nostro contenzioso costituisce una *extrema ratio*, oppure addirittura stabilire un criterio omogeneo di calcolo. Dovrebbe essere, cioè, una percentuale del *petitum*, ossia una percentuale del *quantum* richiesto dall'attore e da ciascuno degli aderenti. Ma quello che conta è che si è voluto porre l'enfasi sulla sentenza di condanna, cioè una volta accertata la responsabilità dell'impresa, il legislatore vuole che si imponga una prestazione pecuniaria all'impresa in favore dell'attore e in favore di ciascuno degli aderenti e che il tribunale faccia tutto il possibile per indicare una cifra, facilitando così il compito, che potrebbe essere ostico per varie ragioni, al giudice dell'esecuzione.

Non si tratta di condanna generica, perché con questa sentenza il consumatore ha un titolo esecutivo.

Ruolo della Corte d'Appello

La Corte d'Appello, richiesta dei provvedimenti di sospensione di cui all'articolo 283 cpc¹⁰, tiene conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori e delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La Corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più idonee (comma 13)

Nel decidere sull'istanza di sospensione la corte d'appello terrà conto delle eventuali difficoltà di un'eventuale ripetizione degli importi nel caso in cui l'impugnazione fosse accolta. Infatti, può risultare molto complicato per l'impresa che abbia pagato una moltitudine di consumatori ottenere poi la restituzione delle somme. In ogni caso il giudice può sempre disporre che le somme vengano depositate e restino vincolate nelle forme ritenute più opportune

Effetti della sentenza definitiva

La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'AC. Non sono proponibili ulteriori AC per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice. Quelle proposte entro il termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale, altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine non superiore a 60 giorni per la riassunzione davanti al primo giudice (comma 14).

La fase successiva alla conclusione del giudizio collettivo in primo grado è caratterizzata da un periodo semestrale di grazia in cui eccezionalmente la sentenza non diventa provvisoriamente esecutiva dopo il deposito e in cui l'impresa può eseguirla spontaneamente con pagamenti che sono esenti da qualsiasi diritto, tributo, accessorio di legge anche maturato dopo il relativo deposito. È chiaramente un incentivo alla spontanea esecuzione, incentivo che si aggiunge a quello che di fatto deriva dalla legittimazione attiva in fase esecutiva. Nel silenzio della norma sul punto, non solo l'attore ma ciascuno degli aderenti potrà proporre azioni finalizzate all'esecuzione coattiva del capo della condanna che lo riguarda. Avremo una condanna che, a seguito di una parte in cui si accerta la responsabilità dell'impresa, dovrà contenere tanti capi di condanna a singole somme quanti sono gli aderenti che avranno dimostrato di averne titolo. Quindi, dinanzi al giudice dell'esecuzione, può accadere che l'impresa sia di nuovo esposta a quella molteplicità di azioni individuali che il legislatore ha voluto evitare nella fase di cognizione.

¹⁰ L'articolo 283 cpc stabilisce che “”il giudice dell'appello, su istanza di parte, proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione.

Entrata in vigore

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano agli illeciti compiuti dopo l'entrata in vigore della legge 99/09 (a partire dal 15 agosto 2009).

Il decreto anticrisi (DL 78/09, articolo 23, comma 16) stabilisce che l'AC entrerà in vigore dal 1 gennaio 2010.

Ciò significa che le prime azioni di classe potranno essere concretamente promosse a partire dal 1° gennaio 2010, ma potranno avere ad oggetto pretese risarcitorie derivanti da illeciti commessi a partire dal 15 agosto 2009.

Questa è una deroga alla regola generale secondo la quale, qualora vengano introdotte nuove norme processuali civili, queste ultime possono applicarsi per esercitare diritti maturati, o per contestare condotte poste in essere, anteriormente alla loro entrata in vigore. Comunque, l'impresa può innanzitutto eccepire l'inammissibilità dell'azione qualora l'attore contesti una condotta posta in essere dall'impresa prima del 15 agosto 2009. Invece, nel caso in cui l'attore chieda il risarcimento di un danno derivante da identiche condotte ripetute o da un'unica condotta che è stata posta in essere a cavallo, prima e dopo il 15 agosto 2009, allora l'impresa può eccepire che dovrebbero assumere rilievo soltanto quelle condotte o quella parte del danno che sono occorse dopo il 15 agosto.

In teoria, questa linea di demarcazione è abbastanza facile, ma è prevedibile che in tribunale si verificheranno tanti problemi, soprattutto di natura operativa. Come nel caso in cui l'attore chieda il risarcimento di un danno alla salute derivante dal ripetuto utilizzo, prima e dopo il 15 agosto, di sigarette oppure di colliri o altri medicinali la cui composizione chimica è stata alterata dal produttore. È facile dire che in tali casi non rileva la condotta anteriore al 15 agosto ma, in concreto, è difficile stabilire qual è la parte della condotta e qual è la parte del danno che veramente assume rilievo a fini risarcitori nell'ambito del giudizio collettivo. Altro problema è se l'attore chiede il risarcimento di un danno derivante da un'unitaria campagna pubblicitaria ingannevole, magari iniziata a luglio e conclusa a ottobre dell'anno scorso. Anche in tal caso è difficile accertare la parte del danno subito in conseguenza di quella campagna successivamente al 15 agosto.