



ROSALBA ALESSI

Professore ordinario di diritto privato - Università di Palermo

POLITICHE ANTITRUST E DIRITTI DEI CONSUMATORI IN ITALIA DOPO LE RECENTI RIFORME

Sommario: 1 Premessa 2 Class action e contrasto a comportamenti anticoncorrenziali: l'ultima riforma. 3 Dai diritti identici ai diritti omogenei 4 La quantificazione del danno 5 Azione di classe e standardizzazione delle tutele 6 Segue: il controllo in via amministrativa delle clausole vessatorie

1. Sarebbe forse esagerato ripetere per l'esperienza italiana il noto giudizio espresso a proposito della legge in materia di *class action* dello Stato dell'Ontario; e cioè che essa abbia avuto «*an elephantine gestation period*»¹.

Ma non siamo poi tanto lontani da quel tipo di vicenda se consideriamo prima le diverse fasi attraverso cui l'art.140 bis del Codice del consumo italiano è entrato finalmente in vigore nella sua versione finale, e, ora, l'ennesima revisione intervenuta ad opera del Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 convertito nella Legge 24 marzo 2012 n.27.

Il legislatore italiano, come è noto, aveva inizialmente delineato un modello abbastanza "ibrido" e di scarsa efficacia, che abilitava solo le associazioni rappresentative dei diritti dei consumatori ad agire per chiedere una condanna risarcitoria. Questa prima versione, adottata nel 2007, fu destinata a rimanere sulla carta. Infatti, prima che il lungo periodo previsto per la sua entrata in vigore (24 mesi) si fosse completato, il Parlamento, sotto il peso delle forti e pressoché unanime critiche, ritornò sul tema e approvò una nuova disciplina che modificava quasi radicalmente la struttura di base di tale azione.

Il modello italiano di *class action*, del quale possiamo oggi discutere, è dunque quello definitivamente disegnato nell'art. 140 bis del Codice del Consumo, già nella versione introdotta con il decreto legge n. 78 del 1 luglio 2009, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102, da ultimo, come si dirà, parzialmente corretto: procedura che, in conformità con la previsione dell'articolo 2, comma 447, del decreto n.224 / 2007, ha cominciato ad essere operativa dal 1 gennaio 2010.

Possiamo dunque dire che l'ordinamento italiano ha una sua procedura di *class action* fin dal 2010; ma possiamo aggiungere subito che la storia della *class action* in Italia deve ancora per molti aspetti cominciare; e forse l'ultima, significativa, riforma del marzo scorso, che ha fatto tesoro delle posizioni delle nostre Corti e dei suggerimenti della nostra dottrina, potrà aiutare questo avvio.

*Saggio destinato al volume *Contratto e mercato. Liber amico rum per Angelo Luminoso*

¹ Ci si riferisce al commento di GD Watson (nella relazione dal titolo *Is the price still right?* alla Administration of Justice Conference tenutasi a Toronto nell'ottobre del 1997), riportato da V. Morabito, *Ideological Plaintiffs and Class Actions*, in *British Columbia Law Review* (2001),459, nota 19



2. La dottrina, anche fuori d'Italia, è concorde nell'affermare che la "pietra miliare" dei procedimenti di c.d. *aggregate litigation* è costituita dall'obiettivo di facilitare l'accesso alla giustizia. E i giudici italiani sottolineano ricorrentemente come uno degli obiettivi principali perseguiti dal legislatore con il nostro regime di azione di classe sia proprio quello di "consentire l'accesso alla giustizia ai consumatori"². «*The efficiency and economy of litigation... is a principal purpose of the procedure*». Così del resto, già nel 1982 e nel noto caso *General Telephone Co of Southwest vs. Falcon*, la Suprema Corte degli Stati Uniti.

Migliore accesso alla giustizia; e quindi alla riparazione dei danni provocati da illeciti di massa; ed economia processuale.

Tuttavia, i sistemi di multi-party litigation sono soprattutto efficaci strumenti di pressione nei confronti dei produttori, consegnati nelle mani dei consumatori e utenti, soggetti "forti" in quanto chiamati ad agire come categoria e non come individui.

La class action serve, per usare le parole del nostro Consiglio di Stato, ad «indurre il soggetto erogatore del servizio a comportamenti virtuosi»; e dunque, di fatto, è volta ad intercettare, prevenire e sanzionare comportamenti scorretti, il cui "costo" va apprezzato in una dimensione collettiva più che individuale.

Il riferimento è al parere reso dal Consiglio di Stato sul regolamento di attuazione della legge che ha previsto l'introduzione della (diversa) azione contro la P.A3.

Ci riferiamo dunque ad altra e diversa procedura, impropriamente chiamata class action contro la Pubblica Amministrazione o altri enti pubblici o concessionari di servizi pubblici: si tratta piuttosto di una forma di azione "rappresentativa" che, si è detto, è solo "ripristinatoria", ha lo scopo di garantire il cittadino-cliente da qualsiasi violazione degli standards di qualità del servizio pubblico, ma non è una azione risarcitoria. Consumatori e utenti possono agire contro la Pubblica Amministrazione per costringerla ad assumere decisioni o adottare provvedimenti che essa abbia omissi o ritardati, malgrado ne fosse obbligata: il Tribunale Amministrativo può adottare provvedimenti adeguati. Ma come sappiamo e come espressamente precisa la legge, la procedura non consente agli attori di chiedere una condanna per danni, rispetto a cui solo il Tribunale civile rimane competente⁴. Uno strumento abbastanza differente, dunque, dalla class action "classica" (si è parlato di civic action): e che tuttavia ha avuto un discreto successo, di sicuro maggiore di quello

² V. per tutti App.Milano (ord.), 3 maggio 2011, in Foro it. 2011.,I, 3435

³ Parere 1943/09 (reso dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 9 giugno 2009), sullo Schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 4, della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici (vedilo in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴ "Il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari": così il comma 6 dell'art. 1 del DLgs. 20 dicembre 2009, n.198..



della class action quale strumento di aggregate litigation in sede civile.

