

l’Azione di Classe (ex art.140 bis Cod. Cons.) come azione a tutela dei consumatori e suo rapporto con la mediazione finalizzata alla conciliazione

Prof. Luca Possieri

l’Azione di Classe, così come concepita ai sensi dell’art 140-bis del Codice del Consumo, segna un controverso passo in avanti verso una più efficiente risoluzione delle controversie seriali di modico valore, sollevando interessanti riflessioni anche in rapporto alle procedure conciliative che, nel corso del 2010, hanno visto importanti sviluppi normativi nel nostro Paese. In particolare si pone forte l’esigenza di valutare la effettiva capacità di incidere, in termini di giustizia civile, di un procedimento che, nell’aggregazione processuale delle pretese individuali, vorrebbe dare una risposta giudiziaria a quei tanti, ancora troppi, casi di rinuncia del consumatore o utente a far valere i propri diritti nei confronti di comportamenti plurioffensivi delle imprese, quando i costi in termini di tempo e denaro sono potenzialmente sproporzionati rispetto all’entità del danno. Ci si interroga inoltre anche sulla presunta o effettiva efficacia di “deterrenza” di questo strumento in forza di una potenziale reazione compatta dei consumatori, alternativa anche a tentativi di conciliazione adottati “ in ordine sparso” nel vasto campo delle controversie seriali di modico valore. Una riflessione merita anche il rapporto tra l’Azione di Classe e la mediazione volta alla conciliazione in riferimento alle novità normative come il D.lgs. 4 marzo 2010 n 28 (art. 5 e art. 15), nonché agli altri ambiti di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo a norma dell’articolo 141 del Codice di Consumo. In questo contesto una nuova visione del fare impresa, improntata alla costruzione di una “comunità morale”, può svolgere la vera funzione di deterrenza nell’anticipare, evitandola, la nascita di conflitti e controversie verso i portatori di interessi e la comunità tutta nel suo complesso.

Parole chiave : Azione di Classe, Class Action, deterrenza dell’illecito civile, consumatore/utente, azione collettiva, *opt-in* e *opt-out*, mediazione, composizione extragiudiziale , controversie di consumo, impresa, portatori di interesse.

1. introduzione

La funzione di deterrenza delle condotte illecite, svolta dalla giustizia civile, ormai da decenni è un processo acquisito negli Stati Uniti e recentemente introdotto, con tutte le differenze del caso, che brevemente cercheremo di analizzare, anche nel nostro Paese.

Vale la pena ricordare la profonda differenza in termini di impianto giuridico tra un sistema di *common law*, come quello americano, ed il nostro, tradizionalmente basato sulla netta separazione tra tutela penale e tutela civile, a cui, forse per molto tempo, è stata attribuita anche una funzione compensativa.

Va altresì detto che nei sistemi come il nostro, in funzione dell'ampiezza del potere giurisdizionale e della limitata gamma degli strumenti di tutela civilistica esistenti, la funzione di deterrenza potrebbe apparire depotenziata ab origine.

Il processo evolutivo non sembra però arrestarsi, anche e soprattutto in funzione della globalizzazione economica e dei suoi inevitabili effetti uniformatori delle discipline vigenti nei diversi ordinamenti. La *class action* o azione collettiva risarcitoria è il più efficace degli strumenti con funzione di deterrenza delle condotte illecite vigenti nell'ordinamento americano e di recente introdotti, anche su sollecitazione degli organismi comunitari, nel nostro ordinamento, unitamente ai *punitive damages*, non ammessi, questi, dalla giurisprudenza italiana e sui quali anche la Suprema Corte degli Stati Uniti si è recentemente pronunciata nel senso di circoscriverne l'utilizzo e la portata applicativa.

2. L'evoluzione normativa

La Legge 23 luglio 2009 n. 997 rappresenta un nuovo intervento riformatore del legislatore italiano in materia di *class action*.

In precedenza l'art.2 comma 446 della legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007 n.244) aveva inserito nel Codice del Consumo un nuovo art.140-bis, prevedente l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori. Si trattava di un'azione giudiziale di gruppo, proponibile da associazioni rappresentative di consumatori e di utenti nei confronti di imprese per specifici illeciti contrattuali ed extracontrattuali. L'azione mirava ad ottenere una pronuncia di accertamento della lesione degli interessi di una determinata categoria di persone con la conseguente dichiarazione dell'esistenza del diritto al risarcimento della stessa categoria. Subordinatamente all'esito positivo

della sentenza di accertamento, seguiva una fase conciliativa finalizzata alla quantificazione del risarcimento individuale.

Così, accanto alla tradizionale, ed insufficiente, tutela inibitoria già prevista a tutela dei consumatori dall'originario art.140 del codice del consumo, l'ordinamento italiano aveva introdotto, seppur in modo alquanto carente dal punto di vista dell'efficienza applicativa, una prima forma di tutela risarcitoria modellata sulla scorta del modello nord-americano, anche se caratterizzata da profonde differenze rispetto ad esso.

In realtà quella prima forma di azione di classe non ha mai trovato applicazione, in quanto il relativo termine di entrata in vigore è stato per ben due volte prorogato.

