

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA
CONVEGNO 28/10/2008
RELAZIONE AVV. ANTONFRANCESCO VENTURINI

CLASS ACTION
AMBITO DI APPLICAZIONE

Il reale oggetto della class action così come disciplinata dalla L.244/07 è **l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso e la imputabilità dello stesso ad una determinata azienda o ad un determinato professionista.**

Esaminiamo l'ambito di applicazione della norma sotto il profilo soggettivo (sia come legittimazione attiva che passiva) sia sotto il profilo oggettivo, per poi passare ad un breve accenno alla ipotesi di class action nella P.A. ed ad alcune considerazioni sulla irretroattività o meno delle norme.

A) Profilo soggettivo:

a.1) legittimazione attiva

Contrariamente alla class action applicata nei paesi di common law, quella nostrana non prevede la possibilità di intraprendere l'azione da parte di chiunque sia esso soggetto leso sia soggetto che si assume come promotore dell'azione medesima (ad es. uno studio legale), ma attribuisce la legittimazione unicamente a due tipologie di entità che potremmo definire istituzionali:

- 1) alle associazioni di cui all'art.139 comma 1 del codice del consumo**, e, pertanto, a quelle associazioni dei consumatori ed utenti inserite nell'elenco tenuto dal Ministero delle attività produttive rappresentative a livello nazionale (i requisiti che esse debbono avere sono elencati nell'art. 137 del codice del consumo: costituzione a mezzo atto pubblico o scrittura privata autenticata da almeno tre anni, statuto a base democratica, scopo

esclusivo della tutela di consumatori e utenti senza fine di lucro, tenuta di un elenco degli iscritti aggiornato annualmente, numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, elaborazione del bilancio e tenuta dei libri contabili conformemente alle norme vigenti, svolgimento di attività continuativa nei tre anni precedenti, non avere i suoi rappresentanti subito condanne in relazione all'attività dell'associazione e non riversare in conflitto d'interessi); attualmente dette associazioni sono 16 (Acu; Adiconsum; Adoc; Adusbef; Assoutenti; Ctcu; Cittadinanzattiva; Codacons; Codici; Conconsumatori; Federconsumatori; La casa del Consumatore; Lega Consumatori; Movimento difesa del cittadino; Unione nazionale consumatori);

- 2)** associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

Per la individuazione dei soggetti di cui al punto 1) non vi sono ovviamente particolari problematiche, mentre assai delicata appare la individuazione dei soggetti di cui al punto 2) dato che la norma non fornisce specifiche indicazioni, pertanto sarà la giurisprudenza a dover individuare caso per caso gli elementi caratterizzanti.

E' evidente che il legislatore ha voluto sottomettere la rappresentatività dell'attore collettivo ad una valutazione del potere pubblico (sia esso politico sia esso giudiziario), quando al contrario sarebbe apparso più consono attribuire al mercato la qualifica di vero arbitro nella delicata materia in gioco. Infatti solo il numero delle adesioni raccolte per una determinata azione rappresenta l'effettiva rilevanza della class action, pertanto sarebbe stato quanto mai opportuno prevedere per l'ammissibilità dell'azione e/o la rappresentatività dell'attore

collettivo un minimo di adesioni individuali, cosicchè la insufficiente raccolta avrebbe impedito la proposizione di azioni di scarso interesse anche ad associazioni blasonate.

Sempre sotto il profilo delle legittimazione attiva, ma questa volta riguardante la identificazione del soggetto i cui diritti sono stati lesi e che, pertanto, potrebbe intervenire secondo il sistema dell'opt-in, elemento questo fondamentale per disegnare i confini dell'azione, è opportuno rilevare come la norma si riferisca solo a **“consumatori ed utenti”**.

Il consumatore è definito dall' **art.3 lett.a) del codice del consumo come la persona fisica che agisce (acquistando e utilizzando beni o servizi) per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.**

L'utente è colui che utilizza in base ad un contratto un servizio pubblico o privato di rete, il codice del consumo, all'art.101, garantisce all'utente il riconoscimento dei diritti previsti dalle leggi dello Stato e delle Regioni, rinviando a tali leggi per la definizione.

Peraltro, interpretando correttamente la normativa di riferimento (vd. codice del consumo), si rileva che la qualità di consumatore è riferibile anche alla **persona fisica destinataria di informazioni commerciali** (art.5 cod.cons.), nonchè al **soggetto passivo del messaggio pubblicitario ingannevole** (art.18 cod.cons.), e quindi nella fase antecedente all'acquisto.

E' evidente che in materia di class action dovrà farsi riferimento a tutte le su dette classificazioni.

Appare, invece, da escludere che l'azione collettiva possa essere promossa nell'interesse di altri soggetti, quali ad es. commercianti lesi da comportamenti anticoncorrenziali di una impresa fornitrice o da pubblicità ingannevole, proprio perchè essi non possono in alcun modo rientrare nella categoria di consumatori e utenti.

a.2) legittimazione passiva

L'esplicito riferimento che l'art. 140 bis del codice del consumo fa alla "impresa", individuando come Tribunale competente quello della sede di quest'ultima, porta a ritenere che l'azione possa essere rivolta unicamente alle aziende (od ai professionisti) e, quindi, ad escludere, salvo coraggiosi interventi interpretativi, che essa possa essere rivolta nei confronti di persone fisiche.

Conseguentemente parrebbero escluse tutte quelle azioni di responsabilità a sensi dell'art.2395 c.c. finalizzate al ristoro del danno diretto causato da amministratori e sindaci ai consumatori e utenti, quali i risparmiatori-investitori i quali hanno subito un danno a seguito di comportamenti illeciti e/o penalmente rilevanti (ad es. false comunicazioni sociali, bancarotta fraudolenta etc.).

