

Inter alia

NUNZIANTE MAGRONE
studio legale associato

INTER ALIA LEGAL E NEWS è una pubblicazione edita da Nunziante Magrone Studio Legale Associato (Reg. Trib. Roma n. 13 del 14 gennaio 2002) stampata presso la Artigiana Tipografica, in Roma nel mese di luglio 2008. Direttore Responsabile: Gianmatteo Nunziante.

No. 2/2008

CLASS ACTION ALL'ITALIANA.

Con la Legge 24 dicembre 2007 n. 244 è stata introdotta, anche nell'ordinamento italiano, l'azione collettiva risarcitoria, spesso impropriamente detta "class action", completando un percorso normativo che in poco più di un decennio ha dato vita ad una vera e propria nuova branca del diritto, ormai nota come diritto dei consumi.

La novità della norma nell'ordinamento giuridico italiano, così come la sua origine e la conseguente formulazione costringono l'interprete ad un'analisi che necessariamente andrà rivista alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali. Tuttavia si può iniziare con illustrarne le caratteristiche principali.

L'azione collettiva è una azione di accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti attraverso un unico procedimento.

Le relative disposizioni sono state inserite all'interno del Codice del Consumo (D. lgs. 205/2006), in cui è stato aggiunto un nuovo articolo, il 140 bis, nella Parte V dedicata alle associazioni dei consumatori.

È bene evidenziare, innanzitutto, che l'azione collettiva risarcitoria si differenzia in modo sostanziale dal più conosciuto modello delle "Class Action" di stampo anglosassone. La sua dislocazione sistematica nell'ambito del Codice del Consumo sembrerebbe precluderne, infatti, l'utilizzo da parte dei soggetti che non rientrano nella definizione di "consumatori" o "utenti". Accettando tale restrittiva ipotesi, resterebbero pertanto esclusi anche i cosiddetti "Risparmiatori" o "Investitori", che molto beneficiarono delle "Class Action" nel sistema statunitense.

Si definiscono "Consumatori" o "Utenti" le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Il procedimento risarcitorio in questione non sarà, quindi, applicabile per i rapporti professionali, né dovrebbe potersi applicare, accogliendo la sopraccitata restrittiva interpretazione, per ottenere un risarcimento di danni subiti in conseguenza di disastri ambientali o ecologici, cagionati sì da attività di impresa, tuttavia estranei a rapporti di acquisto/consumo intesi in senso stretto.

La ratio dell'istituto è da ricercare nell'esigenza di agevolare la tutela di singoli consumatori o utenti che abbiano subito

THE ITALIAN WAY TO CLASS ACTION.

Law n. 244 dated December, 24th 2007 has introduced into the Italian legal system the "collective compensation action" - commonly and incorrectly referred to as "class action" - thus ending a normative route that in slightly over a decade had given life to a new field of law, known by now as consumer law.

The novelty of the provision within the Italian legal system, as well as its origin and formulation, constrains the interpreter to an analysis that will necessarily need to be checked in the light of the forthcoming case law. However, it is possible to start illustrating its main features.

The collective compensation action is an action that aims at ascertaining by means of a single procedure the existence of the right of individual consumers or users to obtain compensation for damages or the reimbursement of sums of money.

The relevant provisions have been inserted in the Consumer Code (Legislative Decree 205/2006, hereinafter, the "CC"), by adding a new article n. 140 bis in Section 5, dedicated to consumer organizations.

It is worth mentioning, first of all, that collective compensation action is substantially different from the renowned Anglo-Saxon model of "Class Action". Its provision in the CC, in fact, would appear to prevent it from being invoked by persons not strictly falling within the definition of "Consumers" or "Users". As a consequence, according to a restrictive interpretation, the "Money savers" or "Investors" categories that highly benefited of class actions in the United States system will be excluded from the application of such provision.