Infatti l'art.2 comma 447 della Legge 24 dicembre 2007 n.244, che stabiliva il termine di entrata in vigore dell' istituto della class action, è stato modificato una prima volta dall' art.19 del decreto legge 30 dicembre 2008 n.207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009 n.14 e successivamente dall' art.16 della Legge 3 agosto 2009 n.102 "recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali" con cui il termine da diciotto mesi è stato sostituito dal termine di ventiquattro mesi.

3. L'attuale disciplina dell' Azione di Classe

L' art.49 della citata Legge 99/2009, intitolato "Modifica dell' art.140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206", ha successivamente riformato la disciplina della *class action* nel senso di prevedere - piuttosto che un' azione di classe - una vera e propria azione collettiva risarcitoria individuale. In primo luogo ciò che è mutato rispetto alla pregressa disciplina sono i confini della legittimazione ad agire, non più relegata alle associazioni ma estesa a "*ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa*". Precedentemente potevano agire in giudizio esclusivamente "*le associazioni inserite nell' elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale custodito presso il Ministero dello Sviluppo Economico*" e le associazioni e i comitati che fossero "*adeguatamente rappresentativi*" degli interessi collettivi fatti valere (secondo una valutazione che, nel silenzio della legge, dovrebbe essere compiuta dal Giudice).

La precedente azione di classe tutelava infatti le situazioni giuridiche soggettive derivanti da contratti stipulati ai sensi dell'art 1342 del codice civile, cioè conclusi mediante moduli o formulari. Secondo la nuova impostazione si adotta un senso più ampio ed una connotazione forse più individualistica, estendendo ai "*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 artt.1341 e 1342 del codice civile*". Va rilevato comunque che la nuova disciplina delimita comunque l'azione collettiva sia in ambito oggettivo, riguardando solo alcune tipologie

di illecito, sia in quello soggettivo, in quanto i consumatori ed utenti, aventi legittimazione attiva, sono definiti come qualsiasi persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale artigianale o professionale eventualmente svolta. Pertanto non potranno esercitare l'azione collettiva le società ed i soggetti che esercitano, anche in forma individuale, un'attività d'impresa o professionale.

Riassumendo, può quindi proporre l'azione collettiva un consumatore/utente, i cui diritti siano stati lesi (chiamato tecnicamente dalla norma "*componente della classe*"), che anziché agire individualmente decida di proporre la suddetta azione collettiva, anche dando mandato ad una associazione o ad un comitato cui partecipa. A differenza della versione precedente dell'articolo, come detto, è stata eliminata la legittimazione diretta ad agire di associazioni dei consumatori e comitati, che pertanto potranno essere parte del giudizio solo su esplicito mandato di un consumatore. La peculiarità di quest'azione consiste nel fatto che, diversamente dalle "normali" cause in tribunale, questo accertamento non varrà solo fra le parti nel processo, ma anche nei confronti di tutti coloro i quali, pur non prendendo parte al giudizio, vi abbiano aderito.

L'azione può essere esperita solo in merito a:

- *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 del codice civile;
- *diritti identici* spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- *diritti identici* al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Alla tutela di questi diritti contrattuali si aggiunge nella nuova disciplina la tutela di diritti di natura risarcitoria derivanti da illeciti extracontrattuali, che abbiano leso una pluralità di consumatori o utenti, con riferimento specifico alle ipotesi di danno da prodotto difettoso, e da quelli nascenti da pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali pluri-offensivi.

La legge prevede che l'azione debba essere proposta davanti al Tribunale avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa (salvi alcuni raggruppamenti: per Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per Marche, Umbria, Abruzzo e Molise è competente il tribunale di Roma e per Basilicata e Calabria è competente il tribunale di Napoli). Vale la pena interrogarsi però sul che cosa si intenda come "sede", e se non si debba intendere esclusivamente la sede legale (altrimenti il legislatore lo avrebbe specificato), ma anche (come prevede l'art. 19 c.p.c.) il luogo in cui l'impresa ha uno stabilimento ed un rappresentante autorizzato a stare in giudizio. Rimane aperto il problema per citare quelle aziende straniere che non hanno in Italia sedi con un rappresentante autorizzato a stare in giudizio.

Spetta ovviamente al giudice operare un "filtro di ingresso" in materia di cause di inammissibilità dell'azione che, oltre a quelle classiche della manifesta infondatezza della domanda o la sussistenza di un conflitto di interessi, prevede altre due cause laddove il giudice non ravvisi *l'identità dei diritti individuali tutelabili* per la cui

violazione è causa e laddove *il proponente non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe*. In particolare il giudice deve svolgere un'attività estremamente delicata nella misura in cui elabora i criteri da utilizzare per ammettere o escludere i consumatori o utenti dalla partecipazione all'azione, nonché la definizione stessa della classe, pur trattandosi di un'azione processuale fondata sul meccanismo dell'*opt-in*. Tale meccanismo prevede infatti che il giudicato esplicherà i suoi effetti esclusivamente nei confronti dei soggetti che, con atto formale, abbiano dichiarato espressamente la propria volontà di aderire al giudizio. L'ordinamento statunitense, invece, prevede il regime dell'*opt-out*, nel senso che la sentenza pronunciata con riferimento ad una *class action* produce i suoi effetti nei confronti di tutti gli appartenenti, i requisiti dei quali sono individuati dal giudice in sede di filtro di ammissibilità dell'azione; in tale sistema l'adesione al giudizio è automatica per ogni appartenente alla *class* e soltanto chi non voglia subire le conseguenze del giudicato deve tempestivamente dichiararlo con proprio atto formale.

