



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

SEZIONE PRIMA CIVILE

nelle persone dei Sigg. Magistrati

Dr. Antonino Di Leo

Presidente

Dr. Alberto Massimo Vigorelli

Consigliere

Dr.ssa Emanuela Aliverti

Consigliere rel.

A scioglimento della riserva assunta in data 19 aprile 2011,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa iscritta al n. 130/2011 R.G.

TRA

VODEN MEDICAL INSTRUMENTS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore Dott. Daniele Cesana, rappresentata e difesa dagli Avv. Prof. Pier Filippo Giuggioli, Luigi Galano e Giorgio Calesella ed elettivamente domiciliata nello studio dell'Avv. Giuggioli in Milano – Via Serbelloni 14 come da mandato in calce al reclamo

RECLAMANTE

E

CODACONS, Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, in persona del legale rappresentante pro tempore Giuseppe Ursini, in nome e per conto nonché in favore, in qualità di procuratore in forza della procura per atto notaio Renato Greco di Roma n. rep. 68959 e n. racc. 8427, della sig.ra

rappresentato e difeso dagli Avv.ti Carlo Rienzi, Marco Ramadori, Nicola Sanitate, Luciano Fanti e Marco Maria Donzelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Milano – Viale Abruzzi 83, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta in questa fase

RECLAMATO

Letti gli atti e i documenti di causa;

RILEVATO che:

il Tribunale di Milano, pronunciandosi con ordinanza in data 16-20 dicembre 2010 ai sensi dell'art. 140 bis 6° co. Cod. Cons. sulle domande proposte dal Codacons, ha dichiarato la inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 140 bis lett. B) Cod. Cons. e l'ammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 140 bis lett. C) Cod. Cons.;

con atto depositato in data 19 gennaio 2011 la Voden Medical Instruments spa (d'ora in poi Voden) ha proposto reclamo ai sensi dell'art. 140 bis 7° co. Cod. cons. avverso l'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe esercitata dal Codacons chiedendo fosse accertato il difetto di legittimazione attiva del _____ e/o di Codacons e che fosse dichiarata la inammissibilità dell'azione; nel merito, facendo riserva di proporre domande nuove o di modificare quelle già

richieste entro i termini e secondo le modalità indicate dall'ordinanza reclamata; in ogni caso insistendo per la condanna del e/o di Codacons a risarcire i danni ai sensi dell'art. 96 1° co. c.p.c. e a pagare una somma equitativamente determinata ai sensi dell'art. 96 2° co. c.p.c., per la adeguata pubblicità dell'ordinanza di inammissibilità e/o della sentenza nonché a rifondere le spese di giudizio; in caso di rigetto del reclamo, chiedendo la separazione dei giudizi e la condanna a quanto disposto dall'art. 140 bis 8° co. Cod. cons. rispetto all'azione ex art. 140 bis lett. B) dichiarata inammissibile;

il Codacons si è costituito nella presente fase del giudizio e, contestato quanto dedotto da controparte, ha chiesto il rigetto del reclamo e la condanna della reclamante al pagamento delle spese di lite anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.;

OSSERVATO, in generale, che:

L'art. 140 bis del codice di consumo, introdotto con l'art. 2 comma 445 legge 24 dicembre 2007 n. 244 mai entrato in vigore, come modificato dall'art. 49 della legge 23 luglio 2009 n. 99 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2010, disciplina l'azione di classe quale nuovo mezzo di tutela dei <diritti individuali omogenei> di cui all'art. 140 bis che altro non sono se non i diritti soggettivi individuali sorti in occasione di comportamenti di massa e, quindi, connotati da omogeneità sia perché generati da uno stesso comportamento o da comportamenti simili ripetuti sia perché il loro accertamento giudiziale richiede la soluzione di questioni di diritto o di fatto simili se non identici.

Con l'azione di classe - che si aggiunge alle azioni individuali che già spettano ai singoli consumatori od utenti - il legislatore ha inteso raggiungere tre obiettivi: consentire l'accesso alla giustizia ai consumatori e quindi la riparazione dei danni provocati da illeciti di massa, colpire gli illeciti e quindi costituire un deterrente, realizzare l'economia processuale garantita dalla gestione in un solo giudizio di una molteplicità di pretese individuali omogenee o seriali.