Natural persons acting for purposes other than the entrepreneurial or professional activity potentially carried out are defined as "Consumers" or "Users". Therefore, the compensating procedure in question will not be applicable to professional relations, nor could it apply according to the aforementioned restrictive interpretation, to obtain compensation for damages incurred as a consequence of environmental or ecological disasters, although caused by an entrepreneurial activity, but irrelevant to purchase/consumption relations strictly meant.

The ratio of the provision must be identified in the need



NUNZIANTE MAGRONE

danni, anche di modesta entità, a seguito di condotte illecite di un'impresa. Al tempo stesso, l'azione collettiva dovrebbe realizzare obiettivi di economia processuale mediante la concentrazione in un unico giudizio di una pluralità di domande individuali, nonché di uniformità dei giudicati, conformemente ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria.

Tale norma non pone, tuttavia, le imprese italiane al riparo dal subire azioni collettive da parte di soggetti residenti in altri paesi, come nel rinomato caso di Parmalat/USA.

Quanto ai soggetti passivi, l'art. 140 bis fa espresso riferimento alle imprese, rientrando in questa categoria anche le imprese pubbliche, così come gli altri soggetti di diritto pubblico che svolgono attività imprenditoriale.

Per quanto riguarda, invece, l'ambito oggettivo di applicazione della norma, il legislatore ha specificato che mediante l'azione collettiva può essere richiesto l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme riconducibili a:

- rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del Codice Civile (contratti conclusi mediante moduli o formulari);
- atti illeciti extracontrattuali;
- pratiche commerciali scorrette, ovvero quelle condotte commerciali tenute dai professionisti al fine di influenzare indebitamente le decisioni di natura commerciale dei consumatori;
- comportamenti anticoncorrenziali.

La legittimazione ad agire è riservata dall'art. 139 del Codice del Consumo alle associazioni di consumatori o utenti ovvero alle associazioni che risultino adeguatamente rappresentative degli interessi collettivi fatti valere in giudizio. Lo stesso Codice del Consumo prevede, ex art. 137, l'istituzione di un elenco delle associazioni considerate maggiormente rappresentative, a livello nazionale, tenuto presso il Ministero dello Sviluppo Economico: attualmente sono iscritte nell'elenco 16 associazioni. Il concetto di rappresentatività risulta, tuttavia, del tutto trascurato dalla norma: pertanto, nel caso di azione iniziata da associazioni non comprese nell'elenco, ci si chiede come avverrà la verifica di tale requisito. In particolare, il dubbio è se tale valutazione rientrerà nel generale filtro preliminare di ammissibilità dell'azione (su cui infra), oppure se implicherà una valutazione specifica.

Va inoltre rilevato che il legislatore non ha escluso espressamente la possibilità che più di una associazione promuova un'azione collettiva risarcitoria per uno stesso fatto illecito che abbia coinvolto una pluralità di consumatori e utenti: tale lacuna rappresenta senz'altro un elemento di debolezza della nuova disciplina, contrastante con i dichiarati obiettivi di economia processuale e di coerenza e uniformità delle decisioni.

L'azione, dunque, come si è visto, deve essere proposta da un'associazione, non da singoli: i singoli consumatori possono aderire, cioè comunicare per iscritto al proponente (cioè l'associazione che avvia l'azione) tale loro volontà, che può essere manifestata anche in grado di appello e fino all'udienza di precisazione delle conclusioni: viene dunque introdotto il mecca-

to protect single consumers or users that have suffered damages, even minor ones, further to a company's illegal conducts. At the same time, the collective compensation action should fulfil process economy aims, by concentrating in a single judgement a number of individual requests, as well as those of judgement uniformity, according to the principles established by EU law.

However, the mentioned rule does not protect Italian companies from class actions brought by plaintiffs living in other countries, as happened in the well-known Parmalat / USA case.

Regarding potential respondents, article 140 bis of the CC is expressly applicable to companies, including public-owned enterprises, as well as other public entities performing entrepreneurial activity.

