

LA NUOVA AZIONE DI CLASSE, PASSI IN AVANTI VERSO GLI OBIETTIVI DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E DETERRENZA?

di PAOLO FIORIO

SOMMARIO: 1. Premessa: i nuovi procedimenti collettivi nel contesto normativo italiano ed europeo - 2. Le criticità emerse nell'applicazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. - 3. Brevi cenni sull'analisi economica e comportamentale degli illeciti di massa - 4. L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione dell'azione di classe - 5. La legittimazione ad agire - 6. Il procedimento ed il regime probatorio - 7. L'efficacia soggettiva della decisione: il rinnovato *opt-in*. - 8. Costi e incentivi della nuova azione di classe - 8. *Small e non viable claims*, un'occasione persa? 8.1. *Opt-in* e *opt-out*: le più recenti tendenze evolutive in Europa - 8.2. La Proposta di Direttiva della Commissione Europea di aprile 2018 - 8.3. Un caso emblematico: la fatturazione a 28 giorni e l'intervento dell'Agcom - 8.4. Conclusioni

1. Premessa: i nuovi procedimenti collettivi nel contesto normativo italiano ed europeo

La legge 12 aprile 2019, n. 31 ha introdotto nel codice di procedura civile il nuovo titolo VIII-*bis* “*Dei Procedimenti collettivi*” che disciplina due distinte azioni: l'azione di classe (artt. 840-*bis* - 840-*quinqüesdecies*) e quella inibitoria (art. 840-*sexiesdecies*).

Entrambi gli istituti non sono nuovi nel nostro ordinamento. L'azione collettiva risarcitoria è stata infatti introdotta nel codice del consumo, limitatamente ad alcuni specifici illeciti nei rapporti tra imprese e consumatori nel 2007 e modificata nel 2009¹.

¹ L'art. 140bis, è stato inserito nel codice del consumo (d.lgs 6 settembre 2006, n. 205) dall'articolo 2, comma 446, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, e successivamente sostituito

Le azioni collettive inibitorie hanno invece una storia più complessa in quanto sono state introdotte da una serie di disposizioni speciali settoriali², tra le quali va ricordata l'azione inibitoria prevista dall'art. 140 cod. cons. che fino ad oggi pare aver rappresentato il più frequente modello di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi.

L'intervento legislativo, pur partendo da differenti contesti normativi ed applicativi (a livello nazionale ed europeo) che caratterizzavano le azioni collettive risarcitorie, da un lato, e quelle inibitorie, dall'altro, pare accomunato da un'unica linea conduttrice: estendere la tutela collettiva, inibitoria e risarcitoria, a qualsiasi illecito seriale nei rapporti con imprese e soggetti esercenti servizi pubblici o di pubblica utilità (in tal senso oltre all'inserimento di un apposito titolo "Dei procedimenti collettivi" nel codice di procedura civile si possono leggere gli art. 840*bis* e 840*sexiesdecies* che delineano l'ambito oggettivo di applicazione delle due azioni).

L'introduzione di uno specifico titolo dedicato ai procedimenti collettivi e la predisposizione di una disciplina generale e non più settoriale paiono in ogni caso segnare il definitivo affiancamento di un processo ordinario di cognizione collettivo alla tradizionale tutela giurisdizionale individuale.

L'intervento normativo ha senz'altro risvolti sistematici di rilievo per la nozione degli interessi collettivi e per la configurazione delle relative forme di tutela in quanto riporta nello stesso alveo tanto la tutela inibitoria quanto quella risarcitoria o restitutoria per la riparazione del danno subito in caso di violazione di diritti individuali omogenei. Anche in considerazione del fatto

dall'articolo 49, comma 1, della l. 23 luglio 2009, n. 99. Alcune minori modifiche sono state successivamente apportate dall'articolo 6, comma 1, lettera b), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

² Sono numerose le leggi speciali che attribuiscono ad associazioni rappresentative poteri inibitori ed in alcuni casi ripristinatori: l'art. 2601 c.c., per la repressione degli atti di concorrenza sleale; l'art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300 per le condotte antisindacali, l'art. 8 d. lgs 9 ottobre 2002 n.231 per le condizioni generali relative al pagamento ed al ritardo nei pagamenti; l'art. 4, co.1, l. 1° marzo 2006 n. 67 per gli atti discriminatori posti in essere nei confronti dei disabili; l'art. 6 d. lgs 9 luglio 2003 n.215 per la repressione delle discriminazioni a causa della razza o dell'origine etnica, l'art. 41. 180/2011 che consente alle associazioni rappresentative delle imprese di agire in giudizio "a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti".

che la legittimazione ad agire è regolata specularmente per entrambe le azioni, con l'attribuzione del diritto di agire in rappresentanza della classe ad ogni singolo danneggiato (o "interessato" ai sensi dell'art. 840-*sexiesdecies*) e ad alcuni enti esponenziali rappresentativi iscritti nell'albo previsto all'art. 196-*ter* disp. att. c.p.c, pare oggi ridimensionata la rilevanza pratica della qualificazione delle posizioni giuridiche fatte valere, se interessi collettivi o diritti soggettivi individuali omogenei, e la conseguente attribuzione ai singoli danneggiati o agli enti esponenziali rappresentativi della legittimazione ad agire per l'una o per l'altra forma di tutela.