Non da ultima è da rilevare la perplessità che genera la competenza funzionale, dato che apparirebbe non ammissibile l'azione nei confronti di imprese che non hanno la sede in Italia.

B) Profilo oggettivo

L'ambito di applicazione oggettivo dell'azione è limitato a domande che devono trarre fondamento:

- 1.da un contratto stipulato ai sensi dell'art. 1342 c.c.;
- 2.da condotte comportanti atti illeciti extra contrattuali;
- 3.da pratiche commerciali scorrette;
- 4.da comportamenti anti concorrenziali.

Naturalmente l'azione è ammissibile quando sono lesi diritti di una pluralità di soggetti (consumatori o utenti).

Il primo punto limita la tutela ai contratti stipulati, ai sensi dell'art.1342 c.c., tramite schemi predisposti per più contratti, quindi essa non dovrebbe essere estesa a quelli non aventi tali caratteristiche o se si acquista un prodotto al dettaglio.

L'art. 1342 c.c. costituisce qualcosa di giuridicamente diverso dai contratti dei consumatori previsti dagli art.33/38 del codice del consumo, e sui quali ci si sarebbe aspettato un riferimento, ma tale essendo la scelta del legislatore non resta che prenderne atto non senza manifestare qualche perplessità. Infatti sarebbe

apparso più corretto il richiamo alla disciplina del codice del consumo, anziché a quella del codice civile, fatto questo che ha indotto qualche autore ad una interpretazione estensiva nel senso che l'azione collettiva sembrerebbe possibile per tutti quei contratti conclusi con moduli o formulari indipendentemente dallo status di "consumatore" del contraente.

Il secondo punto amplia lo spazio dell'azione a tutti gli atti (rectius "fatti") illeciti extracontrattuali.

Anche qui la norma si discosta dal codice del consumo nel quale è prevista la responsabilità del fabbricante per il danno cagionato dai difetti del suo prodotto, infatti in tale caso i danni risarcibili sono la morte o lesioni personali, nonché la distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purchè di tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e così principalmente utilizzata dal danneggiato (art.123 cod. cons.). La class action, invece, sembrerebbe estendere la risarcibilità anche ai danni alla salute, comunque cagionati, ai danni derivanti dalla circolazione stradale e da qualsiasi altra lesione di un diritto che sia fonte di illecito extracontrattuale.

Il terzo punto ha ad oggetto pratiche commerciali scorrette che possono essere suddivise in **"aggressive"** ed **"ingannevoli"**:

- a) "è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio riguardo al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti";
- b) "è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non corrispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella

sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo uno o più elementi (caratteristiche principali del prodotto, il prezzo o il modo in cui questo è calcolato, la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione) e, in ogni caso, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe preso altrimenti; è altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso; e' considerata, infine, ingannevole una pratica commerciale che omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno”.

Il quarto punto riguarda pratiche anticoncorrenziali (per esempio intese restrittive della concorrenza vietate dalla legge nazionale antitrust n.287/1990) poste in essere da aziende fornitrici di beni o servizi, sempre che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o utenti. Tale fattispecie comporta un delicato rapporto con l'Antitrust, rapporto risolto con la soluzione della sospensione dell'azione collettiva fino alla pronuncia dell'Autorità, nel caso in cui essa si fosse attivata.

C) la class action nella settore pubblico

De iure condendo riveste particolare importanza la ipotesi della class action nel settore pubblico, istituito questo che è assunto a motivo (o forse giustificazione) principale per procedere al rinvio della entrata in vigore dell'azione collettiva nel settore privato, infatti si legge nell'art. 36 D.L.112/08 che la proroga della entrata in vigore è disposta “anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica, nei confronti delle pubbliche amministrazioni”.

Le ipotesi dell'ambito di applicazione nel settore pubblico sono apparse subito veramente innovative e radicali, infatti si è

pensato di applicare il rimedio non solo alle amministrazioni pubbliche, ma anche ai gestori di servizi pubblici, di indirizzare l'azione non per ottenere un risarcimento del danno, quanto per ripristinare le condizioni di efficienza della P.A.; non tanto, quindi, la condanna a somme di denaro, quanto quella di adottare in tempi brevi tutte le misure organizzative necessarie.

Il tutto rafforzato con la previsione di commissariamento dell'Ente inadempiente.

D) Irretroattività della norma

Particolare importanza riveste nel campo di applicazione della class action la determinazione della irretroattività o meno della norma.

Il legislatore, sembra più per calcolo politico (trovandosi tra due fuochi, imprese da una parte ed associazioni di consumatori dall'altra) che per vera dimenticanza, ha taciuto sul punto lasciando all'interprete la soluzione.

Se si ritenesse la disciplina dell'azione collettiva come mero strumento processuale è evidente che la norma si applicherebbe anche per i fatti antecedenti alla sua entrata in vigore.

Se, al contrario, si ritenesse che la normativa avesse istituito nuovi diritti (nella specie una nuova legittimazione sostanziale riguardante un interesse che compete iure proprio alle associazioni), la retroattività sarebbe da escludere.

In detto ultimo senso deve leggersi l'ordine del giorno G2.100 al DDL n.8817-B nel quale si chiedeva di impegnare il Governo ad adottare ogni idoneo provvedimento per chiarire la questione dell'applicabilità a fatti antecedenti alla entrata in vigore, in quanto.." trattandosi di disciplina che innova gli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti, in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico italiano essa dovrebbe applicarsi ai fatti successivi alla sua entrata in vigore".

(Avv. Antonfrancesco Venturini)