

Alberto Santa Maria

**L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti
anticorcorrenziali fra Libro bianco e legge italiana**

1. Introduzione

Con la legge 24 dicembre 2007, n. 244 portante l'approvazione della legge finanziaria per il 2008 (art. 2, commi 445-449) è stata "precipitosamente" introdotta nel nostro sistema giuridico e collocata nei sei commi dell'art. 140-*bis* cod. cons. l'*azione collettiva risarcitoria*, *ab initio* salutata dalla carta stampata anche specialistica, con toni più critici che favorevoli, come "*class action*" italiana.

In realtà, l'azione collettiva "generale" introdotta dall'art. 140-*bis* cod. cons., più che una *class action* della quale costituisce soltanto una lontana imitazione, sembra piuttosto essere il frutto di quel disegno di generalizzazione ed estensione del modello processuale "europeo-continentale", già oggi disciplinato dagli artt. 139 e ss. cod. cons. e, nella sostanza, importato in Italia nel settore della tutela dei consumatori per effetto degli obblighi di adattamento ed attuazione della legislazione comunitaria, in ossequio ai principi dell'attuale Titolo XIV (già XI) del Trattato CE, riguardante la protezione dei consumatori.

L'uso, vuoi a scopo semplificatorio vuoi per fini propagandistici, del termine "*class action*" per definire il contenuto della nuova riforma processuale italiana in esame finisce per ingenerare confusione e per alimentare, secondo i casi, aspettative o timori, le une e gli altri ingiustificati e privi di sostanza.

Non è un caso che gli autori del nuovo articolo 140-*bis* cod. cons. abbiano scelto di rubricare la norma "azione collettiva risarcitoria", giusta una dizione senz'altro tecnicamente più appropriata, ben nota al nostro ordinamento¹ e designante uno schema processuale già collaudato nel diritto interno italiano: quello, appunto, dell'azione collettiva o associativa di ascendenza tedesca (la *Verbandsklage* sulle condizioni generali di contratto del 1976, modello dell'attuale legislazione comunitaria in materia).

Molteplici sono i motivi, attinenti alle diversità in generale del sistema processuale civile statunitense rispetto al nostro, che concorrono nel non rendere

¹ Cfr. la rubrica dell'art. 13 d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, di "*attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*", oggi trasfuso nel Cod. cons.

facilmente traducibile lo strumento processuale di una “vera” *class action* nel nostro ordinamento giuridico².

Innanzitutto, un ruolo importante hanno le ben più ampie competenze attribuite al giudice statunitense nella conduzione del processo che, nello specifico di una *class action*, in forza dell’elevata preparazione di quel giudice in tema di analisi economica, gli consentono di gestire e anche orientare “secondo giustizia”, in piena autonomia, l’intera fase preliminare del procedimento sino al momento cruciale della “certificazione” della “categoria” o “classe”.

Inoltre, l’istituto della “*discovery*”, nel sistema americano, impone a ciascuna delle parti di produrre, nella fase iniziale – determinata dal giudice nei tempi, nei contenuti e sotto il suo continuo controllo che si estrinseca anche in tempestive ordinanze, ove richiesto da una delle parti – tutti i documenti in loro possesso attinenti alla causa (e non solo quelli che ciascuna parte ritenga opportuno produrre nel proprio interesse), con un sistema, quindi, di per sé idoneo a consentire una piena conoscenza dei documenti rilevanti alla parte sulla quale grava l’onere della prova (con sensibile beneficio nei riguardi della posizione degli attori in una *class action*).

Nel processo civile statunitense, poi, per restare agli aspetti che mi sembrano più significativi, vi sono ancora: l’interrogatorio dei testimoni, gestito da ciascuna delle parti a trecentosessanta gradi, in via diretta e in sede di controinterrogatorio; la possibilità che, con la sentenza di condanna che conclude il procedimento, vengano erogati i c.d. “*punitive damages*” nei confronti della parte responsabile dell’illecito, se riconosciuta colpevole di aver agito con dolo o colpa grave; il fatto che l’azione civile per danni sia decisa da una giuria popolare; il regime delle impugnazioni per cui, ove espressamente ammesso a seguito di un esame preliminare di “possibile” fondatezza condotto dal giudice, l’appello é di regola limitato ad un solo ulteriore grado di giudizio, con conseguente sensibile compressione dei tempi dell’intero processo rispetto alla concreta durata media di una causa italiana (due/tre contro 10 anni e più)³.

² Sulle ingenti difficoltà di tradurre in termini giuridici nostrani l’istituto della *class action* statunitense a causa delle notevoli differenze “sistemologiche” inerenti ai due ordinamenti giuridici, si veda l’ampia e approfondita analisi di C. CONSOLO, “*Class actions fuori dagli USA? (Un’indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*”, *Riv. dir. civ.*, 1993, I; 609 e ss., *passim*. Sullo stesso tema e dal medesimo Autore (insieme a R. B. CAPPALLI) si veda già, in lingua inglese, “*Class Action for Continental Europe: A Preliminary Inquiry*”, in 6 *Temple Int’l and Comp. L.J.*, 217 (1993).

³ A. SANTA MARIA, *Proposta senza appigli comunitari*, articolo su *Il Sole 24 Ore* del 24 dicembre 2007, pag. 32. In tale articolo, nel mettere in evidenza tali profonde differenze strutturali, ricordavo anche che la Commissaria per la protezione del consumatore, Meglena Kuneva, in un suo intervento alla *Conference on Collective redress*, dal titolo “*Healthy markets need effective redress*” tenuto a Lisbona il 10 novembre 2007, si è dichiarata contraria all’introduzione in Europa di una qualsiasi forma di *class action* e, comunque, un’eventuale azione collettiva comunitaria

Nello specifico, lo strumento dell'azione collettiva italiana, oltre che "spuntata" per le ragioni di ordine generale sopra richiamate, si presenta come fortemente riduttivo rispetto ad una vera azione di categoria sia dal punto di vista dei soggetti coinvolti, attori e convenuto: esclusivamente identificati, i primi, in associazioni di categoria o comitati⁴ in rappresentanza dei "consumatori" e degli "utilizzatori", da una norma volutamente collocata nel codice del consumo e, il secondo, in un'"impresa" o in una "serie di imprese", sia anche *ratione materiae*, in considerazione dei limitati contenuti per i quali viene consentita questa nuova forma di tutela processuale.

Ciò non di meno, *l'azione collettiva risarcitoria* ha in comune con la "*class action*" statunitense⁵ la *ratio* ad esse sottesa, volta alla migliore tutela, perseguita con l'una e con l'altra, di *interessi collettivi*.

dovrebbe non avere il carattere punitivo della *class action* statunitense e in particolare, andrebbero opportunamente scoraggiate le azioni legali temerarie.

⁴ E' noto che questo doppio passaggio è del tutto inesistente in relazione alla *class action* che viene proposta da avvocati, nell'interesse dei loro clienti, attuali e potenziali, portatori di un interesse *collettivo* o di *classe*. A tale riguardo sono espressamente previste forti cautele demandate al giudice fra le quali, *in primis*, stanno la verifica e la valutazione, rimesse alla piena discrezionalità del giudice, in merito all'idoneità dell'avvocato di rappresentare adeguatamente la difesa degli *interessi collettivi* in considerazione.

