

## Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore

Massimo Scuffi<sup>1</sup>

La tematica sulle azioni di classe e –piu' in generale-della tutela del consumatore presenta molti punti di contatto con il diritto della concorrenza ed e' oggi quanto mai attuale alla luce dell'emanazione della *Comunicazione* della Commissione(401/2013) "verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi" in tema di accesso uniforme alla giustizia all'interno dell'Unione e della *Raccomandazione* (11.6.2013) sui principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri a fronte di violazioni dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione

Molte delle regole suggerite riprendono dalle linee guida contenute nel *libro verde*(2005) e *libro bianco*(2008) sul risarcimento del danno antitrust, nella *bozza di orientamento* sul risarcimento del danno antitrust(2011), nella *Direttiva* 104/2014 sul risarcimento del danno per violazioni del diritto alla concorrenza degli Stati membri e dell'UE (che riconosce il diritto risarcitorio a qualunque vittima delle pratiche antitrust, acquirente diretto od indiretto che sia) implementata nei meccanismi di *collective redress* dalla *Raccomandazione* anzidetta.

La Direttiva costituisce, dunque, un punto di riferimento importante anche per la tutela collettiva dei consumatori e non a caso nell'ambito dei principi e criteri direttivi di recepimento indicati dall'art 2 della *Legge di delegazione europea* 2014(L.114/2015) e' prevista l'applicazione delle disposizioni in tema di risarcimento del danno antitrust alle azioni previste dall'art.140 bis del Dlgs 206/2005(Codice del Consumo)

E' noto infatti che nella categoria dei diritti azionabili a sensi della norma citata rientrano i c.diritti "omogenei" al ristoro del pregiudizio derivante a consumatori ed utenti anche da (lett.c) pratiche commerciali scorrette ovvero comportamenti anticoncorrenziali, cioe' posti in essere in violazione della normativa antitrust nazionale (artt.2 e 3 l.287/90) ed europea ex 101 e 102 TFEU (abuso di posizione dominante, cartelli, intese restrittive della liberta' di concorrenza).

Il consumatore rientra dunque a pieno titolo-al pari dell'imprenditore-nell'alveo protettivo garantito dalla normativa antitrust quale soggetto passivo del pregiudizio derivato da altrui illecite collusioni come tale legittimato a far valere la inerente tutela risarcitoria che spetta a "chiunque"(Corte di Giustizia C-453/99 *Courage* e Corte di Cassazione SSUU 2207/05)

Nel nostro ordinamento la *class action* prevista dall'art.140 bis del Codice del Consumo e' un mezzo di tutela collettiva praticata per *adesione* con modalita' *opt-in* che estendono ai membri che abbiano "aderito" alla classe gli effetti dell'azione proposta o della sentenza ottenuta da uno o piu' soggetti ovvero da Associazioni mandatarie o comitati partecipati secondo il meccanismo della rappresentanza processuale

L'azione di classe richiede percio' un collegamento "paraneoziale" con i soggetti promotori diversamente da quanto avviene nel modello statunitense che si fonda sull'*opt out*, cioe' sull'estensione automatica alla classe dell'azione proposta da un singolo componente riconosciuto idoneo a rappresentarla (*certification*) salva la dissociazione: sistema questo che supera gli oneri di raccolta della classe (pubblicita' ed adesioni) ma e' meno rispettoso dell'autonomia privata.

---

Magistrato di cassazione, Presidente del Tribunale di Aosta

Il sistema preferito dalla Raccomandazione UE del 2013 resta l'*opt in* che conserva l'azione individuale del non partecipante (che nell'*opt out* è assorbita, salva dichiarazione di non volervi essere coinvolti) ed agevola il calcolo e/o sommatoria del danno.

In funzione "aggregante" di facilitazione dell'accesso alla giustizia il Libro Bianco del 2008, poi ripreso dalla Raccomandazione cit., aveva prefigurato anche delle *representative actions* proponibili da soggetti qualificati quali Associazioni dei consumatori, *public authorities* o associazioni commerciali agenti in nome e per conto degli associati, designate preliminarmente dallo Stato od appositamente certificate.