Il nostro legislatore, nel mantenere il regime dell'*opt-in*, ha riservato al Giudice il compito di fissare con ordinanza "*termini e modalità della pubblicità*" e soprattutto di definire "*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*". La definizione dei criteri opera in combinato disposto con il termine perentorio fissato per l'adesione all'azione. A tal proposito è da notare l'introduzione di una tempistica ancor più stringente rispetto alla precedente, in quanto il termine per l'adesione viene fissato nel limite di centoventi giorni, prevedendosi che il Giudice fissi "*un termine perentorio*", non superiore appunto a centoventi giorni, a differenza della precedente disciplina che consentiva l'adesione dei soggetti appartenenti alla *class* fino alla conclusione del giudizio di appello.

Quanto alla legittimazione passiva, come era previsto per la precedente forma di *class action*, essa spetterebbe a tutte le imprese cioè a tutti quei soggetti che, in forma individuale o societaria, il nostro ordinamento fa rientrare nella ampia categoria di impresa. Restano esclusi gli enti pubblici, mentre si ritiene rientrino tra i soggetti passivi le imprese pubbliche e quelle che gestiscono servizi pubblici. Resta il dubbio sui professionisti, che non sembrano rientrare tra i soggetti passivi dell'azione posto che il termine impresa va letto nel senso proprio che gli attribuisce il codice civile.

Riassumendo, si può affermare quindi che non potranno partecipare ad una *class action* soggetti diversi dai consumatori, cioè chi, come una qualunque azienda piccola, grande o individuale, abbia subito un danno nell'esecuzione di un contratto di adesione. Per fare un esempio, in caso di *class action* contro l'inadempimento di un gestore telefonico, potranno partecipare i singoli consumatori che abbiano una utenza residenziale, non anche le utenze classificate come "business", seppure il danno che ne ricevono, ma soprattutto l'illecito contrattuale che ne è a monte, sono identici.

E' inoltre vietato l'intervento del terzo nel giudizio, come co-attore; si può aderire all'azione, solo senza "dire la propria" e quindi sposando in toto le argomentazioni del consumatore proponente, mentre forse sarebbe stato utile consentire l'intervento per dar

modo al consumatore di portare in giudizio le proprie ragioni (con un proprio avvocato) e le proprie prove a sostegno della causa comune.

Al termine del giudizio il tribunale, se accoglie la domanda, pronuncia sentenza di condanna con cui liquida equitativamente le somme dovute agli aderenti o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. Nel caso l'azione sia rivolta contro un gestore di servizio pubblico il tribunale *"tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate"*.

La tutela risarcitoria dovrebbe cooperare quindi alla funzione di deterrenza delle condotte illecite ma, come vedremo, esistono diversi fattori di debolezza nella normativa in oggetto. La legge nazionale peraltro già contempla da tempo varie particolari ipotesi in cui l'autore di un illecito è tenuto a versare alla sua vittima somme di danaro senza bisogno di prova di alcun pregiudizio, in funzione di stretta deterrenza. Per i casi di diffamazione, ad esempio, viene esplicitamente stabilito che si condanni l'autore al pagamento di una somma ulteriore rispetto al danno patrimoniale e non patrimoniale, con funzione di pena privata giudiziale non determinata nel massimo e applicabile solo alle condotte dolose.

La legislazione più recente, inoltre, contempla sempre più spesso pene pecuniarie private, a volte su impulso del diritto comunitario, a volte semplicemente ispirandosi ad esperienze straniere. Deriva ad esempio dal diritto comunitario l'introduzione della sanzione pecuniaria civile, da corrispondersi alla controparte, per i casi di inottemperanza al provvedimento inibitorio di tutela di interessi collettivi in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, in funzione di misura coercitiva.

Naturalmente in Italia è pur sempre necessario che l'inibitoria assistita da misure coercitive pecuniarie sia specificamente prevista dalla legge ai fini della tutela dell'interesse collettivo. Secondo l'impostazione prevalente, infatti, tale forma di tutela non assume carattere generale neppure ai fini della protezione dei veri e propri diritti soggettivi, si intuisce facilmente perché, quindi, necessiti un preciso riferimento normativo per la tutela di situazioni soggettive superindividuali.

La disciplina speciale della tutela risarcitoria in un unico procedimento civile di una pluralità di diritti individuali omogenei – ossia violati dalla medesima azione, omissione o condotta abituale del medesimo soggetto – però, pur avendo sviluppato numerosi aspetti ricollegati alla conseguente complessità dell'oggetto del giudizio, risulta essere in Italia, come accennato e come ribadiremo, poco evoluta nel tenere conto proprio dei problemi di accesso alla giustizia tipicamente presenti in tali situazioni. Questa lacuna comporta a sua volta effetti di minor deterrenza delle condotte illecite, effetti che possono danneggiare il sistema economico e la ricchezza complessiva del paese.

4. L' Azione di Classe: qualche spunto di riflessione

Nonostante l' incisività e l' ampiezza dell' intervento del legislatore italiano, nel passaggio dalla precedente alla nuova disciplina, si percepisce forse, in parte della dottrina, un' occasione mancata di riforma soprattutto con riguardo al delicato e cruciale aspetto dell' adesione al giudizio.