⁵ Negli anni più recenti, due sono state le grandi riforme che, a livello federale, hanno investito o condizionato la *class action rule* per arginarne – almeno *in votis* - le vere o presunte "degenerazioni". Si tratta, per la precisione, delle numerose modifiche ed aggiunte apportate il 1° dicembre 2003 alla stessa Rule 23 Fed. R. Civ. Proc. (la disposizione processuale federale a carattere generale che definisce i presupposti e disciplina gli aspetti peculiari dei procedimenti in forma di *class action* intentati davanti ai giudici federali) e del successivo Class Action Fairness Act del 2005, con il quale il Congresso degli Stati Uniti ha approvato, dopo un'elaborazione e una discussione parlamentare più che decennali, una riforma dei criteri giurisdizionali interni attributivi delle cause in forma di *class action*, rispettivamente, ai giudici statali ovvero a quelli federali. Gli Amendments del 2003 hanno investito, in particolare, (a) la fase preliminare della c.d. *class certification* (lo stato del procedimento in cui la corte federale adita valuta se l'azione proposta in forma di *class action* possa legittimamente e convenientemente procedere in tale forma), regolando in dettaglio la selezione dell'avvocato difensore della classe, (b) la disciplina della definizione non contenziosa della lite (conciliazione, rinuncia agli atti, ecc.), precisandone le forme e le garanzie a favore dei membri assenti della classe e (c) il regime della liquidazione degli onorari e delle spese, rafforzando i poteri di vigilanza e di sindacato del giudice. Il Class Action Fairness Act del 2005 (CAFA) è intervenuto, invece, sulle norme legislative federali in materia di giurisdizione, estranee al corpo delle Federal Rules of Civil Procedure, e ha esteso la giurisdizione dei giudici federali attribuendo a questi ultimi giurisdizione su tutte le *class action* di valore aggregato superiore ai 5 milioni di dollari e in cui almeno un membro della classe o uno degli avversari della classe siano fra loro cittadini di Stati diversi degli Stati Uniti ovvero fra i membri della classe o fra i suoi avversari vi siano cittadini di Paesi stranieri o Stati esteri. Esso ha conferito espressamente ai giudici federali il potere di declinare la propria giurisdizione a favore di quella dei giudici statali in presenza di fattori soggettivi ed oggettivi di intenso collegamento della lite con uno specifico foro statale, ovvero, in casi di legame ancora più stretto, ha reso tale devoluzione obbligatoria. La legge ha anche introdotto alcune disposizioni volte a tutelare i "consumatori" nei casi di conciliazioni

2. Sintesi della nuova disciplina italiana

In una succinta visione, l'art. 140 *bis* cod. cons., nel suo testo finale⁶, prevede:

- l'azione giurisdizionale posta a "tutela degli interessi collettivi dei consumatori" e diretta all'"*accertamento del diritto* al risarcimento dei danni e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti", proponibile nei confronti di una "*impresa*", nella cornice di "rapporti giuridici relativi a *contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342* del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di *pratiche commerciali scorrette* o di *comportamenti anticoncorrenziali*", sempre che si sia in presenza di una *lesione dei "diritti di una pluralità di consumatori e di utenti"* (art. 140-*bis*, comma 1°);
- la competenza per materia del tribunale, che giudicherà in composizione collegiale art. 2, comma comma 448 l. fin. cit., che modifica in tal senso l'art. 50-*bis* c.p.c., aggiungendovi un n° 7-*bis*);
- la competenza territoriale del "*foro dell'impresa*" convenuta, dovendo la domanda proporsi, per l'appunto, "*al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa*" (art. 140-*bis*, comma 1°);
- la legittimazione a promuovere tale azione in giudizio delle associazioni consumeristiche iscritte nell'elenco ministeriale di cui all'art. 139 cod. cons., nonché degli "*altri soggetti di cui al comma 2*", che si identificano in ogni altra associazione o comitato, purché "*adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere*" (*ibid.*, commi 1° e 2°);

collettive comportanti prestazioni risarcitorie "in natura" (c.d. *coupon settlements*), onde sottoporre a limitazioni e supervisione giudiziale gli onorari difensivi, evitare discriminazioni fra membri di differente provenienza geografica, favorire l'attuazione di provvedimenti amministrativi generali o legislativi per risolvere i problemi di carattere collettivo all'origine della controversia.

⁶ Cfr. il testo proposto dal Governo, sottoscritto dal ministro Bersani, risalente al luglio 2006 (AC 1495), che ha funto da canovaccio, attraverso l'emendamento Bordon-Manziona approvato in Senato il 15 novembre 2007, delle disposizioni che qui si commentano. Vedi, inoltre, "Disposizioni per l'introduzione della class action" (Benvenuto, AS 679); "Modifiche all'art. 140 del codice del consumo" (Maran, AC 1289); "Nuove norme in materia di azione collettiva" (Fabris AC 1330); "Disciplina dell'azione giudiziaria collettiva" (Poretta e Capezzone AC 1443); "Introduzione dell'art. 141-bis del codice di cui al decreto legislativo 6 sett. 2005" (Buemi, Turci, Fluvi, Tolotti e altri, AC 1662) a ripresa di una proposta di legge licenziata dalla Camera nel luglio 2004; "Introduzione del sistema processuale dell'azione collettiva risarcitoria" (Pedica, Grillini, Crapolicchio, AC 1834, AC 1882, AC 1883).

- la facoltà dei singoli consumatori e utenti, desiderosi di approfittare della tutela collettiva promossa dalle associazioni esponenziali o dagli “altri soggetti” di cui sopra, di comunicare in iscritto al soggetto proponente l’azione “*la propria adesione all’azione collettiva*”, che può essere spiegata lungo tutti i due gradi del giudizio di merito, “*fino all’udienza di precisazione delle conclusioni*” in grado d’appello (comma 2°, seconda frase);
- la virtù dell’atto introduttivo dell’azione collettiva, come pure dei singoli atti di adesione spiegati dai consumatori e dagli utenti individuali nel modo appena descritto, di interrompere il corso della prescrizione “*ai sensi dell’art. 2945 del codice civile*” (comma 2°, terza frase);
- la previsione di una cognizione sommaria e preliminare del “tribunale” (non è specificato se già in composizione collegiale o nella sola persona del giudice istruttore) in sede di prima udienza, volta ad una pronuncia di ammissibilità della domanda di tutela collettiva secondo i criteri, non meglio chiariti, della *manifesta infondatezza*, del *conflitto d’interessi* e della ravvisata *inesistenza* “*di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo*” (comma 3°, prima frase);
- la reclamabilità davanti alla Corte d’Appello, in forma camerale, dell’ordinanza con cui il tribunale si sia pronunciato sull’ammissibilità dell’azione (*ibid.*, seconda frase);
- la facoltà del giudice di “*differire la pronuncia*” stessa “*quando sul medesimo oggetto è in corso un’istruttoria davanti ad un’autorità indipendente*” (*ibid.*, terza frase);
- l’onere, a cura del soggetto che ha proposto l’azione collettiva, di dare “*idonea pubblicità*” ai relativi contenuti, in caso di ammissione dell’azione collettiva a procedere nel merito (*ibid.*, quarta frase);
- la disciplina del contenuto della sentenza collettiva di accoglimento della domanda, la quale, *accertando l’illiceità delle condotte* contestate all’impresa convenuta, deve “*determina[re] i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all’azione collettiva*”, giungendo, ove possibile secondo le risultanze degli atti del giudizio, a precisare il *minimum* che ogni singolo danneggiato ha diritto di ricevere dall’impresa responsabile dell’illecito (comma 4°, prima e seconda frase);
- la facoltà, per l’impresa giudicata responsabile dell’illecito collettivo, di proporre a ciascun avente diritto, con atto scritto comunicato agli

interessati e depositato in cancelleria entro 60 giorni dalla “notificazione della sentenza”, il pagamento di una somma, la cui accettazione “in qualsiasi forma” data dal consumatore o utente “costituisce titolo esecutivo” (comma 4°, terza frase);