A mente dell'art. 140 bis cod. cons. la domanda introduttiva dell'azione in esame deve essere proposta con atto di citazione al Tribunale ordinario del capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa. All'esito della prima udienza il Tribunale decide con ordinanza sulla ammissibilità della domanda; in particolare, in tale preliminare fase, provvede a valutare se 1) la domanda sia

manifestamente infondata, 2) sussista un conflitto di interesse in capo al proponente, 3) i diritti individuali tutelabili ai sensi del 2° comma siano identici, 4) il proponente sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (art. 140 bis 6° co. cod. cons.).

Il Tribunale deve innanzitutto verificare la legittimazione attiva del proponente che, anche se il 6° comma dell'art. 140 bis non prevede espressamente che rientri nella verifica delle condizioni per l'ammissibilità dell'azione, deve ritenersi rientri nel giudizio di **manifesta infondatezza dell'azione** sicchè l'eventuale difetto di legittimazione attiva conduce alla dichiarazione di inammissibilità dell'azione.

Così, il proponente deve essere innanzitutto un <consumatore> (o esponente della classe), ossia una *"persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"* (art. 3 cod. di consumo), e deve appartenere alla classe dei <danneggiati>.

In tal caso egli può agire direttamente o per il tramite di associazioni cui dà mandato o di comitati cui partecipa - i quali agiscono secondo il sistema della rappresentanza processuale (art. 140 1° co. cod. consumo) – per la tutela dei diritti individuali omogenei di cui al secondo comma dell'art. 140 bis.

Il consumatore-proponente deve essere titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare; *"in altre parole non sussiste la legittimazione perché il proponente intende rappresentare gli interessi della classe ma perché il suo interesse coincide con quello della classe essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe"* (sent. Tribunale Torino 27.5.2010).

Non deve poi trovarsi in una situazione di <**conflitto di interessi**> con la classe dei danneggiati, ravvisabile nelle ipotesi in cui il consumatore-attore abbia specifici rapporti o relazioni di natura commerciale con il convenuto o con imprese concorrenti tali da lederne l'indipendenza.

Deve quindi essere **in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe**; requisito questo sul quale non vi è ancora una identità di interpretazione in quanto alcuni lo considerano un requisito rafforzativo dell'assenza di conflitto di interesse (tesi che parrebbe essere prevalente)

mentre altri riconoscono ad esso una valenza autonoma quale requisito di adeguatezza economico finanziaria dell'attore o dell'associazione cui è stato conferito il mandato che, in tal modo, dovrebbero provare di essere in grado di sostenere gli oneri economici della lite.

Il secondo comma dell'art. 140 bis individua specificamente i diritti a tutela dei quali l'azione può essere intrapresa:

- a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.,
- b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali nei confronti del produttore,
- c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

L'identità della situazione contrattuale o dei diritti dei consumatori costituisce, quindi, un ulteriore e indispensabile requisito dei diritti tutelabili con l'azione di classe che il Tribunale deve verificare per giudicare della ammissibilità dell'azione di classe.

Una situazione contrattuale identica può ravvisarsi nel caso di consumatori che abbiano concluso contratti che, seppur distinti ed autonomi, presentino un medesimo contenuto o comunque siano diretti a regolare diritti uguali ovvero nel caso in cui i membri della classe siano stati lesi da un comportamento unitario o da più atti di identica portata reiterati nel tempo ed idonei a ledere i loro diritti.

Con specifico riguardo alle ipotesi di cui alle lettere b) e c) dell'art. 140 bis, inquadrabili nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, l'identità delle pretese fatte valere dovrà riguardare essenzialmente il titolo ovvero l'atto illecito idoneo a danneggiare la classe che dovrà necessariamente manifestarsi in un comportamento unitario o comunque reiterato nel tempo.

RILEVATO che:

la società reclamante ha censurato l'ordinanza rilevando:

- la mancata pronuncia in merito al deposito da parte del Codacons di due memorie autorizzate, l'una carente della documentazione asseritamente allegata e l'altra accompagnata dai documenti