Balza inoltre evidente all'occhio la sostanziale differenza con il modello statunitense dove, oltre alla possibilità di ricorrere ad una azione collettiva a fini risarcitori, vi è quella di ottenere i "danni punitivi". E' quindi ammesso al risarcimento anche chi agisce in giudizio dopo le sentenze che concludono l'azione collettiva, ed è ammesso sia al risarcimento del danno che alla quantificazione dei danni punitivi. L'azione collettiva nasce dall'esigenza di consentire, per ragioni di giustizia, di economia processuale e di certezza del diritto, a chi si trovi in una determinata situazione di beneficiare dei rimedi che altri, avendo agito in giudizio ed essendo risultati vittoriosi, possono esercitare nei confronti del convenuto. Nel modello anglosassone, singoli cittadini e studi legali possono promuovere azioni collettive, e la legittimazione ad agire non è limitata a singoli soggetti istituzionali qualificati dalla legge.

Non sarà poi possibile, come visto, intentare una azione di classe per la condanna e il risarcimento di qualsiasi danno da fatto illecito extracontrattuale, ma solo per i danni causati al consumatore di un prodotto dal produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale. La definizione non e' di immediata comprensione; riflettendoci un po' su viene in mente, quale unico caso disciplinato da questo punto, il danno da prodotto difettoso. Non altro.

Qualche perplessità genera l'espressione relativa all'identità dei diritti individuali tutelabili, come causa di inammissibilità. Sta alla giurisprudenza, in assenza di una chiara definizione normativa, stabilire cosa si intenda per "diritti identici", consapevoli che una definizione aderente al significato corrente dell'aggettivo indebolirebbe forse ulteriormente, di fatto, la sua funzione di deterrenza. Le situazioni perfettamente identiche sono infatti poche, mentre molte sono le vicende omogenee che i consumatori si trovano ad affrontare. La stessa legge non aiuta a capire cosa voglia intendere per diritti identici, e il solo fatto che anche il testo dell'articolo contenga la parola "omogenei" (comma 1: "I diritti individuali omogenei ...") lascia pensare che una differenza ci sia.

Ulteriore ambiguità che balza subito agli occhi e' la possibilità che l'azione venga dichiarata inammissibile perché il proponente non appare in grado di portarla avanti. Di certo non si riferisce a competenze giuridiche, posto che il proponente dell'azione deve necessariamente essere assistito da un avvocato, che si presuppone queste competenze le abbia. Ne' dunque ha rilievo che sia "in gamba" o meno. L'unica caratteristica

plausibile, potrebbe essere che l'inadeguatezza del proponente attenga alle sue finanze per portare avanti l'azione. Cio' perche' dalla lettura dell'articolo parrebbe che sia lui a doversi far carico delle spese di pubblicita' dell'azione stessa, affinche' il maggior numero di persone interessate possa aderirvi.

Se per uno dei motivi indicati il Tribunale dichiara inammissibile l'azione, il giudice "regola le spese", anche con una condanna del consumatore per lite temeraria. Detta cosi', la norma suona un po' come un ammonimento e un po' come un tentativo di scoraggiare l'uso di questo strumento. La disciplina delle spese in caso di soccombenza e della eventuale condanna per lite temeraria e' gia' disciplinata dal codice di procedura civile (che si applica anche a questi procedimenti); e soprattutto le associazioni dei consumatori fanno notare che non c'era forse l'esigenza di ripetere il concetto nell'art. 140 bis del codice del consumo, se non fosse appunto volonta' del legislatore mandare un messaggio "deterrente", ma rivolto al ... consumatore.

Una volta inoltre che il Tribunale ha ritenuto ammissibile la class action, dispone che sia data adeguata informazione sulla stessa, fissando *"termini e modalita' della più opportuna pubblicita', ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe"*. Ora, considerato che l'azione non e' ripresentabile successivamente da altri soggetti, e' indispensabile che sia ampiamente conoscibile, e che, quindi, l'informazione sia molto estesa per assicurare che il maggior numero di interessati possa aderirvi entro il termine indicato dal tribunale stesso; ma chi paga queste spese di pubblicita'? La legge tace, e sembrerebbe dunque che tali spese possano gravare sul singolo che ha iniziato l'azione collettiva (sebbene sia prevista anche la pubblicazione dell'ordinanza sul sito internet del Ministero dello sviluppo economico, modalita' di informazione prevista come "ulteriore", non primaria dunque). Del resto e' fondamentale che i consumatori siano ben informati sulle class action esistenti ed e' indispensabile che chiunque ne possa avere facilmente conoscenza tramite un unico mezzo di informazione istituzionale di base.

La stessa ordinanza di ammissione dell'azione collettiva 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 e fissa un termine perentorio entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria.

Queste brevi riflessioni inducono comunque più di una perplessità sull'efficacia, almeno in termini di deterrenza, dell'azione di classe, facendo un po' apparire quest'ultima come un'arma spuntata in un sistema che, come detto, non prevede l'utilizzo (e quindi la relativa "minaccia") del meccanismo dei "danni punitivi".