La differenza di natura e di scopo è evidente. Ma, come ha ben sottolineato il Consiglio di Stato proprio nel parere sopra citato, questi due strumenti hanno qualcosa in comune, poiché «In entrambe le ipotesi si cerca di indurre il soggetto erogatore dell'utilità a comportamenti virtuosi nel suo ciclo di produzione, onde evitare di scaricare il costo dell'inefficienza sugli utenti; ... questo obiettivo è perseguito direttamente nell'azione contro la P.A. proprio perché la pubblica amministrazione è chiamata dalla legge a realizzare il bene pubblico; e in modo indiretto se il produttore è un privato che agisce per scopi egoistici e nell'esercizio della sua libertà di iniziativa economica».

Affermazione che ben richiama l'attenzione sulla funzione che è propria di tutte le forme di tutela collettiva e in particolare della class action, strumento di controllo/regolazione del mercato, destinato ad incidere sulle scelte e sull'attività economica dell'impresa, privata o pubblica, che sul mercato fornisce beni o servizi.

La class action ha insomma – ed è appena il caso di ripeterlo - una forte e specifica funzione di contrasto contro comportamenti anticoncorrenziali. E ciò anche quando tutela diritti che nascono da contratti tra consumatori/utenti e professionisti, come prevede anche il regime italiano.

Un mercato concorrenziale – o almeno fin dove possibile concorrenziale – e politiche a tutela della concorrenza sono la cornice necessaria e il supporto indispensabile per la promozione e garanzia dei diritti dei consumatori; ma, reciprocamente, la protezione dei diritti dei consumatori, specie quando affidata a forme di c.d. aggregate litigation, è uno – e non certo il meno importante – fra gli strumenti di contrasto nei confronti di pratiche scorrette e comportamenti anticoncorrenziali.

Ed il riferimento è sia alle pratiche commerciali scorrette o ai comportamenti anticoncorrenziali, come causa di per sé di danni risarcibili, nei casi in cui viene ammessa una tutela risarcitoria contro le imprese (in via extracontrattuale: art. 33, comma 2, legge 287 del 1990); sia alla violazione dei diritti contrattuali; perché anche qui, a ben vedere, ciò che si vuole combattere è sempre un comportamento anticoncorrenziale, che questa volta viene veicolato da clausole contrattuali.

Non è certo sorprendente allora che il recente provvedimento sopra ricordato, il c.d. “decreto liberalizzazioni” divenuto legge in Italia nel marzo 2012, il cui scopo è quello di favorire la crescita economica e la competitività del Paese, anche attraverso l'introduzione di misure volte all'implementazione della concorrenza dei mercati, assegni un ruolo centrale alla Tutela dei consumatori, cui dedica il suo Capo II. E, all'interno di questo segmento di disciplina, intervenga a cambiare in qualche misura il modello di azione di classe nella versione italiana, tramite l'art. 6, non a caso intitolato Norme per rendere efficace l'azione di classe..



Altrettanto significativa, per le ragioni che si diranno tra poco, la novità in tema di controllo (preventivo) sulla vessatorietà delle clausole contrattuali, affidata al nuovo articolo 37 bis del Codice del Consumo, introdotto dallo stesso Decreto Legge n.1 del 2012.

3. Due i punti cruciali, anzi i veri punti deboli del modello originario di *class action*, in versione italiana, di recente oggetto di revisione.

Il primo. I presupposti di ammissibilità dell'azione, con specifico riferimento agli elementi comuni tra le posizioni dei singoli aderenti alla classe

Il secondo. Il contenuto della decisione: In particolare, come conseguenza proprio del problema della c.d. commonality sopra ricordato, la possibile alternativa, nella sentenza che conclude l'azione di classe, tra determinazione dell'ammontare del risarcimento spettante a ciascun componente della classe – o sottoclasse - e (semplice) determinazione dei criteri per la quantificazione (in un successivo giudizio individuale).

Si tratta di questioni in qualche modo connesse e assai delicate anche sul piano sistematico; e *specialmente quando si passi dalla tutela della “classe” contro illeciti di massa di fonte extracontrattuale a pretese collettive di fonte contrattuale.*

La fattispecie di inadempimento del contratto – insieme a quella di danni da errore negoziale - , come è stato notato, costituisce uno degli esempi più rilevanti della difficoltà di ammettere il ricorso alla class action per danni contrattuali.

Dal leading case inglese *Markt & Co Ltd v. Knight Shipping Co Ltd.* (1910) in poi, uno dei limiti decisivi al ricorso a regimi di multi-party litigation è stata la difficoltà di ammettere una azione rappresentativa in presenza di contratti separati tra ciascun membro della classe e il convenuto: i diritti che fondano la pretesa di ciascun membro della classe, si sottolineava in quella lontana sentenza, sarebbero comunque differenti, anche in presenza di un identico modello contrattuale, ad esempio in ragione della possibile diversità delle merci scambiate o semplicemente per la presenza di talune diverse clausole contrattuali. Bisognerà attendere gli anni '90 affinché si ammetta in ambiente anglosassone la rintracciabilità di uno stesso interesse (o, meglio, di un interesse comune) tra i membri di una classe anche se legati alla controparte da contratti separati (*Irish Shipping Ltd v. Commercial Union Assurance Co* -1991)⁵.

E non è certamente un caso che altri ordinamenti - ma purtroppo non il nostro – prudentemente supportano in questo caso il ricorso a (forme di) *class action*, ricorrendo alla previsione dei c.d. *no-bar matters*, cioè menzionando espressamente per legge alcuni criteri *negativi*

⁵. V. ampiamente R.Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A comparative Perspective*, Oxford- Portland Oregon, 2004, 78 ss.



che *non* rilevano di per sé come causa di inammissibilità dell'azione di classe: «Una azione di classe può essere avviata a prescindere dal fatto che riguardi contratti o transazioni separate tra il convenuto e singoli componenti del gruppo», precisa l'art. 33C (2b) del Federal Court of Australia Act del 1976; «La Corte non dovrà rifiutare di certificare l'ammissibilità di una procedura di classe solo sulla base di una delle seguenti ragioni», fra cui la circostanza che « la pretesa risarcitoria si riferisca a contratti separati che riguardano differenti membri della classe», dispone l'art. 6. 2, dell' Ontario Class Proceedings Act, 1992.

Ebbene, la class action in versione italiana si candida ad entrare nel vivo di questo dibattito e ne era rimasta almeno finora in qualche modo prigioniera, se si considerano due circostanze.