- indicati come offerti in comunicazione, espressamente richiesta dalla reclamante e ritenuta rilevante perché l'espunzione di entrambe le memorie avrebbe escluso la stessa ammissibilità della domanda ex art. 140 bis 2° co. lett. C) Cod. cons. mentre l'espunzione della seconda memoria avrebbe impedito l'esame dei documenti offerti in comunicazione;
- la mancata pronuncia sulla domanda in via preliminare proposta da Codacons, ossia "*accertare e dichiarare, con ordinanza all'esito della prima udienza, l'ammissibilità della presente domanda*", con violazione dell'art. 112 c.p.c.;
 - la erronea ritenuta ammissibilità del deposito di memorie e di produzioni documentali nella fase relativa al giudizio di ammissibilità dell'azione considerata anche la natura non ordinaria del rito da seguire nell'azione di classe;
 - la erronea ritenuta ammissibilità delle modifiche e/o precisazioni della domanda nella fase relativa al giudizio di ammissibilità dell'azione;
 - la concessione del termine per il deposito di memoria nonostante il difetto di apposita richiesta di Codacons;
 - la erronea ritenuta riferibilità della domanda Codacons anche all'ipotesi di cui all'art. 140 bis lett. c);
 - la erronea ritenuta legittimazione di _____ ;
 - la erronea individuazione dei "confini" della valutazione da svolgere in sede di giudizio di ammissibilità dell'azione di classe "in termini di *manifesta* ammissibilità/inammissibilità" della domanda laddove l'inammissibilità della domanda segue la "manifesta" infondatezza dell'azione;
 - l'erroneo spostamento dell'onere della prova del difetto di legittimazione attiva dell'attore in capo alla società convenuta nel giudizio;
 - la erronea valutazione degli elementi di prova forniti dalla Voden a supporto della precostituzione da parte _____ delle condizioni per promuovere l'azione di classe;
 - la mancata pronuncia circa il difetto di poteri di Codacons;
 - l'errato rigetto dei rilievi sollevati da Voden circa il requisito dell'adeguatezza della cura degli interesse della classe;
 - la erronea ritenuta assenza del conflitto di interessi;

- la mancata valutazione di tutti i profili di infondatezza;
- la mancata pronuncia in merito al difetto di identità dei diritti individuali tutelabili;

RITENUTO che:

i motivi di reclamo proposti dalla Voden non possano essere accolti poiché l'operato del Tribunale è del tutto condivisibile laddove, nell'ambito di un giudizio necessariamente sommario quale non può non essere quello svolto sulla sola base degli atti, in assenza di istruttoria, all'unico fine di evitare azioni "manifestamente infondate" a tutela di diritti non rientranti fra quelli tutelabili con l'azione di classe da parte di soggetti che non rivestano la qualifica di consumatori, ha espresso un giudizio di ammissibilità dell'azione di classe proposta dal _____, per il tramite del Codacons, nei confronti della società distributrice di un test le cui pubblicizzate qualità sembra non rispondano a quelle reali;

infatti:

1) nel regolamentare il procedimento, il legislatore ha specificato unicamente che:

l'azione di classe deve avere inizio con atto di citazione,

alla prima udienza il Tribunale deve pronunciarsi sull'ammissibilità e/o sull'inammissibilità dell'azione (cd. "udienza filtro"),

con l'ordinanza con cui ammette l'azione il Tribunale deve fissare termini e modalità della più opportuna pubblicità ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe, definire i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, fissare un termine perentorio per il deposito in cancelleria degli atti di adesione,

con la stessa ordinanza "il Tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo.....; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio";

2) la prima udienza del giudizio ex art. 140 bis è dunque chiaramente ed unicamente dedicata alla discussione tra le parti in ordine alla ammissibilità dell'azione;

3) la trattazione orale è stata prevista in funzione di una maggiore celerità del procedimento, ribadita con vigore dall'art. 140 bis, in particolare con riguardo alla "udienza filtro", senza peraltro che il legislatore abbia innovato alle norme del codice di procedura civile che prevedono, tra l'altro, la facoltà delle parti di precisare e modificare le proprie domande dovendo ravvisarsi *"la peculiarità dell'intero procedimento....nella maggiore snellezza del rito piuttosto che in una radicale compromissione dei diritti delle parti"* (così l'ordinanza reclamata); infatti, il mancato richiamo alle norme che regolano il procedimento ordinario di cognizione non ha comportato l'introduzione di un nuovo e diverso procedimento svincolato dalle norme regolatrici del processo;

4) la scelta di trattare per iscritto, e in particolare mediante il deposito di memorie ulteriori, le questioni controverse è, quindi, questione di mera opportunità, soprattutto a fronte della novità delle questioni oggetto d'esame;

5) il Tribunale, invitando le parti a depositare memorie scritte non ha violato alcuna disposizione di legge ed anzi ha rispettato gli insuperabili principi del contraddittorio e del diritto di difesa concedendo ad entrambe le parti tale facoltà in una fase del processo ancora svincolata dalle rigide regole procedurali senza con ciò concedere loro la facoltà di introdurre temi diversi ed ulteriori sui quali decidere;