- l’espressa previsione per cui la sentenza resa nell’azione collettiva “*fa stato*” non soltanto fra l’associazione o il comitato proponente e l’impresa convenuta, ma “*anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito*” ad essa nelle forme già illustrate, facendo salva l’azione individuale dei consumatori o utenti rimasti comunque estranei al giudizio collettivo, per non avervi aderito *ab initio* o per non esservi successivamente intervenuti (comma 5°);
- in caso di mancata tempestiva emissione della spontanea proposta dell’impresa responsabile o di sua mancata accettazione da parte dei destinatari entro 60 giorni dalla comunicazione, l’istituzione, a cura del Tribunale autore della sentenza di un’apposita “unica” camera di conciliazione, istituita per “*la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito*”, e composta, paritariamente, da avvocati indicati dalle parti in causa e presieduta da un avvocato cassazionista nominato dal Presidente del tribunale (comma 6°);
- la “quantificazione” da parte della camera di conciliazione, in un verbale sottoscritto dal presidente avente valore di titolo esecutivo, degli estremi del risarcimento di spettanza dei singoli danneggiati, già aderenti o intervenuti al giudizio di cognizione, “*che ne fanno domanda*” (comma 6°, seconda e terza frase);
- l’esperimento, in alternativa, su concorde richiesta del proponente l’azione collettiva e dell’impresa convenuta e per provvedimento del Presidente del tribunale, di una procedura di “*composizione non contenziosa ... presso uno degli organismi di conciliazione*” previsti nel d. lgs. relativo al c.d. “rito societario” (artt. 38, 39 e 40 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), con sede nel comune in cui siede il tribunale adito (comma 6°, quarta e quinta frase).

3. La legittimazione ad agire

Al punto 2.1, del *Libro Bianco*, nel contesto della legittimazione ad agire, la Commissione accoglie con favore la giurisprudenza della Corte di giustizia che riconosce, a “*chiunque*” abbia subito un danno causato da una violazione di norme

antitrust, il diritto a chiedere il risarcimento dinanzi ai tribunali nazionali⁷. Questo principio si applica anche agli *acquirenti indiretti* di un determinato prodotto, che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che, tuttavia, hanno subito un danno derivante dal fatto che su di loro è stato trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale conseguente, ad esempio, ad un cartello sui prezzi di un dato prodotto o anche di taluni ingredienti necessari a fabbricarlo.

Per quanto riguarda le *azioni collettive*, la Commissione ritiene che vi sia la chiara necessità di meccanismi che consentano l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme *antitrust*.

A questo proposito, la Commissione suggerisce di combinare due meccanismi complementari di azione collettiva:

- le *azioni rappresentative*, intentate da *soggetti qualificati*, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, già designati ufficialmente in anticipo, o anche abilitati *ad hoc*, da uno Stato membro, in relazione a una particolare violazione delle norme *antitrust*, per intentare un'azione in nome e per conto di alcune o di tutte le "vittime" identificate o, in casi limitati, identificabili; e
- le *azioni collettive con modalità "opt-in"*, nelle quali le vittime stesse decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito.

Secondo la Commissione, poiché i soggetti qualificati non sempre potrebbero o vorrebbero portare avanti ogni singola pretesa risarcitoria è necessaria la coesistenza di ambedue i tipi di azione in modo di garantire un sistema di azione collettivo efficace per le vittime delle violazioni di norme *antitrust*.

Inoltre, la Commissione reputa importante che le vittime non siano private del diritto di intentare un'azione individuale per danni se lo desiderano, con la sola riserva di evitare che lo stesso danno venga risarcito più di una volta.

Per quanto riguarda il diritto italiano, in base al nuovo art. 140-bis, l'"azione collettiva risarcitoria", può essere esperita, fra l'altro, "in conseguenza di pratiche commerciali scorrette e di comportamenti anticoncorrenziali", sempre che da tali condotte sia derivata una lesione ai "diritti di una pluralità di consumatori o di utenti".

⁷ V. le sentenze della Corte del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, in Raccolta 2001, I-6297, punti 26 ss. e del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, in Raccolta 2006, 6619, punti 61 e 63.

La novità legislativa italiana, dunque, contempla espressamente una forma di tutela definita “risarcitoria” (vedremo più avanti con quanto costruito) anche in relazione a casi che rientrano nell’ambito di interesse del Libro Bianco, vale a dire con riguardo ad ipotesi di violazione di norme *antitrust*.

Alla vigilia dell’entrata in vigore della nuova norma - prorogata dall’ormai prossimo fine giugno al 31 dicembre 2008 e sempre che entri in vigore il testo attuale - mi limiterò di seguito ad analizzarne la compatibilità o meno con i modelli proposti nel Libro Bianco, iniziando dalla legittimazione ad agire.

Da un lato, l’art. 140-*bis*, primo comma, riconosce il diritto di agire “*a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti*” alle associazioni già contemplate dall’art. 139 cod. cons. e, quindi, ai c.d. enti esponenziali “qualificati” da comprovati indici di rappresentatività e, come tali inseriti in un apposito elenco istituito presso il Ministero delle attività produttive. Siamo in presenza di un criterio di legittimazione “tradizionale”, del tutto in linea con quello che il Libro Bianco propone, invero, con espressione poco felice e foriera di equivoci, come “*azioni rappresentative*” (e, in particolare, nella prima ipotesi di questa categoria).

Dall’altro lato, la novella legittima ad agire anche “altri soggetti”, vale a dire “*associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere*”, la cui idoneità non è oggetto di valutazione *ex ante* ed in via generale al momento dell’inserzione nell’elenco ministeriale, qui evidentemente mancante, ma soltanto *ex post* ed in concreto da parte del giudice, adito in via collettiva, nell’udienza-“filtro” prevista dall’art. 140-*bis*, co. 3 cod. cons.

A ben vedere, per altro, anche questo secondo criterio può essere fatto agevolmente rientrare nella categoria delle “azioni rappresentative” così come inquadrata dal Libro Bianco nel punto in cui indica come possibili soggetti legittimati quelli “*abilitati ad hoc da uno Stato membro, in relazione ad una particolare violazione delle norme antitrust, per intentare un’azione a nome di alcuni o di tutti i propri membri*”.

Se si considera, inoltre, che il nuovo art. 140-*bis*, comma 5°, cod. cons. attribuisce in modo esplicito alle sentenze pronunciate in un’“azione collettiva risarcitoria” l’effetto di “*fa[re] stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all’azione collettiva*”, facendo *salva l’azione individuale* di coloro che, invece, non vi abbiano aderito, si può considerare la portata delle sentenze collettive c.d. “risarcitorie” come *limitata ex lege ai soli aderenti all’azione*, con più di un’analogia con il secondo criterio di legittimazione proposto dal Libro Bianco ed espresso con la denominazione di “azioni collettive con modalità *opt-in*, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito”.

4. Il Libro Bianco e la legge italiana non introducono una *class action* “all’americana”

Dopo quanto ho osservato in tema di legittimazione sulla sostanziale aderenza dell’“azione collettiva risarcitoria” agli schemi proposti dalla Commissione CE nel Libro Bianco, risulta evidente che né questo, né quella, rispettivamente, prospettano nel sistema comunitario e introducono in quello italiano un’azione assimilabile alla vera e propria *class action* di matrice statunitense.

Lo schema suggerito dal Libro Bianco, infatti, si incardina o sul modello “tradizionale” delle c.d. “azioni rappresentative” (che meglio andrebbero definite “azioni associative” o “azione collettive” *stricto sensu*), nelle quali ad agire sono enti collettivi privati non lucrativi o, addirittura, istituzioni pubbliche, o sul diverso modello delle “azioni collettive con modalità opt in”, che più da vicino assomiglia ad una forma di *class action*, per altro, abbandonata negli Stati Uniti da oltre quarant’anni.