Innanzitutto che il ricorso alla c.d. aggregate litigation è previsto a tutela sia dei diritti al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali nonché dei diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto a prescindere da un diretto rapporto contrattuale, sia a tutela dei *diritti contrattuali di una pluralità di consumatori ed utenti inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 del codice civile.*

Dunque, l'azione di classe italiana può essere esercitata non solo per pretese risarcitorie derivanti da illeciti sanzionabili in *tort law* – come nel caso dei danni da prodotto o da illeciti anticoncorrenziali, e comunque allorchè non sia rintracciabile un diretto rapporto contrattuale con il professionista - ma anche per la tutela di diritti nascenti da contratto.

Stando alla lettera della norma, prima del recente emendamento, ci si doveva anzi chiedere se l'azione di classe non legittimasse, oltre che pretese risarcitorie, anche la richiesta di *ogni* altro rimedio contrattuale, quale, per esempio, pronunce di invalidità del contratto, esatto adempimento eccetera: dove ovviamente molto più forte è la rilevanza degli aspetti particolari del rapporto tra ciascun individuo della classe e la controparte⁶.

Opportuna, dunque, per quanto ripetitiva, la precisazione intervenuta ora con la recente revisione. Il comma 2 dell'art.140 *bis* codice del consumo, come emendato da ultimo, definisce l'oggetto dell'azione di classe, prevedendo che “L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori.”

Dunque, anche quando è una azione contrattuale, la *class action* rimane (solo) una azione di responsabilità, una azione per danni o restitutoria.

Tuttavia, come abbiamo già ricordato, è soprattutto in materia di diritti contrattuali e in

⁶ Cfr.G.Conte, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in Riv.dir.civ., 2011, 618, che propendeva per la risposta positiva.



presenza di contratti separati che l'applicazione della *class action* trova maggiori ostacoli. Difficoltà che il nostro legislatore aveva semmai accresciuto - ecco la seconda delle ragioni cui accennavamo - disponendo, nel testo originario dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo, come varato nel 2009, che l'azione fosse esercitabile a tutela dei *diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti*, purchè versassero, nei confronti di una stessa impresa, « *in una situazione identica*». Presupposto della *identità* della situazione giuridica vantata poi ribadito nei casi di azione di classe in via extracontrattuale, con riferimento a diritti *identici* dei consumatori finali di un determinato prodotto (ora anche servizio, nel testo da ultimo modificato) nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; nonché ai diritti *identici* al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Il modello italiano di *class action* richiedeva dunque - o almeno sembrava richiedere - la identità dei diritti o delle situazioni ai fini dell'ammissibilità dell'azione; e ciò malgrado il primo comma del medesimo art. 140 *bis*, nella sua previsione generale, enunciò il contenuto della disposizione puntualizzando che sono protetti attraverso l'azione di classe, secondo le regole successive, i «diritti individuali omogenei di consumatori e utenti».

Il decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, dal canto suo, con riguardo alla c.d. *class action* (non risarcitoria) contro la Pubblica Amministrazione, si riferiva e si riferisce tuttora ai «**titolari di interessi giuridicamente rilevanti od omogenei per una pluralità di utenti e consumatori**», quali possibili attori (art. 1)⁷.

La scelta del requisito della *identità* nel caso della *class action* civile, anche in comparazione con l'uso del diverso concetto di *omogeneità* nell'altra ipotesi, avrebbe potuto apparire prova decisiva di una differente consapevole opzione del legislatore. Insomma, il modello italiano sembrava destinato a riproporre sotto molti aspetti lo stesso tormentato approccio al problema della *aggregate litigation* imposto, almeno per una lunga fase, dall'uso della *representative rule* inglese: una azione possibile (solo) «where more than one person has the *same interest in a claim*»⁸.

Tuttavia, e per fortuna, i nostri giudici hanno via via preso le distanze da quella ambigua formula.

Dopo iniziali incertezze, si è infatti affermata una lettura del 2° comma dell'art. 140 *bis* alla luce del 1° comma della norma, dove, appunto, si parla di «*diritti individuali omogenei*».

⁷ «Ricorrendo i presupposti di cui al comma 1», il ricorso può essere presentato anche da «**associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati** appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1» (comma 4).

⁸ *Civil Procedure Rules*, nel testo entrato in vigore il 26 Aprile 1999, a seguito della Riforma Woolf della giustizia civile in Inghilterra e Galles. L'art. 19.3 CPR precisa che: «Where more than one person has the same interest in a claim: a) the claim may be begun; or b) the court may order that the claim be continued by or against one or more of the persons who have the same interest as representatives of any other persons who have that interest»



“L’identità dei diritti individuali tutelabili”, hanno precisato le Corti pur di fronte al precedente testo normativo, « non deve essere intesa secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di *omogeneità* di tali diritti contenuta nel primo comma dell’art. 140 *bis*.... e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta....) ed alla *causa petendi* (quale ragione giuridica a fondamento degli stessi)».

Le parole dell’ordinanza della Corte d’Appello di Torino, del 23 settembre 2011⁹, segnalano un importante e apprezzabile punto di arrivo. L’azione dovrà ritenersi dunque ammissibile, ovviamente, quando i consumatori versino in una «situazione contrattuale identica, per aver sottoscritto moduli o formulari che per loro natura vengono utilizzati per disciplinare in modo “uniforme” determinati rapporti contrattuali» (ordinanza Tribunale di Napoli 16 novembre-9 dicembre 2011, nel caso di titolari di conto corrente contro Banca della Campania)¹⁰; ma alla «stessa conclusione dovrà giungersi anche quando possa ravvisarsi una differenziazione delle posizioni anche in relazione all’andamento dei singoli rapporti e ad altri aspetti peculiari, che esigano accertamenti individualizzanti»¹¹

L’interpretazione è coerente con il significato complessivo dell’art. 140 *bis*, pur nel vecchio testo, e con la finalità dello strumento della *class action*; ed assai utile, anzi necessaria, per non precludere l’ammissibilità praticamente di qualunque azione di classe. Il superamento della prima, più rigida, interpretazione consente infatti (nel giudizio di secondo grado sopra ricordato) di ammettere le azioni di classe contro la banca a tutela di diritti contrattuali nascenti da rapporti di conto corrente, malgrado l’ovvia presenza in ciascun contratto di elementi particolari¹².