4.1 Alcuni casi

Nel corso del 2010, primo anno di entrata in vigore del provvedimento ai sensi dell'art 140-bis del Codice del Consumo, non sono molti i casi di Azione di Classe promossi nel nostro Paese.

I più significativi sono quelli promossi rispettivamente contro:

- 1) la banca Intesa SanPaolo (tribunale di Torino);
- 2) il tour operator Wecantour (tribunale di Napoli);
- 3) la società medica Voden Medical Instruments (Tribunale di

Milano).

nel primo caso un correntista di Intesa San Paolo, rappresentato dal Codacons, ha denunciato l'illiceità delle commissioni e/o forme di remunerazione bancarie applicate dopo l'entrata in vigore della legge 2/09, nonché l'illegittimità della "commissione per scoperto di conto", chiedendo la conseguente condanna della banca al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

L'ordinanza del Tribunale di Torino (che rappresenta il primo provvedimento reso nell'ambito di un'azione di classe), ha dichiarato l'inammissibilità dell'azione per difetto di interesse ad agire in capo all'attore.

Nel secondo caso l'azione di classe è stata promossa dall'Unione Nazionale Consumatori sulla base di un mandato conferito nei confronti del tour operator Wecantour da un gruppo di turisti, per ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dei gravi disagi affrontati durante un viaggio a Zanzibar. I turisti lamentano che, una volta giunti a Zanzibar, si sono trovati di fronte ad un vero e proprio cantiere in costruzione al posto del tanto pubblicizzato villaggio ultraconfortevole. Il tour operator, costituendosi in giudizio, ha chiamato in causa la compagnia di assicurazione e la società proprietaria del villaggio turistico.

Il Tribunale di Napoli ha disposto il differimento dell'udienza, per la valutazione dell'ammissibilità dell'azione, al maggio 2011, concedendo i termini per la chiamata in causa dei terzi da parte della convenuta (chiamata in causa ex art. 106 c.p.c. ritenuta ammissibile, nel silenzio dell'art. 140-bis).

Nel terzo caso, il caso Voden Medical Instruments, si tratta della prima azione di classe per danni da prodotto.

La Voden Medical Instruments S.p.A. è ideatrice e distributrice del test "EGO TEST FLU" che permetterebbe la rilevazione fai-da-te dell'influenza A e B. Gli esperti del Ministero della Salute avrebbero verificato l'inutilità del test, dichiarando come affidabile la sola diagnosi medica.

L'azione di classe, promossa dal Codacons su mandato di un gruppo di consumatori, si pone quale obiettivo quello di far ottenere a tutti i coloro che hanno acquistato il test, il rimborso di quanto pagato.

5. Azione di Classe e mediazione finalizzata alla conciliazione.

Il riferimento normativo al Codice del Consumo, in particolare l'art 140 al comma 2 indica che *“Le associazioni di cui al comma 1, nonche' i soggetti di cui all'articolo 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonche' agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. La procedura e', in ogni caso, definita entro sessanta giorni”*. Al comma 3, in riferimento al verbale di conciliazione si afferma che *“Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, e' depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si e' svolto il procedimento di conciliazione”*. E al comma 4 *“Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarita' formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo”*. Relativamente poi ai soggetti ai quali fosse chiesta la cessazione dei comportamenti lesivi ai sensi del comma 5, o che siano stati chiamati in giudizio ai sensi del comma 1, possono attivare la procedura di conciliazione di cui al comma 2 senza alcun pregiudizio per l'azione giudiziale da avviarsi o gia' avviata. Se il procedimento di conciliazione (anche nella fase esecutiva) ha una favorevole conclusione, questa viene valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.

In caso poi di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinche', accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle somme di denaro previste dal presente articolo (da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravita' del fatto).

In riferimento all'art. 140-bis, disciplinante l'azione di classe, in seguito alla sentenza del giudice e in caso di vittoria della class action, l'impresa chiamata in causa potra' proporre ai singoli consumatori una transazione, mediante il pagamento di una somma a liquidazione del danno. La proposta dovra' essere fatta entro sessanta giorni dalla notificazione della sentenza e, se accettata, diventera' titolo esecutivo (con il quale il singolo potra' attivare una procedura di esecuzione forzata). Nel caso in cui la proposta non venga fatta, o non venga accettata, si apre una ulteriore fase di conciliazione. a tal proposito vale la pena domandarsi su chi sia il soggetto legittimato ad accettare la proposta, i singoli o il proponente? La legge non e' chiara e, da una lettura sistematica parrebbe che qualora anche un solo consumatore non abbia accettato l'eventuale proposta dell'azienda, il presidente del Tribunale dovra' costituire una “camera di conciliazione”, ossia un tavolo di trattativa, sulla liquidazione dei danni patiti da ogni consumatore che non abbia gia' transatto. Questa camera sara' composta da un avvocato scelto dal proponente, uno scelto dall'impresa e presieduta da un avvocato cassazionista. I consumatori che hanno gia' aderito alla class action (e solo loro), se

intendono partecipare alla fase conciliativa, dovranno espressamente farne domanda. E cosa accade nella “camera di conciliazione”? Questi gli scenari possibili:

- gli avvocati si accordano sui risarcimenti da pagare ai singoli consumatori;
- non c’è accordo, o c’è solo per alcune posizioni, o ancora l’impresa non partecipa nemmeno, e la camera va deserta.