L’“azione collettiva risarcitoria” introdotta dal legislatore italiano, dunque, si configura in parte come un’azione collettiva nel senso ipotizzato dal Libro Bianco (col meccanismo, cioè, dell’adesione) e rientra pressoché interamente negli schemi continentali dell’azione promossa da enti esponenziali, legittimati *ex ante* o *ex post*.

In via generale, in base alla *Rule 23 (b)(3)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, una *class action* include automaticamente tutti i membri della classe, adeguatamente rappresentati ed informati, salvo quelli che decidano, volontariamente e tempestivamente, di uscirne (c.d. diritto individuale di *opt-out*).

Adirittura, in due ipotesi specifiche di *class action* (disciplinate dalla *Rule 23 (b)(1)* e *(b)(2)* *Fed. R. Civ. Proc.*) la classe definita in sede di *class certification* è *mandatory*, non senso che esclude la possibilità stessa di “recessi” individuali.

Nel diritto processuale federale, dunque (che, sia chiaro, costituisce la disciplina di riferimento cui è improntata la grande maggioranza delle leggi statali sul tema, negli Stati Uniti) se l’*opt-out* è la regola, l’eccezione non è affatto costituita dall’*opt-in* (sistema abbandonato dal lontano 1966), bensì dall’azione di classe “chiusa” e senza possibilità di uscita.

Soltanto il diritto della Danimarca, del Portogallo e dell’Olanda, fra gli Stati membri dell’UE, conosce un’azione rivolta a regolare i diritti di tutta la classe salvo volontarie “defezioni” (sistema *opt-out*), sia pure con ambito di applicazione soggettivo e *ratione materiae* molto lontano l’uno dall’altro: basti considerare che l’azione collettiva portoghese, ispirata all’analogo istituto brasiliano, può essere promossa soltanto dal pubblico ministero.

Il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno in materia *antitrust* si presenta come “*parte di un’iniziativa più ampia della Commissione per rafforzare i meccanismi di azione collettiva nell’UE*”⁸.

In realtà, in generale, la c.d. DG SANCO (*Health and Consumers*) della Commissione si è dichiarata *espressamente contraria* all’introduzione in Europa di una qualsiasi forma di *class action* che ricalchi il modello dell’istituto statunitense⁹. Secondo la Commissaria Kuneva, un’eventuale azione collettiva comunitaria non dovrebbe avere il carattere punitivo della *class action* statunitense e ne andrebbe opportunamente limitata l’utilizzazione in modo di scoraggiare le azioni legali temerarie.

La stessa Commissione, per altro, sta vagliando l’ipotesi di introdurre in sede comunitaria entro la fine del 2008 un meccanismo di *collective redress* (concetto, questo, vago e non meglio precisato¹⁰) a favore dei consumatori per i casi di violazione delle regole poste a protezione di questi ultimi nonché di violazione delle norme sulla concorrenza¹¹.

Soltanto per completezza ricordo che, a livello comunitario, esistono già specifici strumenti legislativi volti a favorire la tutela collettiva dei consumatori¹². Mi riferisco, in primo luogo, alla Direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998, avente ad oggetto il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri con l’istituzione di *provvedimenti inibitori uniformi* a tutela degli *interessi collettivi* dei consumatori contemplati da una serie di specifiche direttive¹³ e, inoltre, il

⁸ V. il punto 2.1. del *Libro Bianco* nonché i punti 62-64 del *Commission Staff Working Paper*.

⁹ Si rinvia al discorso “*Healthy markets need effective redress*” della Commissaria Meglena Kuneva reso a Lisbona il 10 novembre 2007 alla *Conference on Collective redress*.

¹⁰ La Commissaria Kuneva, nel citato discorso del 10 novembre 2007, ha indicato i dieci *benchmarks* che dovrebbero informare il c.d. *collective redress*.

¹¹ V. la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2007 (*EU Consumer Policy Strategy 2007-2013*), cfr. in particolare p. 11. Cfr., altresì, il citato discorso della Commissaria Kuneva del 10 novembre 2007 nonché quello reso al convegno di Lovanio sul *collective redress* del 29 giugno 2007.

¹² Con il Libro Verde dell’8 febbraio 2007, *Revisione dell’acquis relativo ai consumatori*, la Commissione si è prefissa di rivedere otto direttive volte a tutelare i consumatori (85/577/CEE, 90/314/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE, 98/6/CE, 98/27/CE e 99/44/CE) al fine di realizzare il c.d. “*mercato interno dei consumatori*”. Alla fine del riesame – sostiene la Commissione – dovrebbe essere in teoria possibile dire ai consumatori dell’UE “*Ovunque vi troviate nell’UE o ovunque facciate acquisti a partire dall’UE non fa nessuna differenza: i vostri diritti essenziali sono gli stessi*”.

¹³ In *GUCE* L 166 dell’11 giugno 1998, p. 51, più volte modificata. L’Allegato I della Direttiva 98/27/CE rinvia alle seguenti direttive in materia di tutela dei consumatori: 85/577/CEE, 87/102/CEE, 89/552/CEE, 90/314/CEE, 92/28/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE, 99/44/CE, 2000/31/CE, 2002/65/CE, 2005/29/CE e 2006/123/CE.

Regolamento (CE) 861/2007 dell'11 luglio 2007 che ha istituito un procedimento europeo per le controversie di modesta entità¹⁴.

5. Il ruolo dei consumatori

Nella nuova disciplina italiana dell'“azione collettiva risarcitoria” la protezione degli interessi di collettivi, considerata dall'art. 140-*bis*, è *esclusivamente quella di “una pluralità di consumatori ed utenti”*, nel caso qui in considerazione, quando siano in gioco condotte rappresentate da *“pratiche commerciali scorrette o [...] comportamenti anticoncorrenziali”* che ne abbiano determinato *“una lesione dei diritti”*: il primo comma dell'articolo 140-*bis* al riguardo è chiarissimo nel richiedere che siano stati *“lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti”*.

La tutela “risarcitoria” apprestata dall'art. 140-*bis* cod. cons., quali che siano effettivamente la sua portata ed il suo contenuto, è una tutela volta al *“risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori ed utenti”*, i quali, normalmente, sono colpiti *soltanto in via indiretta e riflessa* dalle attività anticompetitive delle imprese. In questo senso, la disciplina da poco approvata dal Parlamento italiano si presenta come più restrittiva di quella proposta a livello comunitario.

Con riguardo al Libro Bianco, infatti, la Commissione afferma di voler tutelare gli acquirenti indiretti e, tra di essi, in particolare *“i singoli consumatori, ma anche le piccole imprese”*, vale a dire *tutti* quei soggetti che hanno subito un *“danno diffuso e di valore relativamente basso”*, i quali *“sono spesso scoraggiati dall'intentare un'azione individuale per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare”*.

L'obiettivo primario del Libro bianco è quello di migliorare i termini giuridici in base ai quali *tutte le “vittime”* di una violazione *antitrust* possono esercitare il diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di *tutti* i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie *antitrust*. Ne consegue che l'ambito di tutela del Libro Bianco è molto ampia: si estende, in linea di principio, a *“tutte le categorie di vittime, tutti i tipi di infrazione degli articoli 81 e 82 e tutti i settori dell'economia”*¹⁵.

Tale impostazione, del resto, riflette l'orientamento della Corte di giustizia che, nella nota sentenza *Courage*¹⁶, afferma:

¹⁴ In *GU* L199 del 31 luglio 2007, p. 1.

¹⁵ V. par. 1.2. del *Libro Bianco*.