6) ancora il Tribunale non ha violato il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato concedendo il termine per memorie in assenza di istanza in tal senso formulata dalle parti; anche senza considerare che una istanza in tal senso poteva essere ravvisata nella pretesa del Codacons di depositare memoria di replica alla prima udienza - contestata dalla odierna reclamante e dichiarata inammissibile dal Tribunale -, non può certamente concretizzare la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato la concessione da parte del giudice, nella fase preliminare e di trattazione, secondo un giudizio di opportunità, di un doppio termine alle parti per l'esplicazione-discussione per iscritto delle questioni sottoposte al suo esame;

7) ancor meno può dirsi violato il principio di cui all'art. 112 c.p.c. per l'asserita mancata pronuncia sulla domanda in via preliminare proposta da Codacons, ossia *"accertare e dichiarare, con ordinanza all'esito della prima udienza, l'ammissibilità della presente domanda"*; il Tribunale si è

pronunciato sulla domanda di ammissibilità – e non poteva certo esimersi dal farlo – ma, secondo un apprezzamento che non gli è vietato dalla legge, vi ha provveduto all'esito delle memorie esplicative depositate dalle parti;

8) non merita alcuna sanzione l'avvenuto deposito da parte del Codacons di due memorie autorizzate, l'una carente della documentazione indicata come offerta in comunicazione ed asseritamente allegata e l'altra accompagnata dai documenti indicati come offerti in comunicazione; non è stata contestata alcuna diversità nel contenuto e nelle richieste formulate con le dette memorie che sono state depositate nel termine indicato dal Tribunale, la seconda per rimediare all'errore di non avere allegato la documentazione indicata come offerta in comunicazione;

9) d'altra parte, il Tribunale ha giudicato della ammissibilità della domanda ex art. 140 bis lett. c) sulla base di quanto dedotto con l'atto di citazione, soltanto meglio precisata nella memoria autorizzata; in effetti, ha testualmente osservato che *"Invero, benché l'atto di citazione originario si limitasse a fare riferimento ad una domanda ex art. 140 bis lett. b), con conformi richieste di merito, si deve tuttavia riconoscere come nella narrativa del medesimo atto risultassero già chiaramente prospettati due distinti profili di contestazione, riferibili l'uno alla denunciata inidoneità del prodotto VODEN a <soddisfare i bisogni dell'acquirente> (secondo appunto la prospettiva di cui all'art. 140 bis lett. b), l'altro alla espressa denuncia del carattere asseritamente ingannevole del foglio illustrativo contenuto nella confezione in commercio, atteso che nell'atto espressamente si assumeva che quel prodotto avrebbe avuto <caratteristiche differenti rispetto a quanto pubblicizzato> (pag. 3 dell'atto di citazione)";*

10) in ogni caso, l'esame e la conseguente pronuncia circa la ammissibilità della domanda di cui all'art. 140 bis lett. c) non viola alcun principio essendosi risolta nel legittimo esercizio da parte del giudice del potere di qualificare giuridicamente la domanda sulla base dei fatti tempestivamente dedotti dalle parti, ossia l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario, la reclamizzazione di pregi non posseduti dal prodotto, la scorrettezza di una pratica commerciale di tal genere volta a profittare di una situazione di psicosi collettiva creata sul problema dell'influenza suina, a soli fini di lucro;

11) il Tribunale ha quindi correttamente proceduto alla valutazione circa la ammissibilità dell'azione di classe:

a) per quanto concerne i rilievi mossi dalla odierna reclamante in merito alla "effettiva posizione di consumatore" di _____, si tratta, a giudizio della Corte, di una contestazione relativa alla stessa titolarità in capo a _____ della situazione dedotta in giudizio sicchè "la legittimazione "ad causam" consiste nella titolarità del potere e del dovere - rispettivamente per la legittimazione attiva e per quella passiva - di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, secondo la prospettazione offerta dall'attore, indipendentemente dalla effettiva titolarità, dal lato attivo o passivo, del rapporto stesso. Quando, invece, le parti controvertono sulla effettiva titolarità, in capo al convenuto, della situazione dedotta in giudizio, ossia sull'accertamento di una situazione di fatto favorevole all'accoglimento o al rigetto della domanda attrice, la relativa questione non attiene, alla "legitimatō ad causam", ma al merito della controversia, con la conseguenza che il difetto di titolarità deve essere provato da chi lo eccepisce e deve formare oggetto di specifica e tempestiva deduzione in sede di merito. Al contrario il difetto di legittimazione "ad causam" deve essere oggetto di verifica, preliminare al merito, da parte del giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 20819 del 26/09/2006);