In quest’ultimo caso, i singoli consumatori pur avendo una pronuncia che accerta il loro diritto al risarcimento, dovranno nuovamente intentare causa, e questa volta da soli, contro l’impresa per ottenere la quantificazione e liquidazione del proprio danno.

È utile rilevare comunque che, per i soggetti lesi coinvolti, in caso di danni di massa ma di entità così lieve che non vale la pena di dedurli in giudizio isolatamente, e nemmeno di porli a fondamento di un’istanza di conciliazione individuale, l’aggregazione processuale delle pretese individuali ad opera di un rappresentante, come previsto dall’art. 140-bis del Codice del Consumo, abbatte in misura maggiore i costi di tempo e di denaro per far valere le singole pretese rispetto al ricorso agli strumenti di conciliazione. La class action costituirebbe quindi, sotto questo profilo, l’elemento fondamentale di una risposta giudiziaria tesa a rimuovere le ragioni della rinuncia dei consumatori e degli utenti a far valere i loro legittimi diritti.

In secondo luogo, la class action organizza una reazione compatta dei consumatori nei confronti dell’illecito plurioffensivo dell’impresa. Essa esprimerebbe quindi un’efficacia di deterrenza nei confronti di quest’ultima, efficacia che la reazione «alla spicciolata» dei consumatori dinanzi agli organismi di conciliazione certamente non può avere.

In terzo luogo, la class action potrebbe funzionare come un catalizzatore nei confronti degli strumenti di conciliazione, liberandoli dalla frammentazione delle controversie seriali di modico valore (in cui può avere spazio solo un negoziato posizionale su vasta scala), liberando risorse per i tentativi di conciliazione non seriali, ovvero per i tentativi di conciliazione collettivi dopo la promozione dell’azione di classe (art. 15), e valorizzando così la competenza professionale e l’opera del mediatore.

Sotto questo profilo, l’introduzione della class action costituirebbe un “elemento fondamentale di una strategia tesa al miglioramento delle condizioni della giustizia civile nel settore delle controversie dei consumatori, diretta quindi ad evitare che i metodi alternativi di composizione delle controversie si trasformino in un modo per svendere una risposta ad una domanda di giustizia frustrata dall’indisponibilità di un’alternativa efficiente dinanzi alla giustizia civile statale”.

Secondo questa impostazione lo strumento dell’azione di classe produrrebbe un’efficacia deterrente con riguardo agli illeciti plurioffensivi a danno di diverse classi di consumatori o utenti, i quali attraverso la suddetta azione unitaria conseguono vantaggi neppure prospettabili in forma individuale. In altri termini l’azione di classe assolverebbe ad una funzione di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono, non tanto sugli interessi del singolo, quanto sugli interessi di una collettività. Da ultimo, l’azione collettiva realizzerebbe una finalità di efficienza processuale riguardo a controversie che altrimenti sarebbero regolate dall’ordinaria disciplina processuale litisconsortile.

Per quanto riguarda i rapporti tra mediazione ed azioni a tutela dei consumatori, quindi, alla luce del D. lgs. 4 marzo 2010, n 28, con particolare riferimento agli art 5 e 15, si può riassumere che non è soggetta alla condizione di procedibilità del previo svolgimento della mediazione l'azione inibitoria di condizioni generali del contratto promossa da associazioni rappresentative di consumatori o utenti (ex art 37 del codice del consumo).

Allo stesso modo, non è soggetta alla condizione di procedibilità del previo svolgimento della mediazione l'azione a tutela degli interessi collettivi di consumatori e utenti con cui si chiede di inibire gli atti e i comportamenti lesivi e/o di adottare misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e/o di ordinare la pubblicazione del provvedimento (ex art. 140 del codice del consumo).

Va infine evidenziato, come già detto, che segue lo stesso iter l'Azione di Classe per la tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori o utenti, promossa da quest'ultimi anche mediante associazioni o comitati (non è soggetta cioè alla condizione di procedibilità del previo svolgimento della mediazione). In quest'ultimo caso, però, l'eventuale conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito (art 15 D. lgs. 4 marzo 2010 n 28).

Riportiamo infine l'art 141 del Codice del Consumo, recante particolare riferimento alle procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo e importante base normativa, come vedremo brevemente dopo, del sempre più efficace ed efficiente strumento delle cosiddette "conciliazioni paritetiche":

"1. Nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possono avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica.

2. Il Ministro dello Sviluppo economico, d'intesa con il Ministro della giustizia, con decreto di natura non regolamentare, detta le disposizioni per la formazione dell'elenco degli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si conformano ai principi della raccomandazione 98/257/CE della Commissione, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, e della raccomandazione 2001/310/CE della Commissione, del 4 aprile 2001, concernente i principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Il Ministero dello Sviluppo economico, d'intesa con il Ministero della giustizia, comunica alla Commissione europea gli organismi di cui al predetto elenco ed assicura, altresì, gli ulteriori adempimenti connessi all'attuazione della risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 25 maggio 2000, 2000/C 155/01, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

3. In ogni caso, si considerano organi di composizione extragiudiziale delle controversie ai sensi del comma 2 quelli costituiti ai sensi dell'art. 2, comma 4 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

4. Non sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle disposizioni di cui al presente articolo

5. Il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

6. La conciliazione paritetica : un riferimento doveroso

Nella vasta gamma degli strumenti per la risoluzione delle controversie tra utenti ed imprese, e nell'ambito di quelle specificatamente extragiudiziali, la conciliazione paritetica ricopre un ruolo di primaria importanza.