¹⁶ V. sentenza *Courage*, cit., punto 26.

“la piena efficacia dell’art. 81 e, in particolare, l’effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo, sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono falsare il gioco della concorrenza”.

Nell’altrettanto nota sentenza *Manfredi*¹⁷, la Corte di giustizia, riprendendo le argomentazioni della sentenza *Courage*, afferma:

“chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un’intesa o pratica vietata dall’art. 81 CE”.

E’ agevole notare che, nel sistema comunitario, i consumatori e, più in generale, qualunque soggetto, sono legittimati ad agire per il risarcimento se provano di aver subito danno da una violazione *antitrust*.

Nel diritto statunitense il tema è trattato in termini profondamente diversi. In ragione della *funzione sanzionatoria e punitiva* che la lesione *antitrust* assume di base in quel sistema giuridico, i beneficiari del danno *antitrust*, di per sé sempre *“punitive damage”*, sono individuati in termini restrittivi.

Nulla questio con riguardo alla legittimazione ad agire del consumatore che entri *direttamente* in rapporto con l’autore dell’illecito e subisca direttamente il danno¹⁸. La legittimazione ad agire è stata invece *negata* ai consumatori finali nel caso in cui vi sia un intermediario che *per primo* abbia subito il danno, essendo quest’ultimo l’unico soggetto legittimato, anche nell’ipotesi in cui egli abbia riversato tale danno sui consumatori finali.

A partire dalla sentenza *Hanover Shoe* (392 U. S. 481) del 1968, infatti, la Corte Suprema ha ritenuto che la successiva condotta della vittima dell’illecito concorrenziale *debba essere considerata irrilevante* e che, comunque, non si possa dare la dimostrazione che l’intermediario non avrebbe praticato, *in ogni caso*, un aumento dei prezzi. Si è parlato, a questo proposito, del superamento della c.d. *passing-on theory*¹⁹.

¹⁷ V. sentenza *Manfredi*, cit., punti 61 e 63.

¹⁸ V. il caso *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. Atlanta*, 203 US 390, 1906.

¹⁹ Al contrario, nell’ordinamento italiano, la tesi difensiva della c.d. *passing-on theory* è stata accolta dalla Corte d’Appello di Torino nella sentenza del 6 luglio 2000, *VHF Ventana Incentive House c. Juventus F.C.* La Corte d’Appello, in quel caso, ha ritenuto che una società acquirente di pacchetti turistici per partite di calcio in trasferta difettesse di legittimazione ad agire in quanto essa aveva traslato il danno sui consumatori finali. In particolare, la Corte ha affermato: *“nel nostro ordinamento l’azione risarcitoria ha natura compensativa, priva essendo della funzione sanzionatoria o deterrente propria di altri ordinamenti, onde legittimato attivo ad essa è il soggetto che abbia concretamente subito un danno. Di contro, è privo di legittimazione attiva sostanziale il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali”.*

Successivamente, nel caso *Illinois Brick*, la Corte Suprema ha confermato il proprio orientamento restrittivo, rilevando come la *complessità di liti* nelle quali le Corti sarebbero state chiamate, da un lato, ad evitare duplicazioni dei risarcimenti, dall'altro, a ripartire correttamente tra i vari danneggiati l'esatto risarcimento, avrebbe di fatto notevolmente penalizzato l'efficacia deterrente dell'azione risarcitoria²⁰.

Anche la Corte di Cassazione italiana, con riguardo alla tematica della legittimazione attiva dei consumatori, in un primo momento, aveva assunto un approccio restrittivo, sia pure sulla base di argomentazioni diverse da quelle della Corte Suprema statunitense nel caso *Illinois Brick*.

Nella sentenza del 9 dicembre 2002²¹, con una pronuncia molto criticata e apparentemente in contrasto con le indicazioni provenienti dalle Corti comunitarie, i giudici della Suprema Corte italiana avevano escluso che fossero legittimati a chiedere il risarcimento dei danni quei consumatori che avevano stipulato contratti a valle di intese restrittive della concorrenza.

Si trattava, più precisamente, di persone fisiche che avevano concluso contratti di assicurazione con imprese partecipanti ad un *cartello* e che lamentavano di aver dovuto corrispondere premi eccessivi proprio in ragione dell'intesa restrittiva della concorrenza. Ma la Corte, in realtà, era stata chiamata a pronunciarsi sul diverso tema, relativo alla competenza a conoscere di dette azioni risarcitorie: doveva infatti decidere se fosse competente la Corte di appello, ai sensi dell'art. 33 della l. 287/90 o i Giudici di Pace, in conformità con gli ordinari criteri.

Secondo la Suprema Corte, la legge *antitrust* si pone “*nella prospettiva dell'impresa e della concorrenza*” e “*gli strumenti sanzionatori dell'art. 33 non possono non corrispondere a tale prospettiva*”. Tali azioni “*risultano concepite solo in funzione delle imprese*”. Conseguentemente, anche lo strumento risarcitorio “*non può non lasciare presupporre esso stesso una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche dell'impresa e della sua presenza nel mercato*”. Con questa decisione, dunque, si escludeva dal novero dei soggetti legittimati ad agire *ex art. 33* i consumatori finali. A parere della Corte i consumatori non sarebbero però rimasti sprovvisti di ogni tutela giurisdizionale:

²⁰ V. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, del 1977. La Corte, in tale pronuncia, ha individuato, in via eccezionale, due situazioni tipiche nelle quali il compratore indiretto è in grado di dimostrare con certezza la traslazione del danno: a) l'ipotesi di un contratto di fornitura, prima dell'illecito concorrenziale, fra il compratore diretto ed il compratore indiretto in base al quale il prezzo di rivendita dal primo al secondo viene effettuata con il metodo *cost-plus*; b) l'ipotesi in cui il compratore diretto è un soggetto riconducibile al gruppo di appartenenza del suo cliente.

²¹ Cass. civ., del 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 4/2003, p. 390.

essi, infatti, avrebbero potuto agire per il risarcimento con un'ordinaria azione *ex art. 2043 cod. civ.*, dimostrando la lesione di uno specifico diritto soggettivo.

A conclusioni opposte rispetto alla pronuncia n. 17475 del 2002 giunge la Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005²². Quel che qui rileva è evidentemente la motivazione della sentenza:

“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo” e, fra i titolari di interessi giuridicamente rilevanti, sono anche i *consumatori finali*²³.

Di qui la conclusione per cui l'illecito *antitrust* integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto *ex art. 2043 cod. civ.*; pertanto *“colui che subisce danno per una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'art. 33 della legge n. 287/1990”*. In altre parole, la domanda del consumatore, se ed in quanto assuma come fatto lesivo del proprio interesse un cartello fra imprese, rientra astrattamente tra le azioni contemplate dall'art. 33, l. 287/90. Di conseguenza, la competenza a decidere su azioni promosse dai consumatori – e qui risiedeva il

²² Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. giur.*, 2005, 8, p. 1093. Il *plenum* del consesso si è riunito dietro impulso dalla sezione III, che, con il decreto n. 15538/03 del 17 ottobre 2003, sollevava il conflitto prospettando conclusioni opposte rispetto a quelle cui era giunto il supremo organo solo un anno prima. V. Cass. civ., sez. III, del 17 ottobre 2003, decreto n. 15538, in *Foro it.*, 2003, I, 2938. In quel decreto, la Corte afferma che “dal sistema della legge n. 287 del 1990, sui profili di competenza e di legittimazione del consumatore possono trarsi anche suggestioni diverse” poiché “il soggetto che domanda la nullità dell'intesa o il risarcimento dei danni conseguenti alla pratica anticoncorrenziale per ciò stesso si legittima all'azione *ex art. 33, c. 2, l. 287/90*; questo perché “è la materia che individua la competenza, mentre spetta al giudice competente considerare se la parte che agisce sia o meno legittimata [...] In conclusione, ove dovesse ritenersi che il consumatore è legittimato ad agire a norma dell'art. 33, dovrebbe poi pervenirsi alla conclusione della competenza della Corte d'Appello”.