La riforma per altro interviene in un contesto normativo europeo variegato e fluido. Pur in presenza di un ampio dibattito a livello politico ed accademico, gli strumenti di *collective redress*, a differenza delle azioni inibitorie³, non sono stati ad oggi disciplinati con disposizioni vincolanti per gli Stati Membri. Con la Raccomandazione dell'11 giugno 2013⁴ la Commissione ha individuato alcuni principi generali che avrebbero dovuto uniformare le azioni collettive risarcitorie per la violazione dei diritti garantiti dall'Unione. Si è però notato che la Raccomandazione, pur caldeggiando l'introduzione delle azioni collettive risarcitorie, tendeva, più che a favorire tale forma di tutela, a limitarne i rischi ed i possibili abusi, prevedendo un'esclusiva legittimazione delle associazioni rappresentative, il sistema di *opt-in*, il divieto di danni punitivi e una limitazione delle fonti di finanziamento e degli incentivi assegnati agli avvocati⁵.

La Raccomandazione non ha avuto grande fortuna in quanto molti tra gli Stati che hanno introdotto strumenti di *collective redress* non hanno ritenuto di seguirne integralmente i suggerimenti, o hanno comunque applicato le eccezioni ammesse su alcuni profili di primaria rilevanza quali la scelta del sistema di

³ Le azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, previste inizialmente dalla Direttiva 98/27/CE, sono oggi regolate dalla Direttiva 2009/22/CE.

⁴ Cfr. Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati Membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

⁵ Cfr. VOET, *Where the wild things are*. *Reflections on the state and future of European collective redress* (2017), in www.ssrn.com; BIARD, *Collective redress in the EU a rainbow behind the clouds*, maggio 2018, in https://www.researchgate.net/publication/325207411_Collective_redress_in_the_EU_a_rainbow_behind_the_clouds/citation/download.

opt-in piuttosto che di *opt-out*⁶. La Commissione, anche in conseguenza del caso Volkswagen, dopo aver promosso uno specifico studio⁷, ed aver richiesto informazioni agli Stati Membri, ha aperto una consultazione pubblica che ha portato alla redazione di un *report* sull'implementazione della Raccomandazione e ad una proposta di Direttiva ad oggi non ancora approvata⁸.

In particolare la proposta di Direttiva, presentata nel contesto di una più generale azione di rafforzamento della tutela dei consumatori, sotto lo *slogan* di un “*New deal per i consumatori*”, segna il primo passo verso l'approvazione di disposizioni vincolanti, caratterizzato da alcuni significativi ripensamenti delle scelte operate con la Raccomandazione del 2013.

2. Le criticità emerse nell'applicazione dell'art. 140-bis cod. cons.

La riforma dell'azione di classe prende le mosse dalla constatazione che l'art. 140-bis cod. cons. ha delineato un modello di azione collettiva risarcitoria che ha fallito i propri obiettivi di *redress* e *deterrence* per il numero delle azioni promosse, per il tasso di adesione dei danneggiati e per i tempi eccessivi dei processi collettivi⁹.

Le principali critiche mosse all'azione di classe consumerista

⁶ STADLER, *Foreword*, in Lein, Fairgrieve, Otero Crespo, Smith, *Collective redress in Europe – Why and How?*, British Institute of International and Comparative law, 2015, xii. Il par. 21 della Raccomandazione prevede infatti quale regola base l'*opt-in*, consentendo però eccezioni giustificate da motivi di buona amministrazione della giustizia: “La parte ricorrente dovrebbe essere costituita sulla base del consenso espresso delle persone fisiche o giuridiche che pretendono di aver subito un pregiudizio (principio dell'adesione, o *opt-in*). Qualunque eccezione a tale principio, *ex lege* o prevista mediante provvedimento del giudice, dovrebbe essere debitamente giustificata da motivi di buona amministrazione della giustizia”.

⁷ Cfr. *State of collective redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation*, studio realizzato da British Institute of International and Comparative Law, Civic Consulting and RPA, November 2017 (disponibile in https://www.biiicl.org/documents/1881_StudyontheStateofCollectiveRedress.pdf?show-document=1).

⁸ Cfr. Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 11 aprile 2018, COM (2018) 184 final.

⁹ Pur in assenza di analisi empiriche complete ed aggiornate, alcune informazioni sulle azioni proposte, sulle adesioni e sugli esiti della valutazione di ammissibilità sono riportate da PAILLI e PONCIBÒ, *The Transformation of Consumer Law Enforcement: an Italian Perspective*, in *Comparative Law review*, 2018, vol. 8, 21 ss.

prevista all'art. 140-*bis* cod. cons. hanno riguardato alcuni nevralgici profili della disciplina:

(i) l'ambito oggettivo di applicazione dell'azione, circoscritto ad alcuni specifici illeciti¹⁰;

(ii) la legittimazione ad agire attribuita solo ai singoli danneggiati ed il coinvolgimento degli enti esponenziali rappresentativi solo in forza di uno specifico mandato conferito dal consumatore danneggiato membro della classe¹¹;

(iii) gli elevati costi dell'azione a partire da quelli di pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità a carico dell'attore, pena l'improcedibilità della domanda a fronte dell'assenza di incentivi anche economici per la promozione dell'azione¹²;

(iv) il sistema delle adesioni, risultato spesso di ostacolo alla partecipazione diffusa dei danneggiati¹³.

Per procedere ad una prima analisi della nuova disciplina dell'azione di classe introdotta dalla l. 31/2018 pare quindi op-

¹⁰ Auspicava un'estensione del giudizio seriale ad ogni specie di interessi diffusi GALGANO, *Prefazione*, in Consolo e Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 5.

¹¹ In argomento, con riguardo al profilo della legittimazione dipendente delle associazioni e dei comitati, anche in considerazioni delle modifiche apportate con il d.l. 1/2012 che ha precisato che anche gli "interessi collettivi" sono tutelabili con l'azione di classe, v. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, 89 e ss. Circa i problemi connessi alla legittimazione dipendente, agli accordi transattivi ed al principio di "consumazione" dell'azione, mi sia consentito rinviare a FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di Demarchi, Bologna, 2010, 498.