La fonte normativa va rilevata nella legge n 69 del 2009, nel suo decreto attuativo, e, nelle Raccomandazioni 1998/257/CE e 2001/210/CE e, come visto precedentemente, nell'art. 141 del Codice del Consumo.

Come è noto nella conciliazione paritetica la trattativa e la composizione della lite avviene tra due mediatori posti sullo stesso piano che rappresentano le parti, senza un terzo soggetto *super partes*.

Nel dettaglio, la commissione di conciliazione risulta composta da un esponente delle Associazioni dei Consumatori, con apposito mandato dei consumatori, e da un rappresentante dell'impresa "convenuta".

La disciplina della procedura, mancando un terzo "arbitro" o mediatore, scaturisce dal regolamento che viene sottoscritto ed applicato dalle parti, in considerazione del fatto che, a fronte di alcuni principi cardine universalmente condivisi, le singole Associazioni ed imprese possono liberamente redigere.

Nel regolamento viene indicato l'ambito di applicazione, i casi cioè che possono essere oggetto di conciliazione paritetica, le diverse tipologie di controversie anche in riferimento a specifici prodotti e servizi, nonché le stime sui valori delle liti.

È evidente che questo genere di informazioni debbono scaturire da un lavoro congiunto tra impresa (depositaria dei dati in merito ad esempio ai reclami che riceve) e le associazioni dei consumatori (depositarie dei dati in merito alle segnalazioni ricevute presso i propri sportelli). Vengono altresì specificati le modalità per la presentazione della domanda di conciliazione (nonché il modello stesso di domanda), i termini di discussione, nonché la durata del procedimento.

È proprio grazie alla presenza di specifici regolamenti, che la procedura risulta chiara sotto il profilo dell'informazione e della trasparenza, nel più assoluto rispetto, però, della normativa sulla privacy. Il consumatore può in questo modo avere a disposizione uno strumento in genere gratuito, con tempistica assai ridotta, nonché con possibilità di contraddittorio, in quanto ha la facoltà di chiedere di essere ascoltato direttamente dalla commissione per portare il proprio contributo.

Il personale qualificato che compone la suddetta commissione rappresenta inoltre, per lo stesso consumatore, una ulteriore importante garanzia, unitamente al fatto che, nella

mediazione, è supportato da una associazione che ha carattere e rilevanza nazionale. A questo si aggiunga che il consumatore può evidentemente abbandonare la trattativa in qualsiasi momento, mantenendo la piena libertà di scelta anche e soprattutto in funzione dell'accordo raggiunto che ha valore transattivo tra le parti. Sul rispetto dell'accordo da parte dell'Azienda, vigila l'Associazione che ha rappresentato il consumatore e, in alcuni casi, possono essere previste delle penali in caso di inadempimento.

Se l'accordo non viene raggiunto, si redige un verbale di mancato accordo ed il consumatore è libero di rivolgersi alla magistratura ordinaria o scegliere una procedura di arbitrato.

Attualmente sono oltre una ventina i protocolli nazionali di conciliazione paritetica sottoscritti in vari settori come telecomunicazioni, somministrazione di energia elettrica e gas, servizi postali, banche, assicurazioni e trasporti e sono in continuo aumento anche quelli sottoscritti a livello locale. Quasi l'80% delle conciliazioni svolte fino ad oggi hanno riportato un esito positivo per il consumatore in una tempistica media di circa 60 giorni per la risoluzione della controversia.

I valori medi delle liti si attestano in maggioranza nell'ambito generale delle small claims (entro i mille euro), ma possono essere in larga parte di un ancor più modico valore, un elemento ulteriore, questo, che in genere finisce per dissuadere l'utente ad adire un tribunale, generando una vasta casistica nella quale si finisce per rinunciare a far valere i propri diritti, impedendo anche l'emergere di disservizi nella fruizione o erogazione di un prodotto o di un servizio, a danno in ultima analisi della intera collettività.

7. Una nuova visione del fare Impresa come miglior forma di prevenzione delle controversie.

Il rapporto delle imprese con i consumatori e con gli stakeholders in generale è oggi, sempre di più, una questione oltre che di marketing e organizzazione, anche di deterrenza e prevenzione di eventuali conflitti, oltre che di gestione delle controversie e delle rivendicazioni. Alla luce anche dei risvolti pesanti di una crisi prima finanziaria e poi industriale che, in molti casi, ha moltiplicato il numero delle controversie commerciali, oggi più che mai il mondo delle imprese, soprattutto le grandi imprese, deve ripensare il proprio rapporto con tutti i portatori di interesse che intorno ad esso ruotano.

Questo vale soprattutto per quei principi talmente diffusi nei vari codici e in molteplici imprese e settori da doversi considerare a valenza universale tanto che evaderli o semplicemente tralasciarli implica costi, indipendentemente dall'aver rispettato le leggi vigenti. Seguire tali "vincoli morali" significa avere specifici orientamenti nella gestione e valorizzazione delle risorse, che vanno dagli uomini alle loro aspettative e motivazioni, dall'ambiente alle risorse naturali, dalle attese dei consumatori all'investimento nella qualità dei prodotti fino alla scelta dei fornitori e dei partner commerciali e finanziari.