²³ Questa conclusione è corroborata anche da dati testuali, come l'articolo 4 l. 287/90, che espressamente attribuisce rilevanza al beneficio del consumatore tra i criteri di valutazione della liceità delle intese. Sul punto si ponga mente alla genesi della normativa *antitrust* italiana, ed in particolare agli obiettivi del disegno di legge n. 1012, così esplicitati in apertura della Relazione che lo ha accompagnato: “Ogni legge sulla tutela del mercato, che contenga norme tradizionalmente oggetto della disciplina antimonopolio, ha acquisito nell'opinione comune una valenza politica precisa, in base alla quale si vorrebbe trasformare quella legge in uno strumento di governo dell'economia. E' opportuno allora precisare che questo non è lo scopo fondamentale del disegno di legge che qui presentiamo, diretto, in modo esclusivo alla tutela dei consumatori”. Sul tema, più recentemente, la Commissione europea nella sua Comunicazione per una politica della concorrenza proattiva per un'Europa competitiva del 20 aprile 2004, pone tra gli obiettivi centrali dell'ordinamento comunitario “la migliore integrazione degli interessi dei consumatori nel dispositivo di regolamentazione della concorrenza”.

vero *thema decidendum* anche nella seconda sentenza della Corte – spetta alla Corte di Appello, e non ai giudici individuati secondo le vie ordinarie.

I giudici della Suprema Corte giungono a tali conclusioni, tracciando una netta distinzione tra la disciplina *antitrust* oggetto della legge n. 287/1990, nonché degli artt. 81 e 82 CE, e quella sulla concorrenza sleale contenuta nel codice civile. Secondo la Corte, infatti, mentre la disciplina della concorrenza sleale conserva il carattere fondamentale di strumento di tutela del corretto rapporto di concorrenza tra imprenditori ed il risarcimento è previsto per riparare il danno subito soltanto dai concorrenti, le norme *antitrust* tutelano la libertà di concorrenza al fine “pubblico” di garantire l’assetto concorrenziale del mercato. Rispetto alla violazione di queste, pertanto, poiché i comportamenti anticoncorrenziali sono dotati di una *vis* plurioffensiva, capace di ledere il patrimonio di *tutti* i soggetti del mercato, concorrenti o meno del responsabile dell’infrazione, *chiunque* abbia subito un pregiudizio di tale natura ha diritto al risarcimento.

A tale ultimo orientamento espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite in ordine alla risarcibilità “a valle” dei danni subiti dal consumatore, si è conformata la giurisprudenza più recente, tanto di merito²⁴ che di legittimità²⁵.

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che, nel nostro sistema giuridico così come in quello dei principali ordinamenti europei, la *funzione compensativa* consente di risarcire tutto il *danno cagionato*, quale che sia la posizione del richiedente nella catena dei danneggiati.

Ma, per essere legittimato ad agire, almeno nel nostro sistema, il soggetto posto in cima alla catena non deve avere trasferito il danno su altri²⁶. Da ciò deriva che non sono concepibili soluzioni che individuano come legittimati ad agire soggetti che non hanno in concreto subito un danno, in quanto lo hanno trasferito su altri soggetti lungo la stessa catena di distribuzione.

6. Spunti ulteriori di comparazione tra la legge italiana e il Libro Bianco.

Confrontando brevemente la complessa – ma certamente non organica, né tantomeno esaustiva – disciplina risultante dai sei commi nell’art. 140-*bis* cod. cons. con quella tratteggiata nel Libro Bianco, emerge, *in primis*, che la nuova

²⁴ Si veda, *ex multis*, la sentenza della Corte di Appello di Napoli, sez. I, del 13 luglio 2006. Per un caso in cui non è stata riconosciuta la legittimazione ad agire di un’associazione di consumatori, si veda, invece, la sentenza della Corte di Appello Milano del 3 maggio 2007, *Codacons c. R.A.S.*

²⁵ V. Cass. civ. del 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 7-8, con nota di BIANCHI, nonché Cass. civ. del 21 febbraio 2007, n. 4104 e del 20 aprile 2006, da n. 9205 a 9212.

²⁶ In questo senso, v. la citata sentenza Corte d’Appello di Torino del 6 luglio 2000.

“azione collettiva risarcitoria” italiana non è una vera e propria azione risarcitoria; non sfocia in una pronuncia collettiva di condanna vera e propria costituente titolo esecutivo per i singoli aderenti (i quali dovranno perciò attivarsi in sede di conciliazione *post sententiam* ai sensi dell’art. 140-*bis* co. 6° cod. cons. o in via giudiziaria individuale, magari attraverso un ricorso per decreto ingiuntivo, quando il giudice della causa collettiva abbia fissato i minimi di tutela risarcitoria *ex art. 140-bis*, co. 4°). In ciò, dunque, si discosta di per sé dal vago, ma chiaro proposito della Commissione.

Inoltre, i punti più dolenti della nuova disciplina processuale italiana rispetto agli schemi comunitari mi sembra siano quelli del regime delle prove, dei rapporti con gli eventuali provvedimenti dichiarativi *de eadem re* pronunciati dalle autorità *antitrust* e delle spese.

Il testo normativo italiano, infatti, si caratterizza per un “assordante” silenzio tanto in materia di raccolta, assunzione e valutazione delle prove (laddove, nelle proposte del Libro Bianco, si introduce una prima, cauta forma di *discovery*), quanto sul regime delle spese – fondamentale, invece, perché l’azione collettiva non sia soltanto un “diritto di carta”.

Quanto alla disciplina dei rapporti con le autorità *antitrust*, lo scostamento della normativa italiana dal progetto europeo appare palese: l’art. 140-*bis* comma 3°, seconda parte, cod. cons. consente al giudice della causa collettiva la facoltà di “*differire la pronuncia sull’ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un’istruttoria davanti a un’autorità indipendente*”.

Una simile facoltà, oltre al silenzio sugli effetti di una decisione amministrativa già resa sulla medesima condotta illecita da parte dell’autorità *antitrust* palese la scelta del legislatore italiano di non seguire il modello comunitario improntato a una tendenziale e automatica vincolatività del provvedimento amministrativo nel giudizio civile successivo.

La soluzione appare inedita nell’ordinamento italiano e sembra ispirarsi all’art. 16, primo comma, del Regolamento (CE) n. 1/2003 (oggi riflesso *in toto* nel par. 2.3. del *Libro Bianco*) che introduce per i giudici nazionali un esplicito vincolo a conformarsi alle decisioni in materia di concorrenza riguardanti una medesima fattispecie, adottate o in corso di adozione da parte della Commissione europea.

Tale regolamento, tuttavia, non contempla un analogo obbligo di sospensione in capo al giudice nazionale per il caso di procedimento *pendente* dinanzi all’autorità nazionale e, in ipotesi, all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in applicazione delle norme comunitarie di concorrenza²⁷.

²⁷ Lo stesso *Libro Bianco* attribuisce “effetto vincolante” soltanto alle decisioni prese in via definitiva, ossia “*quando il convenuto ha esaurito tutti i mezzi di ricorso*”.

Analogamente, il giudizio civile *ex art. 33 l. 287/1990* dinanzi al giudice ordinario è ritenuto *indipendente* rispetto a quello che si svolge dinanzi all’Autorità Garante (sistema c.d. *binario*)²⁸.