¹² D'ORTA, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2014, 196 ss.

¹³ Si consideri il caso delle commissioni bancarie sottoposto al Tribunale di Torino (cfr. Trib. Torino, 15 giugno 2012) il quale, dopo una prima ordinanza di inammissibilità, riformata dalla Corte d'Appello, nell'ammettere l'azione ha imposto l'autentica della sottoscrizione dell'aderente. Tale formalità ha certamente influito sulla raccolta delle adesioni limitata a soli 104 utenti a fronte di una classe di potenziali decine di migliaia di clienti danneggiati. La sentenza di primo grado, successivamente confermata dalla Corte d'Appello, è stata recentemente riformata dalla Corte di Cassazione (Cass., 15 maggio 2019, n. 12997) che ha sottolineato come la massima informalizzazione della procedura, e la conseguente riduzione degli oneri a carico dell'aderente, informino l'intera disciplina dell'adesione: "E' evidente quindi che il Tribunale di Torino, nel richiedere l'autenticazione delle sottoscrizioni degli aderenti "nelle forme e a cura dei soggetti previsti dal D.P.R. n. 445 del 2000", abbia imposto una formalità di adesione non prescritta dalla legge, venendo quindi a frustrare la ratio di massima informalizzazione della procedura perseguita dal legislatore".

In dottrina TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2011, 118; CANALE, *Il invitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. Dir. proc.* 2010, 1304 ss; FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, in *Contratto Impresa Europa*, 2011, 19 ss.

portuno verificare se la stessa affronti in maniera adeguata le criticità emerse nell'applicazione dell'art. 140-*bis* cod. cons.

3. Brevi cenni sull'analisi economica e comportamentale degli illeciti di massa

Per analizzare l'effettività dei rimedi risarcitori collettivi è necessario prendere le mosse dalle dinamiche economiche e comportamentali¹⁴ che connotano gli illeciti di massa e che portano sistemi giuridici anche molto diversi a configurare strumenti processuali che consentano di superare la dimensione individuale del contenzioso, rivelatasi inadeguata per realizzare gli obiettivi di *redress* e *deterrence*.

L'azione di classe in tutti gli ordinamenti si muove infatti tra i due obiettivi del risarcimento del danno conseguente agli illeciti di massa e della deterrenza dal compimento di ulteriori atti illeciti¹⁵. Si tratta di obiettivi che possono essere raggiunti congiuntamente in quanto maggiore è il danno che l'autore dell'illecito è concretamente tenuto a risarcire, maggiore è il livello di deterrenza.

Il contenzioso individuale si rivela spesso del tutto inadeguato in quanto non solo le asimmetrie tra le parti, ma anche i problemi di azione collettiva¹⁶ e la tendenza alla conservazione dello *status quo* che connotano i gruppi dei soggetti danneggiati fanno

¹⁴ STADLER, *Foreward, cit.*, xii ss rileva che il dibattito sui sistemi di *collective redress* vede una profonda collaborazione, non sempre ravvisabile in altri ambiti, tra le scienze giuridiche, economiche e comportamentali. Diffusamente sul tema cfr. BAKER-FREYENS, *The Economics of the European Commission Recommendation on Collective Redress*, in *Collective Redress in Europe – Why and How*, cit., 5 ss.

¹⁵ Recentemente la Corte di Cassazione a sezioni unite ha affermato che il riconoscimento di una sentenza estera di condanna al risarcimento dei danni punitivi non è di per sé incompatibile con l'ordinamento italiano, alla luce della funzione anche deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile, cfr. Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con note di PALMIERI e PARDOLESI: "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile". Sulla funzione deterrente del processo civile v. in generale DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018.

¹⁶ Sui problemi di azione collettiva si veda il fondamentale contributo di OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Boston, 1971, trad. it., a cura di S. Sferza, *La logica dell'azione collettiva, i beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, 1983, 27 ss. Con riferimento alle *class actions* nella letteratura statunitense v. YEAZELL, *Collective Litigation as Collective Action*, 1989 *U. Ill. L. Rev.* 43

prevalere un comportamento di apatia razionale e di passività¹⁷. E' in questo contesto, connotato da consumi ed illeciti di massa, che si inscrivono gli interventi normativi diretti a delineare strumenti e meccanismi, non solo processuali, per agevolare il risarcimento collettivo o di classe quale bene pubblico diretto alla salvaguardia della legalità e della deterrenza¹⁸.

Preso atto dell'inadeguatezza del contenzioso individuale, spetta al legislatore individuare strumenti e meccanismi collettivi risarcitori idonei a porre rimedio al fallimento delle ordinarie dinamiche processuali.

La soluzione dei problemi di azione collettiva richiede innanzitutto l'individuazione di un soggetto, l'attore collettivo, che possa avere adeguati incentivi per far emergere e per coltivare le istanze risarcitorie della classe¹⁹. La scelta dell'attore collettivo legittimato ad agire è centrale ed è strettamente connessa alla disciplina dei costi e degli incentivi delle azioni collettive che spetta al legislatore delineare ed assegnare per renderle esercitabili in concreto.

La legittimazione individuale o quella associativa, che rappresentano i due modelli di riferimento, presentano vantaggi e svantaggi che devono essere valutati e calati nelle specificità di ogni ordinamento e coordinati sia con il contesto economico e culturale, sia con i principi deontologici che regolano l'attività fo-

(1989); MACEY E MILLER, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1991); GRUNDFEST - PERINO, *The Pentium Papers: A Case Study of Collective Institutional Investor Activism in Litigation*, 38 *Ariz. L. Rev.* 559, 563 (1996); THOMAS E HANSEN, *Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis*, 87 *Nw. U. L. Rev.* 423, 427 (1993).