L’ultima revisione dell’art.140 *bis*, ad opera del c.d. decreto liberalizzazioni, elimina ogni dubbio

L’ultimo –almeno per ora – intervento di revisione, si è concentrato infatti innanzitutto sul requisito di c.d. *commonality*, ed ha chiarito definitivamente che ai fini dell’ammissibilità dell’azione di classe il giudice dovrà ricercare gli elementi di *omogeneità* e non di (improbabile)identità tra le pretese degli aderenti alla classe: sia nel caso di azione per responsabilità contrattuale che di azione risarcitoria extracontrattuale.

La posizione chiara delle nostre Corti, già praticamente pacifica anche prima della recente riforma, è utile, nelle sue implicazioni e nelle argomentazioni che la sorreggono, anche per meglio

⁹ Vedila in Foro it., 2011, I, 3422.

¹⁰ Vedila pubblicata in www.sviluppoeconomico.gov.it

¹¹ Così ancora App.Torino, cit

¹² E v. infatti, criticamente, sulla precedente versione e in generale sullo scarso successo dell’azione di classe di cui all’art.140 *bis* Codice del consumo, F. Barra Caracciolo, *L’esperienza della class action e i diritti identici: un primo bilancio e l’impatto con i mercati finanziari*, in Contratto e impresa, 2012, 1 ss.



delineare cosa dovrà intendersi ora per *omogeneità*.

L'omogeneità non sarà esclusa per la semplice presenza di differenziazioni nelle posizioni dei singoli membri della classe, dovute ad esempio alle caratteristiche e all'andamento del singolo rapporto o ad altri profili peculiari che semmai richiederanno accertamenti individualizzanti in sede di identificazione e quantificazione del danno. La omogeneità sarà riferita al *petitum*, inteso quale oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta, ma non come entità del danno eventualmente subito da ogni contraente; e alla *causa petendi* come ragione giuridica a fondamento dei diritti azionati, fatte salve possibili diversità in fatto¹³.

Dunque non si può che accogliere con favore la recente riforma intervenuta su questo punto.

Basta volgere lo sguardo alle formule più precise (anche se non per questo prive di alcuni elementi di incertezza), presenti in altre legislazioni, per comprendere però come la concreta applicazione del regime di *class action*, anche nella più recente versione, potrà riservarci altri dubbi e altre incertezze.

In presenza di elementi di omogeneità, dunque comuni, e di elementi non comuni, dovrà utilizzarsi lo standard della predominanza (dei primi)?

Ricordiamo a questo proposito che le Corti italiane, almeno finora, hanno ad esempio ritenuto non ammissibile, soprattutto per difetto del requisito di c.d. *commonality*, l'azione di classe per danni da fumo. La Corte d'Appello di Roma, proprio nel gennaio 2012, nel caso dell'azione proposta contro la British American Tobacco Italia, ha confermato l'ordinanza di rigetto del Tribunale di Roma dell'aprile 2011, con motivazioni non molto diverse da quelle della pronuncia di primo grado, fra cui la considerazione della circostanza che “ i tre fumatori rappresentati dal Codacons presentassero situazioni di fatto e di diritto tra loro differenti e tali da non poter essere trattate congiuntamente”.

E il Tribunale di Roma, nell'affrontare questo aspetto, aveva testualmente affermato: « la tutela cumulativa può avvenire soltanto in quei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice si può basare *esclusivamente* su valutazioni di tipo comune *essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali*». ¹⁴

La Corte sembra già accogliere una interpretazione della regola che faccia riferimento alla *omogeneità* piuttosto che alla *identità*; e applica, più o meno consapevolmente, un *test of predominance*, ma in modo molto rigido.

Ora che il modello italiano si avvicina a quelli di altri ordinamenti adottando con chiarezza il requisito dell'*omogeneità* dei diritti, potrebbe aprirsi allora la strada, anche nel nostro ordinamento,

¹³ V. le lucide puntualizzazioni di Trib.Roma (ord.) 25 marzo 2011, in Foro it., 2011, I, 1895

¹⁴ Trib.Roma (ord.) 11 aprile 2011, in Foro it., 2011, I, 3440



ad una delle più tormentate questioni che si agitano in tutte le esperienze di *class action*. Quale rapporto tra aspetti individuali ed elementi (di fatto e di diritto) comuni ? Quanto importante, predominante, dovrà essere l'elemento in comune per consentire una tutela di classe ?

4. Ma veniamo alla seconda novità.

La consapevolezza che difficilmente la situazione di ciascun componente della classe possa assimilarsi a quella degli altri, se si ha riguardo alla lesione e dunque alla perdita da risarcire, aveva condizionato, nella prima versione della *class action* italiana, anche l'altro aspetto della procedura, relativo al contenuto della pronuncia del giudice. Così, ai sensi del comma 12 dell'art. 140 *bis* prima versione, il giudice, se accoglieva l'azione di classe, poteva pronunciare una sentenza di condanna con la liquidazione delle somme definitive dovute agli aderenti a titolo di risarcimento del danno, ma anche, in alternativa, limitarsi a “stabilire *il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme*” criterio così offerto ad altro giudice che, a seguito di successiva azione individuale, lo avrebbe poi applicato riferendolo in concreto alla specifica e diversa situazione di ciascun danneggiato.

Adesso, la formulazione del comma 12 dell'art. 140 *bis* del codice del consumo, risulta così modificata.

«12. Se accoglie la domanda, il Tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. *In questo ultimo caso*»(il corsivo, nostro segnala la novità), « *il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti*».

La “separazione” in due fasi – quella che al termine dell'azione di classe giunge alla determinazione del criterio omogeneo di calcolo ai fini della liquidazione del danno e quella, eventuale, di quantificazione in concreto del danno, in applicazione di quel criterio ma in altro e separato giudizio individuale – continua dunque ad essere possibile e non è preclusa, ma è “disincentivata”; e lasciata in definitiva alla iniziativa delle parti.