Questa aggiuntiva *legittimazione autonoma* degli enti esponenziali all'esercizio di azioni collettive per conto degli aderenti trova parallelo nel modello delle *azioni rappresentative* contemplate negli artt.139 e 140 del Codice del Consumo a tutela degli interessi esponenziali di categoria (la norma cardine della legittimazione *ad agendum* "ultrasingolare" si rinviene nell'art.2601 cc), sono esercitate *iure proprio* con contenuto *inibitorio / emendativo* (degli effetti pregiudizievoli della violazione), rinforzate da *astreintes* e accompagnate da forme pubblicitarie adeguate.

La Raccomandazione sollecita, appunto, la attivazione di provvedimenti inibitori del genere per l'arresto della violazione ai fini di evitare l'aggravamento del danno con comminatoria di penalità da ritardo per garantirne una efficiente esecuzione.

Le *azioni rappresentative* che da tempo fanno parte del nostro ordinamento rimangono peraltro un *minus* rispetto alle azioni di classe nel senso che la sentenza ottenuta vale *inter partes*, elimina le illegittimità denunciate ma occorrerà sempre l'azione risarcitoria/restitutoria dei singoli per ottenere personale ristoro laddove nell'*azione di classe* il diritto risarcitorio sorge in capo agli aderenti e la sentenza liquida equitativamente il danno (o ne fissa i criteri) in favore di tutti.

Occorrerebbe forse accorpate i due istituti per ampliare la legittimazione ed il novero dei provvedimenti esigibili.

L'azione di classe –come si diceva- aggiunge e rafforza la tutela individuale (e di gruppo) e presuppone sistematicità di condotte traducendosi in violazioni seriali e plurioffensive da cui emerga sovrapponibilità di pretese e comunanza di questioni (*communality*)

Le condotte anticoncorrenziali che possono dare luogo a azioni di classe sono le intese orizzontali tra produttori per spartire il mercato e concordare i prezzi (cartelli) ovvero abusi di posizione dominante di sfruttamento od operazioni di concentrazione, tutte suscettibili di colpire serialmente e con modalità analoghe il consumatore.

Sul piano concorrenziale le condotte di impresa perseguibili debbono necessariamente coinvolgere un vasto numero di consumatori.

Siccome il consumatore è persona che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale professionale eventualmente svolta la azione di classe resta riservata ai destinatari finali dell'attività di impresa e non può essere esperita dai soggetti intermedi (distributore-assemblatore di prodotti).

Le azioni collettive almeno sul piano antitrust hanno comunque trovato scarsa applicazione in Italia e spesso esito negativo per il consumatore).

Si puo' da ultimo segnalare la causa promossa da Altroconsumo(caso Moby)avanti al Tribunale di Genova contro talune Compagnie di traghetti per ottenere il risarcimento del danno causato da una intesa restrittiva della concorrenza(aumento tariffario concordato) sulle rotte che collegano il Nord della Sardegna al Continente dove la azione di classe dei circa 8000 passeggeri richiedenti il rimborso e' stata per cosi' dire azzerata dall'annullamento del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM con sentenza del TAR confermata dal Consiglio di Stato che ha escluso profili anticoncorrenziali nella manovra denunciata(sent.4123/2015).

La Direttiva 104/2014 colloca in un intero capo(IV) il c.d. "trasferimento del sovrapprezzo" e non vi e' dubbio che i principi che governano il c.d *passing on* o traslazione del danno dovranno orientare anche l'area a tutela del consumo .

Il *passing on* e' metodo preso in considerazione dalla Direttiva cit.dal lato attivo (*offensive*)e passivo (*defensive*)a seconda che l'autore dell'illecito opponga al 1° acquirente(*diretto*) di non aver subito danno per aver trasferito il maggior prezzo(*overcharges*) sui successivi (*scudo*)ovvero il consumatore (*acquirente indiretto*/ultimo anello della catena distributiva)faccia del trasferimento a valle del danno elemento costitutivo dell'azione per aver pagato un prezzo maggiore del dovuto(*spada*).