¹⁷ In argomento cfr. SIBONY, *A behavioural perspective in collective redress*, in *Collective Redress in Europe- Why and How?*, cit., 47 ss; L'inerzia quale comportamento preferenziale del piccolo danneggiato è stata ben evidenziata dalla Suprema Corte americana nel caso *Phillips Petroleum v. Shutts* 472 U.S. 797 (1985): «Requiring a plaintiff to affirmatively request inclusion would probably impede the prosecution of those class actions involving an aggregation of small individual claims, where a large number of claims are required to make it economical to bring suit. The plaintiff's claim may be so small, or the plaintiff so unfamiliar with the law, that he would not file suit individually, nor would he affirmatively request inclusion in the class if such a request were required by the Constitution».

¹⁸ BAKER-FREYENS, *The Economics of the European Commission Recommendation on Collective Redress*, cit., 19: "In this view a class action is essentially a public good supplied to its members by a single individual: the class representative who initiate the action".

¹⁹ Cfr. BAKER-FREYENS, *The Economics of the European Commission Recommendation on Collective Redress*, cit., 19 ss.

rense e con la concreta propensione della classe forense a ricoprire un ruolo imprenditoriale, qualora consentito.

Sempre con i problemi di azione collettiva e di apatia razionale del singolo danneggiato deve confrontarsi la scelta delle modalità di estensione soggettiva degli effetti della sentenza (ed in particolare tra l'*opt-in*, l'*opt-out*, o ulteriori sistemi alternativi) che ha indubbe ripercussioni, da un lato, sull'ammontare complessivo del risarcimento in gioco, e, dall'altro, sui rischi di abuso²⁰. In questo ambito l'analisi del comportamento dei danneggiati e le dinamiche di attivismo del gruppo possono variare in ragione della tipologia del danno, del suo ammontare e della coesione sociale e culturale della classe danneggiata.

Ogni sistema di *collective redress* deve poi affrontare il tema dei costi delle azioni e delle loro modalità di finanziamento per evitare che oneri e rischi elevati in assenza di adeguati incentivi segnino il fallimento delle azioni collettive.

L'attribuzione all'attore collettivo del potere di rappresentare una classe di danneggiati fa poi sorgere problemi di *agency* e richiede l'individuazione di strumenti che consentano un adeguato controllo dell'operato del rappresentante della classe affinché non si verifichi un disallineamento tra gli interessi del rappresentato e quelli della classe, con particolare riferimento agli accordi transattivi ed ai vantaggi per l'attore collettivo²¹.

La concreta configurazione degli strumenti di *collective redress* dipende quindi da molteplici scelte politiche di fondo, dal livello di protezione più o meno spinto che l'ordinamento vuole assegnare alle classi dei danneggiati o al danneggiate, e dalla loro coerenza con il sistema economico, culturale e giudiziario nel quale le stesse si inscrivono.

Fatte tali premesse, si può analizzare la nuova disciplina dell'azione di classe.

²⁰ Cfr. D'ORTA, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato*, cit., 196 ss.

²¹ Cfr. BAKER-FREYENS, *The Economics of the European Commission Recommendation on Collective Redress*, cit., 20 ss.

4. L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione dell'azione di classe

L'ambito di applicazione dell'azione di classe è regolato dall'art. 840-*bis*, terzo comma, che ne prevede l'esperibilità “nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività”.

Si tratta di un'azione di natura generale per quanto riguarda i soggetti danneggiati, gli illeciti rilevanti ed anche, seppur con qualche limitazione, i potenziali convenuti, individuati nelle imprese e negli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità²².

E' quindi azionabile con l'azione di classe ogni illecito posto in essere da imprese e gestori di servizi pubblici, con la sola esclusione delle persone fisiche non imprenditori (si pensi all'amministratore di società e, forse anche ai professionisti) e della pubblica amministrazione che non operi quale gestore di servizi pubblici.

L'art. 840-*bis*, primo comma, prevede che l'azione di classe è diretta a tutelare i diritti individuali omogenei, senza alcuna limitazione o restrizione soggettiva od oggettiva, come confermato anche dall'attribuzione della legittimazione ad agire a “ciascun componente” della classe. I componenti della classe potranno quindi essere persone fisiche, enti, soggetti giuridici di ogni natura, ed anche società di capitali.

I diritti individuali omogenei possono essere lesi tanto da singoli atti quanto da comportamenti istantanei o continuativi alla sola condizione che siano stati posti in essere nello svolgimento delle attività dell'impresa o dell'ente gestore del servizio pubblico o di pubblica utilità. Si tratta di una precisazione poco chiara che a prima lettura pare limitarsi a ribadire il principio generale di imputabilità di atti e comportamenti al soggetto giuridico, più che individuare una qualche restrizione tra gli atti e comportamenti posti in essere dal convenuto azionabili con l'azione di classe.

L'illecito potrà quindi avere natura contrattuale e riguardare

²² Così, con riferimento al disegno di legge approvato alla Camera, e non modificato al Senato, CONSOLO - STELLA, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in www.dirittobancario.it, 12/18, 2.

ogni contratto stipulato con i convenuti o extracontrattuale²³ e comprendere ogni comportamento riconducibile a tali soggetti nell'ambito delle rispettive attività, con la conseguente fine del monopolio consumerista degli strumenti di *collective redress*.