L'azione di classe si potrà infatti concludere, seppure in un secondo momento, con la determinazione finale delle somme dovute a ciascun consumatore, in applicazione del criterio adottato in prima battuta dal giudice. Ma ciò o alla fine di una fase di “trattativa” o se si vuole di conciliazione, che si concluda con un accordo tra le parti, in cui dunque la determinazione del



risarcimento sarà del tutto convenzionale e potrebbe persino in concreto “correggere” il criterio dettato dal giudice; ovvero, di nuovo, per decisione del giudice, ma su richiesta di una delle parti, se l’accordo non è raggiunto.

Nel primo caso la nuova norma parla di processo verbale sottoscritto dalle parti ed anche dal giudice, ma non vi sono elementi, nella stessa disposizione, che consentano di attribuire al giudice un qualsivoglia ruolo attivo nella fase in cui le parti cercano un accordo.

In definitiva, l’azione di classe si può concludere ora *comunque* con la determinazione e liquidazione del danno a tutti i componenti della classe che hanno aderito all’azione; ma nel caso in cui non sia agevole una liquidazione del danno spettante a ciascun membro della classe, e dunque il giudice ritenga di fermarsi, almeno in un primo momento, alla determinazione di un “criterio omogeneo”, tale risultato può essere raggiunto solo su base volontaria, cioè o in presenza di una diversa determinazione convenzionale o comunque con una decisione del giudice ma su impulso di una delle parti.

E’ del tutto prevedibile che l’azione di classe si concluda con tale definitiva quantificazione del danno da risarcire a tutti i componenti della classe; ed è altrettanto prevedibile che ciò avvenga spesso, in mancanza di accordo, su richiesta non solo dell’aderente all’azione di classe ma anche dello stesso convenuto, cioè dell’impresa, che non ha interesse, riteniamo, ad essere chiamata dal singolo consumatore in un nuovo giudizio, destinato forse a concludersi con una maggiore condanna.

La *class action* italiana, dopo questa riforma, si allontana insomma decisamente dal modello *bifasico* che era stato originariamente preferito, e si avvicina al modello “comune” adottato nei sistemi nordamericani ma anche a quello che si prospetta a livello europeo.

Modello nel quale, ovviamente, si rafforza l’efficacia dell’azione, anche in termini di economia processuale, ma a prezzo di una inevitabile *forfetizzazione* della misura del danno.

E’ probabile allora che la riforma rilanci il dibattito sull’ingresso nel nostro ordinamento – sempre negato dalla Suprema Corte ma secondo alcuni strisciante – dei c.d. *punitive damages*.¹⁵

Non si intende qui affermare che la riforma in qualche modo faciliti questo percorso; né tanto meno si intendono evocare le antiche diffidenze che si appuntavano sulla *class action* proprio per la preoccupazione di una “deriva” verso l’uso di *exemplary damages* come quella che si è spesso rimproverata alle Corti nordamericane.¹⁶

Si vuole solo sottolineare che la misura del danno risarcibile sempre più si attesterà su un

¹⁵ Per la diversa lettura dell’art.140 *bis* (specie comma 12), nel testo precedente, dal profilo considerato, v. le posizioni della dottrina riassunte da ultimo, in L.D’Acunto, *L’azione di classe dell’art.-140 bis cod.cons.: quale innalzamento della tutela dei consumatori?*, in *Contratto e impresa*, 2011, specie 1124 ss.

¹⁶ V. R.Muhleron, *The class action*, cit,72 ss.



parametro medio, riferibile ad una situazione tipo, sia essa della classe che della sottoclasse.

5. Se volessimo tornare alle antiche – e oggi anacronistiche – perplessità espresse da Lord Wolf nell'*Access to Justice Final Report* inglese del 1996, potremmo dire che l'azione di classe guadagna in efficienza quando perde in flessibilità.

Invero, come è stato notato, in generale “tutti i membri della classe avranno alcune caratteristiche in comune e altre caratteristiche non condivise”.¹⁷

Come abbiamo ricordato the “*common ingredient test*” o, se si preferisce, il test di omogeneità, piuttosto che il profilo del danno e la relativa quantificazione di questo (*the common issues do not have to be issues which are determinative of liability; they need only be issues of fact or law that move the litigation forward*)¹⁸, dove il problema è in qualche modo attenuato dalla possibilità di creare delle subclassi, riguarda soprattutto la questione di fatto e di diritto su cui si fonda la pretesa.

La ricerca di interessi comuni o omogenei è compito difficile delle Corti ai fini dell'ammissibilità di qualunque azione di classe.

La questione, ovviamente, si pone sia nei casi di responsabilità contrattuale che extracontrattuale.

In materia di responsabilità extracontrattuale è significativo da questo profilo il caso dell'azione di classe contro la British American Tobacco Italia cui si è già fatto cenno. In generale, la rilevanza del fattore *tempo*, cioè del *diverso* periodo di tempo nel quale si è protratta la condotta del danneggiante, nel caso di responsabilità extracontrattuale, ad esempio per danno da prodotti, è elemento che mette in pericolo il requisito di *commonality*. E sempre nel caso di *tort liability*, l'esperienza insegna che nella sequenza causale (anche in relazione al comportamento del danneggiato) possono riscontrarsi significative variabili che ostacolano un giudizio di *omogeneità*..

Ma il test di “*commonality*”, come conferma il dibattito sviluppatosi anche fuori d'Italia, non è meno complesso nel caso di tutela dei diritti contrattuali, in particolare tutte le volte in cui è maggiore la specificità/complessità della relazione contrattuale e tale specificità ridimensiona l'uniformità del contratto in serie. Significativo l'esempio dei rapporti cliente- banca, quando si passa dallo schema relativamente semplice del conto corrente a tutte le sue concrete variabili¹⁹.

Per rispettare le finalità a cui è destinata, l'azione di classe – come si è opportunamente

¹⁷ Così R. Muhleron, *op. cit.*, 165

¹⁸ “Campbell v. Flexwatt Corporation, (1997), 44 British Columbia Law Report (3 ed). 343

¹⁹ Tornano sul tema dell'ammissibilità dell'azione di classe in caso di contratti “personalizzati”, da ultimo, M. Libertini, M. Maugeri, *Azione di classe, definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori* (nota a Trib. Roma, ord, 27 aprile 2012), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, 917.



sottolineato - dovrebbe trovare applicazione ad “un certo punto”, o, meglio al punto giusto, “lungo lo spettro di possibilità di regolare alcune questioni entro un ambito comune ed altre fuori di esso”²⁰.