As regards the object of the law provision, the legislator has specified that the entitlement to indemnification for damages and to the reimbursement of sums to be ascertained can be requested through the collective compensation action with reference to:

- *judicial relations concerning contracts executed pursuant to article 1342 of the Italian Civil Code (contracts executed through formularies);*
- *torts;*
- *unfair commercial practices, i.e., commercial conducts carried out by professionals in order to unduly affect consumers' commercial decisions; - anti-competitive conducts.*

Entitlement to action is ruled by article 139 of the CC that reserves it to consumers' or users' associations or to associations that adequately represent the collective interests for which the action is being brought. The same CC provides, in article 137, for the institution at the Ministry for Economic Development of a list of associations deemed to be nationwide most representative: presently 16 associations are listed.

However, the concept of representation is wholly neglected by the provision: therefore, in case of action initiated by associations not included in the list, the means of ascertaining said requisite remain unknown. In particular, the doubt is whether said assessment will be a part of the general preliminary filter of the action admissibility, or it will imply a specific analysis.

It must also be added that the legislator did not expressly exclude the possibility that more than one association starts a collective compensation action for the same wrongdoing involving a number of consumers and users: such flaw certainly represents a weak point of the new rule, conflicting with the declared aims of process economy and of decisions' coherence and uniformity.

The action, as mentioned, must be started by an association, not by individuals: individual consumers can adhere to it, i.e., communicate such intent in writing to the proponent (i.e., the entity starting the action). This can be done in appeal also, and until the date of the hearing established for the sub-



NUNZIANTE MAGRONE

nismo dell'opt - in, che rappresenta una novità per il nostro ordinamento. L'adesione comporta l'estensione degli effetti del giudicato nei confronti di chi la esercita. Resta comunque salva la facoltà del singolo consumatore non aderente di agire in giudizio in via individuale per far valere le proprie pretese.

Si evidenzia, inoltre, che il legislatore ha previsto la possibilità che il singolo consumatore intervenga nel giudizio già instaurato, mediante un intervento adesivo autonomo: ciò significa che il singolo potrà (solo) proporre una domanda autonoma avente il medesimo oggetto di quella principale, cioè l'accertamento del danno, ma non anche la condanna al risarcimento a suo favore. Intervendendo, il consumatore è legittimato ad avere un ruolo di indirizzo nel processo: ciò induce a ritenere che l'interesse ad intervenire - piuttosto che limitarsi ad aderire - dipenderà dalla valutazione sull'opportunità di indirizzare il processo magari anche in maniera diversa da quella assunta dal promotore.

Ai fini della prescrizione, infatti, l'esercizio della azione collettiva e l'adesione alla stessa si equivalgono, determinando nei confronti degli aderenti l'effetto interruttivo di cui all'art. 2945 codice civile.

Dal punto di vista procedurale (che però corrisponde ad una scelta sostanziale, la cui effettività sarà da verificare sul campo), la norma ha previsto la divisione dell'azione in due fasi, di cui una contenziosa ed una non contenziosa. La prima, a sua volta, prevede un filtro preliminare di ammissibilità della azione ad opera del giudice: questo vaglio si chiuderà con ordinanza reclamabile dinanzi alla corte di appello.

Mediante l'esame preventivo dovrà stabilirsi:

- se la domanda sia o meno fondata;
- se sussistano conflitti di interesse;
- se sussista o meno un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela mediante l'azione collettiva.

Il giudice sarà pertanto chiamato a valutare se l'azione collettiva sia effettivamente lo strumento più idoneo a risolvere la controversia. L'esercizio dell'opt - in non viene invece configurato come una condizione di procedibilità della azione, tanto che si potrebbe ipotizzare il caso limite di una impresa chiamata a difendersi da una azione collettiva anche nell'ipotesi in cui nessun consumatore vi abbia aderito. La questione della rappresentatività sembrerebbe infatti non essere oggetto della valutazione di ammissibilità, anche se potrebbe esservi fatta rientrare nella valutazione sull'esistenza o meno di un interesse collettivo tutelabile.