La nuova azione di classe generalista potrà quindi essere esercitata a tutela dei diritti non solo più dei consumatori, ma anche dei lavoratori, dei cittadini che lamentino danni ambientali, dagli investitori, dalle imprese, non solo piccole e medie e anche dagli investitori istituzionali che nell'esperienza statunitense sono tra i principali protagonisti delle *securities class actions*, ed in generale da ogni soggetto che lamenti la lesione di un proprio diritto individuale ed omogeneo a quelli di una classe di danneggiati.

Non è poi prevista alcuna restrizione con riferimento al valore individuale dei diritti omogenei vantati. Potranno quindi essere fatte valere non solo *small claims*, ma anche controversie di medio o di elevato valore²⁴.

In ogni caso, a prescindere dal diritto leso, si deve sempre trattare di pretese "omogenee". Come enunciato dall'art. 840-bis, primo comma, "i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo". L'omogeneità è poi requisito che il Tribunale deve verificare per dichiarare ammissibile l'azione ai sensi dell'art. 840-ter, quarto comma, lett. b) e che deve nel dettaglio declinare sia con l'ordinanza di ammissibilità, sia con la sentenza che accoglie la domanda che devono definire ai sensi degli artt. 840-ter e 840-sexies, lett. c) "i caratteri dei diritti individuali omogenei (...) specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe".

Il legislatore continua a non precisare la centrale nozione di "omogeneità", già impiegata all'art. 140-bis. cod. cons. (dopo l'eliminazione ad opera del d.l. 1/2012 dell'oscuro e restrittivo riferimento all'identità dei diritti), non risolvendo quindi alcuni tra i problemi applicativi già emersi con particolare riferimento al rapporto tra la parte comune e quella differenziata dei diritti

²³ Cfr. PISAPIA, *L'azione di classe: strategie difensive per le imprese potenziali destinatarie. Prime considerazioni*, in www.dirittobancario.it (7 maggio 2019)

²⁴ In argomento v. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 4 il quale rileva che "si ha la sensazione che il sommerso giudiziario, per lo meno nel nostro Paese, sia molto più esteso delle c.d. *small claims*", anche in considerazione del fatto che costi e lungaggini processuali tendono ad allontanare dal processo pretese tutt'altro che vili.

omogenei.

L'impostazione generale dell'azione di classe delineata dalla novella pare consentire un allargamento delle maglie nella valutazione di omogeneità ed il conseguente innalzamento della soglia di ammissibilità delle questioni personali²⁵. Mentre ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons., il giudizio collettivo doveva concludersi con la liquidazione del danno, con il dubbio, rivelatosi infondato, se anche il danno dovesse essere identico o omogeneo per tutti i *class members*²⁶, la nuova azione, prevedendo due fasi distinte di cui la seconda, specificamente regolata per una più accurata valutazione delle questioni personali e specifiche ai singoli aderenti, si presenta del tutto compatibile con classi di danneggiati più composite²⁷ ed anche con la loro suddivisione in sottoclassi²⁸. Mentre il singolo danneggiato potrà far valere i diritti della classe omogenei a quelli azionati con la propria domanda individuale, l'associazione o l'organizzazione rappresen-

²⁵ In senso contrario v. GIUGGIOLI, *Contano responsabilità danno e nesso causale*, in *Come cambia la class action*, in *Il Sole 24 ore*, 24 aprile 2019, 7 il quale parrebbe ritenere che la nozione di omogeneità sia più restrittiva della *commonality* statunitense. SANTOS-SUOSSO, *Il rischio di domande troppo eterogenee*, in *Come cambia la class action*, cit 3 ravvisa invece il rischio che "si concentreranno in un unico giudizio le più varie domande che, svincolate da un riferimento contrattuale, pur se relative a diritti omogenei, esigeranno scrutini maggiormente personalizzati".

²⁶ L'orientamento maggioritario emerso nell'applicazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. ha negato che sia richiesta omogeneità di tutti gli elementi costitutivi dei diritti individuali omogenei e dunque la condotta illecita, il nesso causale ed il quantum risarcitorio. L'orientamento oggi prevalente afferma che l'omogeneità tra i diritti individuali del proponente e dei potenziali aderenti vada rintracciata nell'unicità del c.d. danno-evento, non rilevando gli aspetti attinenti al c.d. danno-conseguenza, liquidabile anche in via equitativa (così nel caso *Wolkswagen*, v. Trib. Venezia, 25 maggio 2017 ove un'ampia rassegna dei precedenti). In argomento v. Cass., 30 maggio 2019, n. 14886 che ha ritenuto che "l'originario proponente ha l'onere di domandare la riparazione di un danno non patrimoniale che non sia individualizzato, ma sia fondato su circostanze comuni a tutti i membri della classe".

In dottrina, sull'argomento v. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 257 il quale, rilevato che i diritti individuali omogenei hanno una parte comune ed una differenziata, afferma che la parte comune deve coprire le questioni di fatto e di diritto necessarie per l'accertamento della responsabilità del convenuto, mentre la parte differenziata può riguardare l'estensione della responsabilità ed il *quantum* risarcitorio.

²⁷ Sul rapporto tra questioni comuni ed individuali, cfr., DONZELLI *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., 197 ss secondo il quale anche se il giudizio di classe ruota intorno alle questioni comuni deve essere affrontato, il problema della soglia di disomogeneità ammissibile ed il conseguente trattamento processuale (ivi 246). L'Autore per altro concludeva rilevando proprio (p. 258) l'opportunità di prevedere una fase diretta all'accertamento delle questioni diversificate.