Nel caso della violazione dei diritti contrattuali, l’apprezzamento ai fini della decisione sull’*an* della violazione, attestato su situazioni omogenee, manterrà assai poco del legame con la specificità della vicenda contrattuale.

La tutela di classe sacrifica la specificità delle situazioni e delle pretese individuali, soprattutto nella fase della verifica sull’*an* della tutela, in nome di un apprezzamento che, attraverso il requisito della omogeneità o della *commonality*, si riferisce soprattutto alla situazione della *classe*.

Difficile- ci dicono i casi esaminati dalle Corti di altri paesi - che superi il *common test ingredient* una azione di classe per *misrepresentation*. Anzi, probabilmente, il campo nel quale più frequentemente non viene ammessa l’azione di classe è proprio quello dei casi in cui la richiesta risarcitoria è fondata su una allegazione che fa riferimento all’errore o a profili di esecuzione del contratto che vedono più implicata la relazione tra le parti (esempio scrutinio di comportamenti secondo buona fede), poiché qui intervengono fattori ed elementi individuali, quali la specifica relazione di prossimità tra le parti, l’affidamento di ciascuna nell’altra, e dunque prove e domande risarcitorie individuali: la questione di fatto, chi ha detto e che cosa, e quando e a chi, tutto cospira a creare uno scenario complesso.²¹

Vuol dirsi insomma che forme di *aggregate litigation*- ed è scontato sottolinearlo- si adattano a situazioni *standard*, e, per tornare alla responsabilità da contratto, ad una contrattazione standardizzata. Corrispondentemente, l’azione di classe, nel caso della tutela dei diritti contrattuali, è il perfetto completamento, sul versante delle tutele, della standardizzazione dei diritti contrattuali. che in qualche misura reclama e incentiva.

E’ questa standardizzazione, d’altra parte, a costituire la premessa necessaria per un migliore controllo *dal punto di vista del mercato e per il mercato* della correttezza del rapporto professionista- consumatore: verifica che rimane sempre presente se non al centro dell’azione di classe. Un punto di vista che deve necessariamente neutralizzare le specificità delle situazioni di fatto e di diritto a beneficio della omogeneità; e depurare anche il ristoro dal suo “naturale” riferimento all’effettiva perdita.

Passando al profilo del ristoro, come bene sottolineava il Rapporto del *Civil Justice Council* inglese del 2008 dedicato al “Miglioramento dell’accesso alla giustizia attraverso azioni collettive”

²⁰ Così in *Zhang v Minister for Immigration, Local Govt & Ethnic Affairs* (1993) 45 Federal Court Reports, 384,405

²¹ Sono le efficaci notazioni che Muhleron (*op. cit.*, 172, nota 59) riprende da *Macleod v Viacom Entertainment Canada Inc* (2003).



nella sua Raccomandazione numero 7, nei casi di *class action* si chiede alla Corte di “aggregare i danni” e, continuava, aggregazione significa una «quantificazione dei danni che non dipende dalla somma dell’effettiva perdita subita da ciascun membro della “classe”: è un metodo di quantificazione ed accertamento della perdita non con riferimento ad un singolo attore ma considerando l’intera classe come una entità unitaria e accertando il danno globale sofferto dall’intera classe».

Alla difficoltà di una verifica *da questo punto di vista* della relazione tra professionista e consumatore bene corrisponde il *trend* su cui si attesta la disciplina dei contratti di consumo, disciplina entro cui deperisce, ad esempio, il ruolo del controllo sulla corretta formazione dell’accordo delle parti e dunque sulla formazione di un consenso non viziato, e si afferma invece il controllo sul rispetto di standard di comportamento da parte del professionista. Sarà meno frequente ma soprattutto meno facile la verifica su quello che il consumatore ha veramente capito o non capito (e più che mai la verifica di possibili cause di *misrepresentation*), perché la legge preferisce “irrigidire” la comunicazione tra le parti, mediante la consegna al consumatore di un formulario predeterminato contenente tutte le informazioni dovute. E dunque la verifica si potrà limitare – riguardando allo stesso modo tutti i potenziali membri della “classe”- alla mera circostanza di fatto che il professionista gli abbia fornito o meno le informazioni contrattuali “standardizzate” secondo i formulari predefiniti.²²

Il rapporto contrattuale ha bisogno di spogliarsi di tutte le possibili variabili riferite alla contrattazione singola, negli spazi consentiti da una contrattazione di massa, per assecondare modelli preconfezionati, che trasformino i singoli contratti, cioè le clausole del contratto che regolano l’equilibrio giuridico tra le parti, in *prodotti*, comparabili tra loro. Non è il contratto, il rapporto contrattuale che si vuole tenere sotto controllo e ingabbiare entro regole che tengano a bada le asimmetrie tra i partners; è il segmento di mercato tra le categorie dei “fruitori” – consumatori – e la categoria dei fornitori di beni o servizi.

6. L’azione di classe è strumento efficace di tutela non perché consente a ciascuno di avere giustizia e tutela delle proprie pretese in quanto si aggrega agli altri membri della classe; ma perché consente di tramutare a beneficio di ciascun componente della classe una verifica giudiziale che riguarda il comportamento del professionista rispetto alla generale platea dei suoi partners, cioè in

²² Su tale “standardizzazione” dell’informazione e le sue conseguenze in punto di tutele dei consumatori, nell’attuale acquis comunitario e dopo la (deludente) Direttiva 2011/83 su i Diritti dei consumatori, sia consentito rinviare da ultimo al nostro saggio *I diritti dei consumatori dopo la Direttiva 2011/83/UE*, in Persona e diritto, Giornate di Studio in onore di Alfredo Galasso, a cura di R.Alessi, S.Mazzarese, S.Mazzamuto, Milano, 2013, 397 ss.



definitiva il suo comportamento sul mercato.

Se si sceglie il *punto di vista del mercato* il giudizio sulla illiceità del comportamento del professionista sotto il profilo anticoncorrenziale, in generale, non sarà poi tanto diverso da quello sulla illiceità del medesimo comportamento nella relazione con il suo partner contrattuale (o, meglio, con la classe dei suoi partners) e viceversa.