L’autonomia fra i due procedimenti discende dal fatto che in ciascuno di essi vengono in giuoco *interessi differenti*. La distinzione tra le attribuzioni dell’Autorità Garante e la giurisdizione del giudice ordinario non si presta a confusione: la prima è volta all’accertamento e alla repressione di condotte anticoncorrenziali lesive dell’interesse pubblico (*public enforcement*); la seconda è volta a tutelare diritti individuali (*private enforcement*).

La distinzione tra *public* e *private enforcement* è stata bene messa in luce da una sentenza del Tar Lazio²⁹. In essa i giudici amministrativi hanno sottolineato la diversità dei presupposti della tutela pubblica, rispetto alle funzioni del giudice ordinario: quest’ultimo si pronuncia su una domanda di parte per la tutela di un interesse privato, mentre l’AGCM agisce di sua iniziativa per tutelare l’interesse pubblico primario, di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale.

Sul punto, in dottrina, è addirittura sostenuto che, nel rapporto tra i due procedimenti, non sia ipotizzabile neanche la sospensione necessaria del processo civile per pregiudizialità *ex art. 295 c.p.c.*, in quanto tale norma contempla soltanto l’ipotesi della pendenza di un altro procedimento *giurisdizionale* e non di natura *amministrativa* quale è invece il procedimento avanti all’AGCM. L’art. 33, infatti, è privo di qualsiasi raccordo fra l’istruttoria amministrativa ed il procedimento giudiziario avviato avanti la Corte d’Appello.³⁰

La nuova legge in materia di “azione collettiva risarcitoria”, inoltre, non fa chiarezza sulla sorte del giudizio collettivo nell’ipotesi in cui l’istruttoria davanti all’autorità indipendente sia stata avviata *dopo* la pronuncia sull’ammissibilità

²⁸ Così la dottrina maggioritaria: VETTORI, *Concorrenza e mercato*, Padova 2005, 176; SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella disciplina italiana antitrust*, in *Riv. dir. ind.* 2003, I, 95; TAVASSI – SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano 1998, 173; TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano 1996, 31; BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*, in *Foro it.* 1996, I, 277. Nello stesso senso la giurisprudenza delle Corti d’Appello: Corte d’Appello di Milano 16 maggio 2006; Corte d’Appello di Roma, 20 gennaio 2003, *WIND/Telecom*, in *Riv. dir. ind.* 2003, 548; Corte d’Appello di Milano, 18 luglio 1995, *Telssystem/Sip*, in *Foro it.* 1996, 276, con nota di BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*; Corte d’Appello di Roma, 20 gennaio 1993, *Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma*, in *Foro it.* 1993, 3377, con nota di VALDINA.

²⁹ Tar Lazio, sez. I, sent. n. 1713/2006, *Merck (Principi Attivi)*.

³⁰ Così, LA CHINA, *Concorrenza e mercato, commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Padova 1994, 647.

della domanda collettiva né sulla possibilità del giudice di disporre *misure provvisorie* a seguito del differimento di tale pronuncia³¹.

7. La competenza giurisdizionale del giudice italiano in relazione all'azione collettiva risarcitoria nel diritto comunitario.

L'inciso contenuto nel comma 445 dell'art. 2 della legge finanziaria, conformemente ad una prassi ormai di rito osservata dal nostro legislatore, richiama i "*principi stabiliti dalla normativa comunitaria*", ai quali il nuovo strumento dichiarava di volersi adeguare.

Nell'ambito dell'Unione Europea, innanzitutto, non v'è dubbio che la determinazione della competenza giurisdizionale del giudice italiano in tema di "azione collettiva", il primo dei problemi che avrebbe dovuto correttamente porsi il legislatore, vada risolto sulla base del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 (Bruxelles I), come successivamente rettificato ed emendato.³² La nuova forma di azione, infatti, rientra *de plano* nel campo di applicazione del Regolamento (art. 1, paragrafo 1) e in nessun modo può essere ricompresa nelle esclusioni contenute nell'art. 1, paragrafo 2 del Regolamento *de quo*.

Ne discende, pertanto, l'applicazione all'azione collettiva del criterio di base del "domicilio" o della "sede" del convenuto, persona fisica o giuridica che sia, nelle definizioni rispettivamente contenute negli artt. 59 e 60 del Regolamento.

Ma, accanto al foro generale, vi sono fori speciali posti in deroga a quello e fori alternativi al medesimo.

³¹ La facoltà per il giudice nazionale di disporre misure provvisorie dopo aver sospeso il procedimento per attendere una decisione della Commissione o delle Corti comunitarie è espressamente prevista al punto 14 della *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *GU* C101 del 27 aprile 2004, p. 54.

³² Pubblicato in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, pag. 1. Rettifica in *GUCE* L 307 del 24 novembre 2001, pag. 28, modificato dal Regolamento (CE) n. 1496/2002 della Commissione del 21 agosto 2002 (*GUCE* L 225 del 22 agosto 2002, pag. 13), dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (*GUUE* L 236 del 23 settembre 2003, pag. 33), dal Regolamento (CE) n. 1937/2004 della Commissione del 9 novembre 2004 (*GUUE* L 334 del 10 novembre 2004, pag. 3), dal Regolamento (CE) n. 2245/2004 della Commissione del 27 dicembre 2004 (*GUUE* L 381 del 28 dicembre 2004, pag. 10).

Sotto il primo profilo, vengono qui presi in considerazione i “*contratti conclusi dal “consumatore”* “per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale”, nel senso ampio emergente dal Regolamento appena citato e, cioè, in relazione:

- (a) ad una vendita a rate di beni mobili materiali;
- (b) ad un prestito con rimborso rateizzato o ad un'altra operazione di credito, comuni con il finanziamento di una vendita sub a);
- (c) in tutti gli altri casi, “qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di tale attività” (art. 15, par. 1).

In forza dell'art. 16, par. 1 e 2 dello stesso Regolamento, il consumatore ha la *scelta* fra citare l'altra parte contrattuale davanti ai giudici del *proprio domicilio* o a quelli del *domicilio dell'altra parte*, quest'ultima, invece, è comunque tenuta a *citare il consumatore nel luogo del suo domicilio*³³.

Poiché “i rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 codice civile” da consumatori o utenti, per restare alla formula della nuova legge, sono ricompresi negli articoli del Regolamento sopra menzionati, per le azioni collettive recuperatorie o di risarcimento nascenti da tali rapporti giuridici, in ipotesi di controparte straniera “comunitaria”, l'indicazione del foro dell'impresa potrà essere pacificamente disattesa dalle associazioni di consumatori o da comitati che ben potranno citare l'impresa in Italia, nel luogo dove risiede uno dei consumatori dagli stessi rappresentati.

L'utilizzazione dell'espressione “*consumatori e utenti*” contenuta nel testo dell'art. 140-*bis* non deve trarre in inganno, essendo essa comunque riconducibile a situazioni giuridiche afferenti al consumatore in senso lato.

Sotto un profilo lessicale, la distinzione si giustifica con il riferimento del primo termine, il “consumatore”, ai beni e del secondo, l'“utente”, ai servizi. Ma tale distinzione – lo ripetiamo – non va al di là della mera correttezza lessicale.

Risulta evidente, infatti, sia dall'ampia formulazione dell'art. 15 del Regolamento (CE) n. 44/2001 sia dalle varie direttive attinenti alla materia³⁴ che,

³³ Sulla nozione di domicilio della persona fisica e di una società o altra persona giuridica si fa rinvio, rispettivamente, agli artt. 59 e 60 del Regolamento *de quo*.