²⁸ Per l'ammissibilità delle sottoclassi con riferimento all'art. 140 bis cod. cons., cfr. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 149; DI LANDRO, *Interessi dei consumatori e azione di classe*, Napoli, 2012, 132.

tativa potranno individuare la classe, e quindi i caratteri dei diritti individuali omogenei, in astratto sulla base delle allegazioni contenute nel ricorso introduttivo del giudizio²⁹, quindi con la possibilità di calibrare le richieste risarcitorie e restitutorie in maniera più ampia.

Ai sensi dell'art. 840-*sexies* la sentenza “accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei”, definisce “i caratteri dei diritti individuali omogenei”, specificando gli “elementi” ed i documenti necessari per l'inclusione nella classe.

L'obiettivo primario dell'azione di classe è certamente l'accertamento dell'illiceità della condotta (il danno evento) che deve essere unitaria o ripetuta ed idonea a danneggiare un gruppo di soggetti. Nell'accertamento dell'illiceità della condotta dovranno prevalere le questioni comuni. L'appartenenza alla classe, che deve essere identificata nella sentenza, così come ogni questione individuale o personale sono invece integralmente demandate alla fase di liquidazione.

La definizione dei caratteri dei diritti individuali omogenei ex art. 840-*sexies*, lett. c) attiene invece al danno conseguenza, ovvero all'effetto della condotta sulla sfera giuridica e patrimoniale di ogni membro della classe. Con la sentenza che accoglie la domanda il tribunale dovrà quindi individuare i requisiti per l'inclusione nella classe, la tipologia di danno risarcibile (patrimoniale, non patrimoniale), gli elementi per la sua riconducibilità alla condotta illecita e i criteri per la quantificazione.

Va infine segnalato che la novella limita l'applicabilità della nuova disciplina “alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore”, stabilita in un anno dalla pubblicazione della legge, al fine di consentire la predisposizione delle modifiche dei sistemi informativi necessari per il compimento delle attività processuali con modalità telematiche. Tale disposizione, che ricalca il principio di “irretroattività” che ha accompagnato la riforma dell'art. 140-*bis* del 2009³⁰, porrà i

²⁹ In argomento v. CONSOLO -STELLA, *La nuova azione di classe*, cit., 5: “la persona giuridica attrice dovrà pur sempre individuare tipologicamente, e farlo già nell'atto introduttivo, a pena di inammissibilità della domanda, il soggetto titolare del diritto soggettivo individuale omogeneo a tutela del quale è promossa l'azione. In difetto, mancherebbe l'oggetto stesso di giudizio”.

³⁰ Cfr. art. 49, secondo comma, l. 23 luglio 2009, n. 99: “Le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206,

medesimi dubbi di legittimità costituzionale con particolare riferimento al trattamento diseguale dei diritti conseguenti alle condotte illecite a seconda che i medesimi siano stati lesi prima o dopo il confine del 19 aprile 2020³¹. Tali dubbi paiono ulteriormente rafforzati considerato che i nuovi artt. 840-*bis* e ss, anche perché collocati nel codice di procedura civile, non creano diritti nuovi ma affiancano ai tradizionali strumenti di tutela individuale, le azioni collettive³².

Ad una prima lettura si può quindi ritenere che l'obiettivo di allargare l'ambito di applicazione dell'azione di classe sia stato raggiunto in maniera proporzionata e certamente conforme ai principi costituzionali di riferimento³³.

5. La legittimazione ad agire

Legittimati ad agire ai sensi dell'art. 840-*bis*, primo comma, sono i componenti della classe e le associazioni o le organizzazioni senza fine di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei diritti individuali omogenei lesi, purché iscritte in un elenco che dovrà essere istituito dal Ministero di Giustizia.

Si è scelta quindi una concorrente legittimazione associativa sul modello europeo ed individuale su quello americano, ovvero un *mix* tra i due modelli di riferimento. Si tratta di una soluzione originale che ha il chiaro obiettivo di rendere percorribili più modelli alternativi nell'ottica di incrementare le forme e le occasioni di accesso alla giustizia.

Bisogna preliminarmente prendere atto che la legittimazione

come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge”.

³¹ Ritiene costituzionalmente illegittima la delimitazione temporale di applicabilità dell'art. 140-*bis* cod. cons. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 183 ss. ove ampi riferimenti.

³² In tal senso si può richiamare l'art. 840-*bis* che prevede che i diritti individuali omogenei sono tutelabili “anche” attraverso l'azione di classe. La norma chiarisce quindi che il procedimento collettivo si affianca a quello ordinario di cognizione nel quale possono essere tutelati i medesimi diritti soggettivi. Ai sensi dell'art. 840-*bis*, quarto comma l'azione di classe non pregiudica il diritto all'azione individuale per i non aderenti e come precisato all'articolo 840-*undecies*, nono comma. nemmeno per gli aderenti che abbiano revocato l'adesione prima che il decreto di liquidazione sia divenuto definitivo.

³³ Così CONSOLO, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario, aprile 2019.

individuale diffusa non si fonda sull'attivismo dei singoli danneggiati i quali, non avendo interesse ad avviare un'azione individuale, di regola non hanno alcuna intenzione di sostenere i maggiori costi e rischi di un'azione collettiva³⁴. La legittimazione individuale presuppone invece l'assegnazione di specifici incentivi ai difensori della classe che sono così portati a rappresentare e ad organizzare le azioni collettive, con organizzazione e spirito imprenditoriale diretto alla massimizzazione del profitto³⁵. Ne è l'evidente riprova non solo il ruolo degli studi legali statunitensi, ma anche l'esperienza italiana nell'applicazione dell'art. 140bis cod. cons: in assenza di adeguati incentivi per i difensori della classe la maggior parte delle azioni sono state promosse in forza di un mandato conferito ad un'associazione rappresentativa dei consumatori e degli utenti e pressoché mai da attori individuali.