Una volta ritenuta l'ammissibilità dell'azione, e ferma restando la ricorribilità in appello della relativa decisione, il giudice dispone che venga data pubblicità dei contenuti dell'azione stessa e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio, che quindi presumibilmente proseguirà con l'istruttoria sui fatti allegati dal proponente.

In caso di accertamento positivo in relazione all'an della pretesa, si aprono diversi scenari: l'impresa ritenuta responsabile potrà (i) impugnare la sentenza, (ii) proporre il pagamento di

mission of the parties' final conclusions: the opt-in option, representing a novelty in our legal system, is therefore introduced. Opting-in implies being subject to the relevant judgment. However, each consumer remains free not to opt-in and to bring an action individually.

Furthermore, it has also been provided that single consumers may intervene into already established proceedings, by means of an autonomous adhesive intervention: that means that any single consumer will (only) be entitled to make an autonomous request having the same object as the main one, i.e., the assessment of the damage, but not also to request the liquidation of damages in his favour. By intervening, the single consumer is legitimated to participate in the steering of the proceedings: this leads to believe that the interest to intervene - instead of simply adhering - will depend on an evaluation as to the advisability to orientate the proceedings in a way different than the one chosen by the promoter.

With respect to limitation, in fact, starting the collective compensation action or adhering to the same is equivalent, both having the capacity of interrupting the limitation period pursuant to article 2945 of the Civil Code.

Procedurally speaking (although this corresponds to a choice on the merits, the feasibility of which will have to be assessed in practice) the new rule has divided the proceedings in two phases, the first one only being a litigated phase. The first phase, furthermore, foresees a preliminary filter on the admissibility of the action, to be resolved upon by the Court: such assessment will be made in the form of a court order that can be appealed at the Court of appeal.

The preliminary filter on admissibility will have to assess whether :

- *the request is grounded or not;*
- *there is a conflict of interests;*
- *there is a collective interest susceptible of appropriate protection through the collective action.*

The judge will therefore have to assess whether the collective action is actually the most appropriate instrument to resolve the dispute. The opt-in is not set as a prerequisite for the proceedings: so it is even possible to envisage the borderline case of a company defending itself from a collective action to which no consumer had adhered. The admissibility phase does not seem to include an assessment as to representation, although it could be a part of the assessment on whether or not there is a collective interest to be protected.

Once the action has been deemed admissible - and although an appeal on the point is possible - the Court gives orders as to publicising the contents of the action and establishes the measures necessary for the proceedings to continue: presumably, this will imply the investigation on the facts as described by the proponent.

If the action is accepted, a number of options are open for the company deemed liable: in fact, it can: (i) challenge the judgment; (ii) propose the payment of a lump sum to each



NUNZIANTE MAGRONE

una somma forfetaria a ciascun consumatore, oppure (iii) passare alla fase conciliativa. La sentenza infatti determinerà i criteri di liquidazione di una somma a coloro che hanno esercitato l'opt-in, ma è di mero accertamento e non costituisce titolo esecutivo.

Sarà tale solo l'eventuale accettazione di una eventuale proposta di pagamento che l'impresa potrebbe inviare a ogni singolo aderente. In tal caso l'impresa si troverà presumibilmente a dover istituire appositi uffici, dovendo di fatto gestire rapporti individuali con un gran numero di persone.

Più complesso invece il caso di apertura della fase conciliativa.

Essa rappresenta uno sbocco meramente eventuale della procedura, cui si ricorre solo nell'ipotesi in cui l'impresa non abbia comunicato alcuna proposta di risarcimento o qualora la proposta non sia stata accettata dal singolo soggetto danneggiato. Viene in tal caso istituita una camera di conciliazione, a cura del Presidente del Tribunale che nomina anche un avvocato abilitato al patrocinio innanzi le giurisdizioni superiori con le funzioni di presidente: gli altri due componenti saranno due avvocati, nominati rispettivamente dai proponenti l'azione e dall'impresa convenuta.