Per questo non è un aspetto distinto della recente riforma ma del tutto coerente e complementare, nel quadro di “standardizzazione” delle tutele sopra evocate, la novità (che ha fatto molto discutere già in fase di “gestazione”) in tema di clausole vessatorie, che si deve all’introduzione nel Codice del Consumo del nuovo art. 37 *bis*. E della quale possono subito mettersi in evidenza alcune conseguenze.

L’art. 37 *bis* introdotto dall’art. 5 del decreto legge n.1 del 2012, così recita ai commi 1 e 2: «1.L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni, *d’ufficio o su denuncia, ai soli fini di cui ai commi successivi, dichiara la vessatorietà* delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari....- 2.Il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell’Autorità, sul sito dell’operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all’esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell’operatore. In caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al presente comma, l’Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro».

Il legislatore si affretta però a precisare, al comma 4, che «.....*È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno*».

L’intervento dell’Autorità, quando non avviato d’ufficio, può essere sollecitato anche dalle imprese e non solo da una denuncia dei consumatori e loro associazioni. Infatti, ai sensi del comma 3, le imprese interessate hanno facoltà di interpellare *preventivamente* l’Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori secondo le modalità previste dal regolamento di cui al comma 5; e l’Autorità dovrà pronunciarsi sull’interpello entro 120 giorni dalla richiesta, salvo che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere.

L’interesse dell’impresa a tale accertamento preventivo dovrebbe spiegarsi considerando che, sempre ai sensi del comma 3 del nuovo art 37 *bis* « *Le clausole non ritenute vessatorie, a seguito di interpello, non possono essere successivamente valutate dall’Autorità per gli effetti di cui al comma*



2.»

L'accertamento preventivo mette dunque l'impresa al riparo da successivi eventuali accertamenti in via amministrativa; ma, come ricordato, in entrambi i casi – e cioè sia che le clausole siano ritenute non vessatorie ovvero che la procedura si concluda con un provvedimento che accerta la loro vessatorietà- non si determina, almeno in linea di principio, alcuna interferenza con l'eventuale verifica giudiziale sulla *validità* delle clausole inserite nei contratti e sulle conseguenze risarcitorie di un giudizio di invalidità, verifica che è fatta salva. E resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori. Così prevedono espressamente il comma 4 (che fa salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno), e lo stesso comma 3 appena citato che, a proposito della verifica preventiva eventualmente richiesta dalle imprese, precisa, appunto, “*. Resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori.*”, riferendosi con tutta evidenza al caso di una verifica giudiziale che riguardi una clausola contrattuale ritenuta non vessatoria dall'Autorità.

Quest'ultimo inciso è il frutto di una correzione “in corsa”, intervenuta cioè durante l'iter parlamentare ed in extremis, sotto la spinta delle critiche soprattutto delle associazioni dei consumatori, di fronte ad un testo che poteva dare luogo ad esiti ambigui circa il rapporto (se preservato) tra controllo amministrativo e verifica giudiziale.

Ma dobbiamo chiederci quanto l'affrettato *revirement* possa risultare in pratica efficace e rispondere alle istanze di tutela dei consumatori che lo hanno reclamato.

Esaminando le possibili interferenze tra la verifica in sede di Antitrust e l'eventuale giudizio civile, dobbiamo subito rilevare che il ricorso all'Autorità non potrebbe essere utilizzato dall'impresa al fine di paralizzare l'azione civile, individuale o collettiva

Vero è infatti che a norma del comma 6 dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo (in questa parte non modificato), nel caso di azione di classe « All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma *può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*».

Ma il procedimento dinanzi all'Autorità ora previsto dal nuovo art. 37 *bis* non potrebbe essere utilizzato in funzione dilatoria: una volta introdotta *la class action* l'impresa convenuta non potrebbe fare ricorso all'Autorità, perché non si tratterebbe del ricorso “preventivo” ammesso ora dalla legge.

E' evidente che la novità introdotta dall'art. 37 *bis* Codice consumo ha piuttosto una chiara finalità deflattiva del contenzioso civile: si rende possibile una verifica preventiva che dovrebbe



spingere le imprese ad eliminare le clausole ritenute vessatorie a seguito di una decisione in via amministrativa. Così evitandosi il ricorso sia ad azioni individuali o collettive per l'accertamento della vessatorietà di clausole inserite in contratti, sia alle stesse azioni civili inibitorie, di cui all'art. 37 del Codice del consumo, per l'accertamento della vessatorietà di clausole adottate o raccomandate, a prescindere dalla loro rilevanza entro il singolo contratto.

La verifica in sede di Autorità Antitrust si candida insomma ad una funzione alternativa e sostitutiva rispetto al giudizio civile (anche in forma di *aggregate litigation*), ma *non lo preclude*. E potrebbe aggiungersi che, almeno nel caso in cui la clausola sia stata reputata vessatoria in sede amministrativa e l'impresa abbia continuato ad utilizzarla, la decisione dell'Autorità Antitrust potrà agevolare l'esito del giudizio civile.²³

Sul piano della protezione dei *concreti interessi* del consumatore, la scelta operata con la recente riforma sembra pienamente condivisibile, ma, dobbiamo aggiungere, sempreché si discorra di tutela *individuale*.

Il problema del rapporto tra verifica da parte dell'Autorità Antitrust e giudizio di vessatorietà in sede civile riguarderà ovviamente nella maggior parte dei casi clausole già in uso, delle quali il consumatore lamenta la vessatorietà, reclamando anche il ristoro da pregiudizi, e sulle quali si pronuncerà nel frattempo l'Antitrust. Deve infatti ritenersi che in generale le clausole ritenute vessatorie vengano eliminate dai testi contrattuali.

Tornando dunque al caso più frequente sopra ricordato, il giudice civile potrà essere chiamato ad esaminare clausole contrattuali su cui l'Autorità Antitrust si sia pronunciata positivamente o negativamente. La formula legislativa è chiara: la vessatorietà riconosciuta e dichiarata dall'Autorità Antitrust non riguarda la sorte della clausola all'interno del contratto già in essere; che rimane valida finché non si pronuncerà il giudice.

I due giudizi dunque, in linea di principio, possono divergere.