Il nuovo art. 840-bis attribuisce ad "associazioni" ed "organizzazioni" una legittimazione ad agire piena e non più vincolata al mandato conferito dal singolo danneggiato. L'art. 196-ter delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile delega il Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico a prevedere con decreto i requisiti per l'iscrizione nell'elenco previsto all'art. 840-bis tra i quali vengono precisati "la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate".

Il riferimento ad associazioni e a non meglio definite organizzazioni, in luogo di associazioni e comitati di cui all'art. 140-bis pare giustificato dal raccordo con la disciplina del codice del terzo settore, d.lgs 117/17 che individua diversi enti dotati di soggettività giuridica e privi di finalità lucrative³⁶. In ragione dei

³⁴ Cfr. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 65 il quale osserva che i costi ed i rischi dell'azione prevista dall'art. 140-bis cod. cons. possono rendere "evanescente" la legittimazione diretta del consumatore.

³⁵ BAKER-FREYENS, *The Economics of the European Commission Recommendation on Collective Redress*, cit., 19

³⁶ In argomento cfr. CONSOLO - STELLA, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, cit., 3 secondo i quali la nozione di organizzazione "abbraccia le onlus ma anche i sindacati e varie persone giuridiche, dalle fondazioni alle società cooperative. Persino enti ecclesiastici e confessioni religiose".

principi contenuti all'art. 196-*ter* c.p.c. può invece dubitarsi che ai comitati, ovvero enti sorti per uno specifico concreto obiettivo di tutela, possa essere generalmente riconosciuta la stabilità e la continuità delle attività.

La soluzione adottata pare prestarsi a due rilievi critici solo in parte risolvibili dall'emanando decreto ministeriale.

Innanzitutto pare inopportuno il mancato raccordo tra i vari elenchi o albi nazionali per le associazioni rappresentative degli interessi collettivi ed il nuovo elenco che dovrà essere regolato con il decreto del Ministero della Giustizia. Una volta accertata la rappresentatività di un'associazione per le attività di rappresentanza e tutela sostanziali, sarebbe forse stato coerente estenderla di diritto all'esercizio delle azioni collettive, ovvero agli strumenti per la tutela di quegli stessi diritti per i quali l'ordinamento già riconosce la rappresentatività dell'ente esponenziale.

Non viene poi chiarito se la rappresentatività delle associazioni legittimate sia accertata in via amministrativa con l'iscrizione nell'albo previsto all'art. 840-*bis*, o se invece spetti al Tribunale il quale, in sede di valutazione di ammissibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 840-*ter*, quarto comma, lett. c) deve verificare se "il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i dritti omogenei tutelabili ai sensi dell'art. 840-*bis*". Pare preferibile ritenere che tale requisito sia pensato principalmente per l'attore collettivo individuale e non per l'associazione per la quale lo scrutinio giudiziale di rappresentatività potrà tutt'al più riguardare la riconducibilità dei diritti individuali fatti valere con l'azione di classe alle finalità statutarie dell'associazione, ma non l'adeguatezza strutturale dell'ente, già oggetto di verifica amministrativa.

Ad una prima analisi della legittimazione ad agire della nuova azione di classe si può ritenere che il legislatore abbia cercato una soluzione originale che farà convivere l'esperienza dell'attore collettivo (associazioni ed organizzazioni) e la legittimazione diffusa di origine statunitense. La riforma pare chiaramente diretta a consentire il potenziale sviluppo di entrambi i modelli e del maggior numero di azioni esercitabili, con il limite forse di non differenziare alcuni tratti della disciplina per meglio calarli nel contesto dell'attore individuale o associativo.

La soluzione adottata potrà consentire una sorta di "laboratorio di analisi" degli strumenti di tutela collettiva nel quale, a

fronte di una disciplina sostanzialmente unitaria, si potranno mettere a confronto l'effettività ed i possibili abusi dell'azione collettiva individuale e di quella associativa.

6. Il procedimento ed il regime probatorio

La nuova azione di classe si articola in tre distinte fasi: (i) il giudizio di ammissibilità, (ii) la decisione della causa nel merito e (iii) la fase di liquidazione.

La struttura del procedimento pare rispondere a esigenze tra loro differenti: verificare e bloccare sul nascere azioni infondate o comunque avviate da attori inadeguati a rappresentare la collettività, velocizzare quanto più possibile il procedimento, separare nettamente le questioni comuni a tutta la classe, ed in primis l'accertamento dell'illecito e la definizione dei caratteri dei diritti individuali omogenei, da valutare nella fase di merito, dalle questioni personali e da quelle relative alla quantificazione del danno o degli obblighi restitutori che attengono invece alla fase di liquidazione.

Se la prima fase si pone in chiara linea di continuità con le scelte operate con l'art. 140-*bis* cod. cons., non v'è dubbio che la terza fase, diretta alla liquidazione del danno, rappresenti la vera novità per la tutela collettiva risarcitoria. Si tratta, forse, di un ritorno all'antico in quanto la liquidazione del danno è congeniata sulla falsa riga della prima e più risalente procedura *latu sensu* di classe, qual è l'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali, ove viene in gioco la massa (o classe) dei creditori³⁷.