La camera così costituita procede alla quantificazione delle somme dovute determinando modi e termini della restituzione. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. Va tuttavia rilevato che la disciplina di questa fase è tra le più lacunose: non viene disciplinata per esempio, l'inerzia nella nomina degli avvocati o nella partecipazione, né la mancata conciliazione. Vi è quindi spazio per una elaborazione giurisprudenziale, salvo non inaspettati nuovi interventi normativi.

Infine, un cenno ai costi. Qualunque azienda che operi sul mercato è esposta al rischio di richieste collettive di risarcimento. Gli studi effettuati in paesi in cui tali azioni esistono da tempo hanno dimostrato il loro forte impatto sui bilanci aziendali, che deriva sia da azioni preventive (polizze assicurative), sia dal risarcimento stesso, che si somma alla conseguente inevitabile riduzione del valore dell'impresa in sé, derivante anche dal danno all'immagine subito. Risulta evidente la necessità per le aziende di arrivare preparate alla gestione del rischio "azione collettiva", lavorando in primis sulla prevenzione: si tratterà dunque di individuare le situazioni di rischio specifico, analizzarne le cause e valutarne gli effetti.

La norma, per quanto sopra brevemente illustrato, così come formulata presenta numerose lacune e criticità, suscettibili di condizionarne l'applicazione ed il funzionamento. Per tali motivazioni l'entrata in vigore, inizialmente prevista per il 29 giugno 2008, è stata recentemente posticipata di 180 giorni con Decreto Legge 25 giugno 2008 n. 112. (Lucia Ragaglini)

consumer; or (iii) pass to the conciliatory phase. In fact, the verdict will set the criteria to be followed for the liquidation of a sum to whoever has opted-in, but it is one of mere ascertaining, it does not order payment and therefore it is not an enforceable title (titolo esecutivo) per se.

Only the acceptance - if any - of the proposal - if any - made by the company to each single consumer will be an enforceable title. In that event, the relevant company will presumably need to create dedicated offices, to manage individual relations with a substantial number of persons.

The starting of the conciliatory phase is more complicated. The latter represents a merely potential outcome of the proceedings, only for the event that the company does not communicate any indemnification proposal or the same has not been accepted by the single consumer.

In that event, a conciliation chamber will be set up by the President of the Court, who also appoints a lawyer admitted to practice before the Supreme Court as chairman: the other two members will be two lawyers, appointed by the proponent and the defendant company respectively. The chamber so appointed proceeds to quantify the amounts due, determining also modalities and terms of payment. The minutes of the conciliation constitute an enforceable title. It should be noticed that this part of the provision is one of the most incomplete: there is no rule as to the non appointment of the parties' lawyers, nor as to their non participation, as well as about failing to reach a conciliation. There is therefore room for case-law, unless not unexpected new provisions are introduced.

Finally, a note concerning costs. Any company operating on the market is exposed to the risk of collective compensation actions. Studies performed in countries where this kind of actions exist since long have demonstrated their dramatic impact on balance sheets, deriving both from preventive actions (e.g., insurance policies), and from the compensation itself, that sums up with the subsequent inevitable depreciation of the relevant company, also due to damage to public image.

The need for companies to arrive prepared to the "collective action" risk management is evident, and implies working on prevention in the first place: it will therefore be necessary to identify the specific risk situations, to analyze the relevant causes and to assess the effects, identifying the possible measures to be adopted.

The provision, as briefly described above, is subject to criticisms and presents some gaps, that could impair its applicability and outcome. As a consequence, its entering into force, originally established for June, 29th 2008, has been recently postponed of 180 days by means of the Law Decree n.112 of June, 25th 2008. (Lucia Ragaglini)