Eccezione del genere si rinviene in controversia trattata anni addietro(2000) dalla Corte di appello di Torino (*caso Juventus*)con riguardo ad accordo imposto monopolisticamente da societa' calcistica ad agenzia di viaggio dove il prezzo del biglietto di ingresso allo stadio era stato maggiorato di prestazioni supplementari obbligatorie (viaggio e soggiorno).

La Corte nell'occasione investita di azione di nullita' antitrust (nel periodo vigendo ancora la competenza esclusiva ex art.33 L.287/790) aveva osservato che la agenzia acquirente dei pacchetti(*business plans*)aveva traslato il danno su terzi e difettava di legittimazione perche' i maggiori costi erano stati sopportati dai tifosi consumatori che erano i veri danneggiati.

Il *defensive passing-on* non e' accettato in USA(che riconosce il danno al *solo direct purchaser* a prescindere dallo scarico a valle del costo)anche se il c.d.*blocco dell'Illinois Brick* (dal nome della sentenza del 1977 che ha ideato la regola )sta per essere rimosso dalla legge federale.

La Direttiva stabilisce ,invece, che l' eccezione di trasferimento va sempre consentita al convenuto ma l'acquirente indiretto potra' avvalersi del *passing on* con prova "agevolata" in quanto ,anziche' dover ricostruire tutti i passaggi , potra'invocare una *presunzione semplice* di trasferimento del danno da produttore a consumatore (alla triplice condizione che sia provata la violazione,il sovrapprezzo da essa determinato,l'acquisto dei beni oggetto della ridetta violazione ),salvo il diritto dell'autore dell'infrazione di fornire prova liberatoria contraria in modo verosimile ed adeguato.

Anche l'azione di classe in funzione antitrust e'assogettabile al sistema "binario"proprio delle azioni *follow on* fondate su illecite distorsioni del mercato accertata(e sanzionate)dall'Autorita' Garante (che garantisce la tutela del consumatore sul piano del *public enforcement*)e delle azioni *stand-alone* incardinate in assenza di provvedimenti amministrativi presupposti .

I due casi ricordati in precedenza (*Moby e Juventus*)si collocano rispettivamente nell'ambito tipologico delle suddette azioni.

Le azioni *stand-alone* rendono –come e' noto-meno agevole l'onere della prova da costruire giudizialmente *ex novo* laddove quelle *follow on* possono avvalersi delle risultanze dell'attivita' istruttoria dell'Autorita'come *punto di riferimento o prova privilegiata* da utilizzare nel *private enforcement*.

Si era in proposito suggerito -sia nel Libro verde sia nel Libro bianco-di assegnare *vincolativita'* alla decisione dell'Autorita' antitrust nazionale ovvero di considerarla prova irrefutabile dell'infrazione in modo da evitare che nelle *followon actions* si dovesse nuovamente provare la violazione.

Nel nostro ordinamento e' prevalsa la soluzione giurisprudenziale intermedia(*"quasi vincolativita'"*)basata su una *presunzione iuris tantum* di legittimita'in quanto le decisioni dell'Autorita' Garante restano atti amministrativi almeno fino a quando non trovino- tramite l'impugnazione -copertura giurisdizionale.

E' stato in particolare sottolineato che i provvedimenti dell'Autorita' Garante assumono valore di *"prova privilegiata"* in relazione alla sussistenza dell'illecito ,pur incombando al danneggiato fornire dimostrazione dei suoi effetti in termini di nesso causale e pregiudizio risentito.(Cass.3640/09)

La Direttiva 104/2014 in ottica piu' avanzata ripropone sul punto la regola della *"vincolativita'"* della decisione dell'Autorita' garante purché definitiva(non piu' soggetta ad impugnazione)ovvero della decisione del giudice dell'impugnazione :tanto sulla falsariga di quanto previsto nella *applicazione consecutiva* del diritto della concorrenza(Reg.1/2003) che impedisce al giudice nazionale di assumere decisioni in contrasto con quelle della Commissione UE.