³⁴ V., ad esempio, la Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *GUCE* L 95 del 21 aprile 1993. In particolare, v. gli artt. 2 e 4 nonché alcuni considerando della stessa da cui si desume che la nozione di “*contratti stipulati con i consumatori*” comprende anche l'offerta di servizi. In senso analogo, cfr. la Direttiva

tra i “*contratti stipulati con i consumatori*”, vengono comunemente ricompresi anche quei contratti che si concretizzano in un’*offerta/acquisto di servizi*.

Nello stesso senso, del resto, sono le pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Benincasa* e nel caso *Gruber* nonché le conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs in quest’ultima causa³⁵. In particolare, in più passaggi della sentenza *Gruber*, la Corte fa riferimento al trattamento comune riservato al consumatore in caso di “uso del bene o del servizio”³⁶.

La sottovalutazione, per non dire la totale noncuranza, da parte del legislatore della nuova azione collettiva, dell’esistenza di un diritto processuale civile intessuto anche di norme regolamentari comunitarie, come tali prevalenti e preminenti rispetto alle norme di diritto interno con quelle contrastanti, è dimostrato una volta di più dall’ulteriore previsione nel Regolamento CE 44/2001, fra i criteri speciali di giurisdizione, di criteri *ad hoc* relativi a controversie in materia di contratti di assicurazione.

Fra questi, oltre che avanti al giudice del domicilio dell’attore, quando costui sia il contraente, l’assicurato o il beneficiario dell’assicurazione (art. 9, co. 1, lett. b Reg. 44/2001 cit.), la domanda può essere proposta - a scelta dell’assicurato - anche avanti al giudice nazionale del luogo in cui l’evento dannoso si è verificato, nei casi di assicurazione della responsabilità civile o sugli immobili ovvero di sinistri coinvolgenti mobili e immobili coperti dalla medesima polizza o, ancora, avanti al giudice del luogo in cui l’azione di danno contro l’assicurato sia già stata proposta (cfr. art. 11 Reg. cit.).

Ancora una volta, dunque, nel caso di un’azione collettiva promossa in materia di contratti assicurativi e avente carattere “transfrontaliero” all’interno dell’Unione Europea, l’applicazione dei criteri speciali di giurisdizione previsti dagli artt. 9 - 11 Reg. CE 44/2001, senz’altro prevalenti sulle disposizioni difformi del diritto nazionale, sembrerebbe destinata a vanificare la scelta della “sede dell’impresa” convenuta quale criterio di competenza a vocazione esclusiva nel settore delle azioni collettive.

97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *GUCE* L 144 del 4 giugno 1997, p. 19 (v. l’art. 2.1, definizione di “*contratto a distanza*”).

³⁵ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, punti 11-19; le conclusioni dell’AG Jacobs del 16 settembre 2004, causa C-464/01, *Gruber*, punti 20-28 nonché la sentenza del 20 gennaio 2005 in quest’ultimo procedimento, in particolare ai punti 36 ss. Tali pronunce interpretano la nozione di “*contratti conclusi da consumatori*” ai sensi degli artt. 13-15 della Convenzione di Bruxelles (oggi artt. 15 ss. Regolamento (CE) 44/2001). Sul punto, v. anche GAMBARO –LANDI, *Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, *European Business Law Review*, 5/2006, 1355.

³⁶ V., in particolare, i punti 41, 42 e 45 della sentenza *Gruber*, cit.

Di fronte a questo ennesimo caso di “distrazione” legislativa rispetto alle conseguenze *pratiche* della sempre maggiore compenetrazione dell’ordinamento nazionale e di quello comunitario, le declamazioni di principio e le invocazioni dello stesso diritto comunitario e dei suoi sviluppi contenute nel “preambolo” delle disposizioni appena introdotte appaiono meramente rituali, prive di significanza.

Sempre in relazione al diritto comunitario, le altre azioni collettive previste dalla nuova legge italiana, quelle, cioè, poste in essere “*in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali*”, nei confronti di un soggetto convenuto, persona fisica o giuridica che sia uno straniero “comunitario”, sono anche esse oggetto di un *foro alternativo*.

Infatti, ai sensi dell’articolo 5 del Titolo II del Regolamento 44/2001, una persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere alternativamente convenuta, a scelta dell’attore, in un altro Stato membro, in particolare,

“*in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto o può avvenire*” (punto 3)

e ancora,

“*qualora si tratti di un’azione di risarcimento di danni o di restituzione, nascente da reato, davanti al giudice presso il quale è esercitata l’azione penale, sempre che secondo la propria legge tale giudice possa conoscere dell’azione civile*” (punto 4).

La competenza “*inderogabile*”³⁷ a favore del foro del consumatore o dell’assicurato nei termini sopra enunciati, o quella speciale del *forum commissi delicti*, l’una e l’altra oggetto di prescrizioni contenute in un regolamento comunitario, prevalgono – lo ripetiamo – su qualsiasi disposizione nazionale contrastante, anche se successiva. Con l’ovvia conseguenza che, nell’ambito dell’Unione Europea, il criterio contenuto nel paragrafo primo dell’art. 140-*bis* cod. cons. assume la semplice funzione, di per sé del tutto inutile, di richiamo al criterio generale del domicilio (sede) dell’impresa convenuta, senza in alcun modo poter escludere, quando ve ne siano le premesse, il ricorso agli altri criteri nel senso precisato.

L’esame nel caso della disciplina di diritto comune sulla giurisdizione non conduce a risultati diversi da quelli emersi in sede comunitaria, in funzione dell’espresso rinvio alle sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II della Convenzione di Bruxelles del 22 settembre del 1986 e successive modificazioni contenute nell’art.

³⁷ Fatte salve le soluzioni consentite nell’articolo 17 del Regolamento n. 44/2001.

3, paragrafo 2, della legge 31 maggio 1995 n. 218, portante la riforma del sistema del diritto internazionale privato italiano. Infatti, in virtù dell'art. 68 del Regolamento 44/2001, “nella misura in cui il presente regolamento sostituisce, tra gli Stati membri, le disposizioni della Convenzione di Bruxelles, ogni riferimento a tale convenzione si intende fatto al presente regolamento”.

Ora le sezioni 2, 3 e 4 del titolo II del Regolamento *de quo* riguardano, rispettivamente, come si è visto, le competenze speciali, la competenza in materia di assicurazione, la competenza in materia di contratti conclusi con il consumatore e, pertanto, il richiamo alla Convenzione di Bruxelles nell'art. 3, par. 2, della l. 218/1995 è automaticamente sostituito con quello al Regolamento *de quo*, con la conseguenza di rendere la disciplina generale identica a quella di applicazione *diretta* fra gli Stati membri dell'Unione europea della normativa comunitaria sopra esaminata.

Si osserva ancora che l'individuazione del tribunale in formazione collegiale quale organo competente per conoscere delle domande di tutela giurisdizionale collettiva appare opportuna, in relazione alla verosimile complessità delle cause collettive – non solo oggettiva, ma anche soggettiva, visto il perdurante diritto dei singoli di intervenire in via litisconsortile, poco sensatamente sancito dall'art. 140-*bis* co. 2°, seconda frase.

Infine, è mia opinione che l'opzione per il rito ordinario di cognizione disciplinato dagli artt. 163 e segg. c.p.c., sancita ormai in via generale per le controversie collettive a tutela di consumatori e utenti (alcuni disegni di legge in vena d'umorismo prevedevano per tali cause il ricorso al rito societario, condannando la tutela collettiva dei consumatori ad un gratuito supplemento di complicazioni e costi...), renda urgente il problema di valutare la legittimità costituzionale dell'applicabilità del rito societario alle sole liti nelle “*materie di al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da [...] associazioni rappresentative di consumatori [...]*” stabilita del tutto irragionevolmente dall'art. 1, lett. e) del d. lgs. 5/2003.