Ma sarà così? Nel caso in cui la clausola superi la verifica dell'Autorità Antitrust e cioè sia giudicata da questa non vessatoria, rimarrà spazio per un diverso apprezzamento del giudice civile?

La risposta dovrebbe essere sempre positiva; poiché la verifica in sede civile assicurerà una indagine che tenga conto dell'effetto di squilibrio che la clausola determina all'interno della *singola* vicenda contrattuale. Il giudice dovrà valutare l'effetto "squilibrante" non in generale, ma "tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo", secondo quanto prevede l'art. 34, comma 1 Codice del consumo. L'esito della

²³ Così anche E.Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012,565.



pronuncia, anche ai fini della determinazione del danno, sarà in linea con la singola, concreta, vicenda contrattuale.

Ma questo scenario, a nostro avviso, cambia a seconda che consideriamo il caso di giudizio individuale ovvero il caso di *multi-party litigation*. Il beneficio diminuisce infatti – a nostro avviso – considerevolmente nel caso di azione di classe, dove l’indagine del giudice sarà riferita agli effetti in qualche modo *seriali* della clausola, apprezzati entro modelli standardizzati di contratto; e dove la condanna risarcitoria sarà pur sempre pronunciata avuto riguardo alla classe (o, al più alla “sottoclasse”).

In un giudizio individuale il giudice potrà verosimilmente ritenere che la clausola, reputata in generale vessatoria dall’Autorità Antitrust, non lo è in concreto, nel contesto del singolo contratto ed alla luce del contenuto complessivo del regolamento contrattuale. O, viceversa, riscontrarne in concreto la vessatorietà pur esclusa nell’indagine preventiva (condotta in qualche modo in astratto).

Ma in una azione di classe, dove la verifica riguarda contratti diversi ma resi omogenei da un contenuto standardizzato ed apprezzato come tale in sede processuale, il giudice inevitabilmente è chiamato ad attestare il giudizio su quel medesimo livello generale e generalizzante, standardizzato appunto, sul quale si è già mosso l’Antitrust²⁴. Con esiti che difficilmente potranno essere diversi.

Il giudizio di vessatorietà della clausola contrattuale una volta di più si attesta su livelli “standardizzati”, rispetto ai quali la verifica, anche se in sede civile (e nel caso di azione di classe), tenderà più che a riparare la lesione del diritto del (singolo) consumatore, a censurare *unfair commercial practices as reason of appreciable distortions of competition and obstacles to the smooth functioning of the internal market*.²⁵

Il “doppio” sistema di controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali ripropone in generale, in versione diversa ma analoga, il dubbio, su cui si è di recente pronunciata la Corte di Giustizia (nel caso Perenicova:sentenza 15 marzo 2012 in causa C-453/10), trovando occasione per puntualizzare che “ *l’accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può basare la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole di un contratto ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13*”, ma “ *Tale elemento non è tuttavia idoneo a dimostrare automaticamente e di per sé il carattere abusivo delle clausole controverse. Infatti, spetta al giudice del rinvio statuire sull’applicazione dei criteri generali enunciati agli articoli 3 e 4 della direttiva 93/13 ad una clausola particolare che dev’essere esaminata in relazione a tutte le circostanze proprie al caso di*

²⁴ Sull’attestarsi della verifica di vessatorietà in sede amministrativa sullo schema contrattuale *standard*, senza che possano rilevare elementi di specificità, v. le considerazioni di Minervini, *op. cit.*, 571.

²⁵ E v. in particolare Considerando 3 della Direttiva 2005/29/CE dell’11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.



specie (v., in tal senso, sentenze del 1° aprile 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, *Racc. pag. I-3403*, punti 19-22; *Pannon GSM*, cit. *supra*, punti 37-43; *VB Pénzügyi Lízing*, cit. *supra*, punti 42 e 43, nonché ordinanza *Pohotovost'*, cit. *supra*, punti 56-60)". Di conseguenza, ha concluso la Corte, l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13.

Questione che riguarda le ricadute nella singola vicenda contrattuale del giudizio in sede amministrativa sulla liceità delle pratiche commerciali sleali; ma alle quali ora, da questo profilo, e non certo per caso, il legislatore italiano avvicina fino ad assimilare le clausole vessatorie.²⁶

Torna insomma a prospettarsi la domanda su dove finisca, nei casi di specie, il campo di azione delle politiche antitrust (ed il "primato" ivi assegnato ad obiettivi di governo del mercato) e dove cominci il campo di azione della tutela civilistica dei diritti individuali. Domanda questa volta ancor più fondata, dal momento che tutela amministrativa della concorrenza e tutela civile dei diritti si incrociano ed intrecciano ora proprio con diretto riferimento alla disciplina *del contratto professionista-consumatore* e delle sue clausole. Alle clausole vessatorie sembra insomma volersi riservare una considerazione non dissimile da quella enunciata nel Considerando 6 dalla Direttiva 2005/29 a proposito delle *pratiche commerciali sleali*: «danneggiano direttamente gli interessi economici dei consumatori e, indirettamente, gli interessi economici dei legittimi concorrenti; e il legislatore europeo come quelli nazionali devono concentrarsi su un bilanciamento dei due tipi di intervento».

Continua ad ampliarsi il campo di azione del cosiddetto "doppio binario" di tutela, quella civilistica e quella regolatoria²⁷; entro cui la protezione dei diritti dei consumatori (specie quelli di fonte contrattuale) sempre più decisamente esibisce la sua funzione di strumento di regolazione del mercato.

²⁶ Corte di Giustizia, Sentenza 15 marzo 2012, in Causa C-453/10, *Jana Pereničová e Vladislav Perenič contro SOS financ spol. s r. o.*. (Domanda di pronuncia pregiudiziale: *Okresný súd Prešov – Slovacchia*). Vedi, fra i primi, il commento di G. Cosco, *L'incidenza delle clausole abusive e delle pratiche commerciali sleali sulla sorte del contratto individuale*, n I Contratti, 2012, 667 ss.;

²⁷ V. C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. Le pratiche commerciali sleali*, Relazione alla Giornata di Studio su "Tutela della concorrenza e diritti dei consumatori", tenutasi a Palermo il 28 maggio 2012 (in corso di pubblicazione).