Naturalmente tutto cio'e' destinato a valere per le constatazioni dell'infrazione e non per quelle decisioni che la escludono(*accertamenti in negativo*)

La Direttiva include poi tra le decisioni rilevanti anche quelle emesse dalle Autorita' antitrust degli altri Stati membri( a livello *transfrontaliero*) che sarebbero *tamquam non essent* nel nostro ordinamento :esse sono invece chiamate ad assumere -davanti al giudice nazionale-valore di *prova prima facie* (cioe' elemento valutabile insieme agli altri)della violazione.

Occorrera' dunque ,in sede di recepimento della direttiva ,intervenire con le occorrenti modifiche sul quadro normativo nazionale anche per cio' che riguarda gli "effetti delle decisioni"(capo III)specie ove intervenute a tutela dei consumatori in analoghe fattispecie prese in considerazione in giurisdizioni piu' aduse alle azioni di classe(Regno Unito,Germania,Paesi Bassi)

Non esistono *rapporti di precedenza* tra Autorita' Garante ed AGO equivalenti a quelli esistenti tra Commissione e giurisdizioni nazionali che nell'*applicazione parallela* del diritto della concorrenza possono- a sensi del Reg.1/2003 -disporre la sospensione del procedimento nazionale in attesa della decisione europea.

La Raccomandazione del 2013(e la Comunicazione)su questo delicato punto stabilisce peraltro che le *azioni collettive* siano avviate *solo dopo* la conclusione del procedimento pubblico gia' instaurato(istituendo una sorta di consequenzialita' o *condizione di procedibilita'* tra procedimento amministrativo e processo civile),con divieto per il giudice di emettere *pronunzie contrastanti*(secondo la regola della *"vincolativita'"*fatta propria dalla Direttiva).

Sulla regolamentazione delle azioni gia' comunque provvede in termini equivalenti l'art.140 bis del Codice del consumo che -anticipando in un certo senso le indicazioni europee-faculta il giudice ,nell'ambito dell'esame preliminare di ammissibilita' di una azione di classe-a differire la pronunzia quando sia in corso ,su fatti rilevanti ai fini della decisione ,una istruttoria davanti all'Autorita' Garante od al giudice amministrativo ,tale sospensione "atecnica"mirando ,appunto,a valorizzare quelle risultanze procedurali.

L'azione di classe intentata avanti al Tribunale di Genova ( caso Moby cit.)ha seguito tale regola sospendendo il giudizio civile in attesa dell'esito del procedimento avanti all'AGCM e successivamente del giudizio avanti al giudice amministrativo .

L'azione di classe e' attualmente proponibile avanti ai Tribunali regionali nei cui capoluoghi ha sede l'impresa con alcuni accorpamenti ultradistrettuali(11)ma non c'e' coincidenza con le sezioni specializzate della proprieta' intellettuale (12) ne' con l'ampliamento operato per i Tribunali dell'impresa(21).

La *legge di delegazione europea* cit.prevede una risistemazione ordinamentale al riguardo con revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa riportate ad un numero limitato di uffici giudiziari dove andranno concentrate le controversie sulle violazioni prese in considerazione dalla direttiva (ivi comprese quelle introdotte dalle azioni di classe che a tali violazioni facciano riferimento).

Le competenze resteranno cosi' concentrate presso unico *giudice dell'economia* ancorche' con funzioni diluite dall'accorpamento di materie in parte disomogenee.

Molteplici restano in definitiva le zone di intervento su cui che il legislatore nazionale nell'esercizio della delega per l'attuazione della Direttiva dovra' operare cogliendo l'occasione per meglio definire anche i meccanismi di ricorso collettivo onde rendere piu'effettivo ed efficiente il *private enforcement* in questo importante settore dell'economia.