b) il Tribunale, dopo avere approfonditamente esaminato i rilievi sollevato dalla odierna reclamante in ordine alla possibilità di riconoscere una effettiva posizione di consumatore in capo a _____, ha, a giudizio della Corte, correttamente concluso in merito alla necessità che "....a fronte della inequivoca formulazione della domanda di parte attrice in termini di inganno effettivamente patito, gli elementi di carattere presuntivo prospettati da parte convenuta per confutare l'effettiva posizione di "consumatore" dell'istante non possano.....reputarsi in fatto tali da precludere l'avvio di un ordinario contraddittorio tra le parti, secondo ordinari oneri di deduzione e di prova facenti capo a ciascuna delle parti, da concludersi quindi con un giudizio pieno di merito su tutti quanti gli elementi costitutivi della pretesa azionata....."; in effetti, ancorchè le contestazioni in punto della odierna reclamante non fossero del tutto peregrine, il Tribunale non ha ritenuto, motivatamente, di ravvisare de plano la "manifesta infondatezza" dell'azione in tal modo ammettendo il giudizio di

cognizione piena al fine di verificare la fondatezza dell'azione medesima e la sussistenza di tutti i presupposti per l'accoglimento della domanda;

c) letto il mandato rilasciato _____, non ravvisa la Corte la lamentata non proponibilità dell'azione di risarcimento per difetto di procura;

d) non è ravvisabile de plano la denunciata situazione di conflitto di interessi di _____, da verificare in relazione all'interesse tutelato, che è quello del consumatore, sicchè una situazione di conflitto può rinvenirsi nelle sole ipotesi in cui il consumatore-attore abbia specifici rapporti o relazioni di natura commerciale con il convenuto-autore dell'illecito o con imprese concorrenti tali da ledere l'indipendenza;

e) è condivisibile e non sindacabile il giudizio di genericità dei rilievi mossi dalla reclamante in ordine alla asserita non adeguatezza della cura degli interessi della classe espresso dal Tribunale : una pronuncia sul punto vi è stata ed è stata chiara avendo espressamente ritenuto le ragioni poste a fondamento del rilievo, definito addirittura in termini di "*disinteresse per l'esito del giudizio*", di "*chiaro intento vessatorio e temerario*" (condizione di "avvocato del Codacons" di _____, assenza di richieste di valutazioni della inadeguatezza del test distribuito dalla odierna reclamante a consulenti o periti, ragioni espresse a supporto della richiesta al Ministero della Salute di estrarre copia di documenti relativi "alla già promossa azione di classe", proposizione di un'azione prevista per il solo produttore nei confronti del distributore, contestazione di pratiche scorrette solo nella memoria autorizzata, deposito della memoria autorizzata senza i documenti offerti in comunicazione, procura carente), del tutto generici;

f) non è assolutamente condivisibile la richiesta di separazione della pronuncia di inammissibilità con conseguente pronuncia delle condanne di cui all'rt. 140 bis ottavo comma: unica è l'azione ed unico è il giudizio instaurato da _____ : all'esito del giudizio il Tribunale pronuncerà sulle domande tutte tenendo altresì conto della già dichiarata inammissibilità dell'azione ex art. 140 bis lett. b);

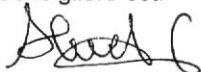
g) allo stesso modo non possono essere accolte le richieste di parte Codecons di cui al punto 2) delle conclusioni di cui alla comparsa di risposta al reclamo; sulla domanda di condanna alle spese anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. pronuncerà il Tribunale in sede di decisione definitiva.

P.Q.M.

Pronunciando sul reclamo proposto da VODEN MEDICAL INSTRUMENTS SPA,
rigetta il reclamo e le domande tutte proposte da Voden e dal Codacons.

Milano, 19 aprile 2011

Il Consigliere est.



Il Presidente



CORTE D'APPELLO DI MILANO
DEPOSITATA NELLA CANCELLERIA
DELLA 1ª SEZIONE CIVILE

OGGI - 3 MAG. 2011



IL CANCELLIERE
Dsa.ssa Palamara Antonella