Orientamenti che qualificano in profondità il modo di fare affari con effetti forti in direzione dei mercati e delle comunità e che contribuiscono alla sistematica costruzione della fiducia in un'impresa che diviene sempre di più una partecipata comunità di persone, di progetti, di intenti e motivazioni.

Tutto questo sia all'interno dell'organizzazione, che all'esterno nel sistema locale dove l'impresa è inserita come spazio reale e/o virtuale.

Serve uno slancio deciso in questa direzione, in modo da assegnare al marchio e alla compagine d'impresa una elevata reputazione, tale da farla divenire un catalizzatore di risorse innovative e dinamiche, riducendo in questo modo costi di transazione (costi di non conoscenza) da una parte e costi di innovazione e di conoscenza diretta dall'altra.

Ma soprattutto, in funzione della breve analisi condotta, vanno considerati anche i costi, spesso notevoli, di gestione del conflitto e delle controversie nei tempi lunghi della giustizia civile ed in un danno di immagine a volte, troppe volte, fortemente sottovalutato.

Per realizzare questo, occorre un rinnovato slancio ed una capacità di mix tra creatività partecipante, partecipazione ragionata, fiducia, reciprocità.

Ciò comporterà la fondazione di nuove fonti di vantaggio competitivo e avrà effetti sui molteplici processi aziendali: da una delega allargata ad una leadership condivisa a forte legittimazione, dalla fidelizzazione di lungo periodo di dipendenti-manager e consumatori ad una responsabilità reciproca verso la comunità per una superiore riconoscibilità.

L'impresa come "comunità morale" è la base fondamentale di una impresa sempre più

aperta e sperimentale, orientata alla promozione delle relazioni umane interne ed esterne, allo sviluppo di un benessere civico e motivazionale, alla costruzione di catene del valore e della qualità verso i consumatori e la società nel suo complesso.

Organizzare, produrre, erogare servizi lavorando per anticipare ed impedire la nascita di conflitti e controversie può alimentare e sostenere la continuità del circolo virtuoso tra etica, fiducia e performances.

8. Conclusioni

A conclusione di queste brevi riflessioni sulle novità normative e sulla ancor troppo breve esperienza dell’Azione di Classe nel nostro Paese, non si può che sperare in una ulteriore evoluzione del dettato normativo di questo istituto, auspicando un progressivo sforzo per andare a colmare quelle lacune o “zone grigie” che, ad oggi, parrebbe, a detta di molti, limitino la potenziale portata deterrente dell’Azione. Allo stesso modo non si può non rilevare come il progressivo sviluppo di tutte quelle forme di tentativi extragiudiziali di composizione delle controversie, rappresentino, più che una speranza, ormai una relativa certezza anche in materia di consumo. La progressiva diffusione dei protocolli d’intesa tra grandi imprese ed associazioni di consumatori, l’allargamento di tale intesa anche a livello locale, la stesura di opportuni regolamenti, financo la formazione e la qualificazione di mediatori specializzati in materia, in collaborazione tra imprese ed associazioni e comunque tra i grandi “portatori di interessi” in un numero sempre maggiore di settori industriali e dei servizi, sono elementi che fanno della conciliazione paritetica, ad esempio, uno strumento sempre più diffuso per la risoluzione delle controversie.

Va rilevato infine come, accanto agli sforzi del legislatore, necessita un vero e proprio cambio culturale anche a livello di impresa. Occorre che le grandi aziende, che erogano prodotti di largo consumo o somministrano e distribuiscono servizi, acquisiscano definitivamente certi valori come codice genetico del loro fare impresa, consapevoli che possono portare sempre di più ad una riduzione dei costi ed un miglioramento delle performances, base di crescita dell’impresa stessa e volano di benessere per l’intera collettività.

BIBLIOGRAFIA

- Legge 23 luglio 2009 n. 997
legge 24 dicembre 2007 n. 244
legge 27 febbraio 2009 n.14
Legge 3 agosto 2009 n.102
Legge 6 febbraio 2007, n.13
Legge 99/2009
legge 29 dicembre 1993, n. 580
Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206
Decreto legge 30 dicembre 2008 n.207
Decreto legislativo 2 agosto 2007 n.142
Decreto legislativo 23 ottobre 2007 n. 2213
Decreto legislativo 4 marzo 2010, n 28
Decreto legislativo 6 settembre 2005, n 206 e successive modificazioni (Codice del Consumo)
Raccomandazioni 1998/257/CE e 2001/210/CE
P. Biavati, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008.
R. Caponi, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008.
Vigoriti, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e impresa*, 2010, I, 6.
Luciano Pilotti e Andrea Ganzaroli, *Rileggere il Marketing: Strategie Informative e Gestione della Conoscenza*
Italia Oggi sette del 01/03/2010
Giussani, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.
www.classaction.it
www.altalex.com
www.consumatori.it
www.ilsole24ore.com
www.classactionitalia.com
www.cedam.com
www.sviluppoeconomico.gov.it
www.codicedelconsumo.it
www.tuttoconsumatori.it
www.difesaconsumatori.com
www.altroconsumo.it
www.ratioiuris.it