L'art. 840-*quinques* contiene tre disposizioni dirette ad agevolare la gestione della fase istruttoria dell'azione di classe. Innanzitutto si prevede che “il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio”. Tale norma pare delineare ampi poteri istruttori e d'ufficio da parte del tribunale, giustificati proprio in ragione delle finalità collettive dell'azione e della necessità di un

³⁷ Ritiene che il procedimento segua opportunamente lo schema dell'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali, SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile, 2019 n. 31*, in www.judicium.it (2019), § 10.

giudizio accurato che non si limiti a recepire gli esiti del duello tra i contendenti, ma che consenta invece al giudice la ricerca della verità storica sugli illeciti a dimensione collettiva.

Sotto tale angolo visuale pare doversi leggere anche la disciplina dell'ordine di esibizione che il Tribunale può accogliere a seguito di una motivata istanza del ricorrente nella quale siano indicate le prove nella disponibilità del convenuto, sufficienti a sostenere la domanda³⁸. Come noto, la *disclosure* rappresenta uno dei profili di maggior rilievo delle *class action* americane, diretto a riequilibrare, almeno sul piano probatorio, la disparità delle armi tra attore e convenuto. Bisognerà verificare dalle prime applicazioni della novella se la disciplina speciale dell'ordine di esibizione contenuta all'art. 840-*quinques* potrà essere più efficace di quella generale di cui all'art. 210 c.p.c. spesso negata nel contenzioso individuale³⁹.

Sempre nell'ottica di facilitare gli oneri probatori dell'attore collettivo, l'art. 840-*quinques*, quarto comma precisa, con una disposizione che pare voler calare il processo in una dimensione adeguata alla sua natura collettiva, che "ai fini dell'accertamento della responsabilità del resistente il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici". Ad una prima lettura si può rilevare che il riferimento ai dati statistici quale fonte di prova potrà configurare modalità di accertamento della responsabilità del tutto nuove ed incentrate sulla natura non individuale dell'azione di classe. Si tratta certamente di una tra le principali novità della riforma che pone non semplici problemi applicativi, che dovranno essere calibrati alle specifiche caratteristiche di ogni illecito.

La fase di liquidazione del danno si apre con la chiusura della procedura di adesione e ruota attorno al ruolo del rappresentante comune della classe al quale è affidata la redazione del progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, poi sottoposto alla valutazione del giudice delegato (nominato anch'esso con la

³⁸ Analoghi poteri sono previsti dall'art. 3 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 per le azioni per il risarcimento del danno per la violazione della disciplina antitrust.

³⁹ Rileva che l'ambito di applicazione della norma è più ampio di quello di cui all'art. 210 c.p.c. in quanto l'ordine di esibizione può riguardare anche "categorie di prove" CASCIVILLA, *Rafforzata la tutela dei ricorrenti*, in *Come cambia la class action*, cit., 8. In senso critico, senza dare rilevanza alla natura collettiva dell'azione, si chiede se sia costituzionalmente corretto ammettere quali fonti di prova dati statistici ed esibizioni di prove consentite in modo esplorativo SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile, 2019 n. 31*, cit. § 6.

sentenza di accoglimento), il quale, ai sensi dell'art. 840-*octies*, quinto comma, con decreto motivato, condanna il resistente al “pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione”.

L'intenzione del legislatore di velocizzare i tempi del procedimento viene attuata mediante due previsioni: l'applicabilità del rito sommario di cognizione di cui all'art. 702-*bis* c.p.c. (l'art. 840-*ter*, terzo comma precisa che non è ammessa la conversione) e la netta distinzione tra la fase di merito e quella di liquidazione, con l'attribuzione a quest'ultima delle decisioni sulle domande di adesione, in precedenza lasciate alla sentenza collettiva ed idonee a creare un rallentamento nella decisione del ricorso. La sentenza non decide sulle domande di adesione proposte successivamente all'ordinanza di ammissibilità. La decisione che accoglie l'azione di classe deve infatti sempre contenere un capo di accertamento in ordine alla lesione dei diritti individuali dei danneggiati, specificando i caratteri dei diritti violati e gli elementi per l'inclusione di ogni singolo danneggiato nella classe che voglia avvalersi della sentenza collettiva e della procedura di liquidazione del danno disciplinata dagli artt. 840-*octies* e ss. Le uniche valutazioni individuali riguardano le domande proposte dal ricorrente persona fisica danneggiata che abbia proposto il ricorso che, come si è visto, vengono decise con la sentenza.

Senza poter in questa sede affrontare i molti profili processuali ed applicativi posti dalle nuove norme⁴⁰, la distinzione tra la fase di merito, destinata alla trattazione delle questioni comuni e quella di liquidazione, nella quale si può formare il contraddittorio sulle questioni individuali, pare apprezzabile in quanto idonea ad allargare l'ambito di applicazione dell'azione collettiva risarcitoria ai casi nei quali, pur in presenza di un medesimo illecito, gli effetti dannosi si presentino in maniera differenziata ed individualizzata per la quantificazione del danno (si pensi ad esempio ai danni conseguenti alla messa in commercio di un prodotto difettoso).

⁴⁰ Sul tema con particolare riferimento alla disciplina delle impugnazioni v. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile, 2019 n. 31, cit.*

7. L'efficacia soggettiva della decisione: il rinnovato *opt-in*.

L'efficacia soggettiva della sentenza che accoglie la domanda collettiva è uno dei profili centrali della disciplina di ogni sistema di *collective redress*. La nuova azione di classe, seguendo la linea tracciata dall'art. 140-*bis*, adotta il meccanismo dell'*opt-in*, incentrato sull'adesione del singolo danneggiato.

Come precisato all'art. 840-*bis*, quarto comma l'azione di classe non pregiudica l'avvio di azioni individuali e la sentenza di accoglimento può essere fatta valere nella procedura di liquidazione solo da coloro che abbiano aderito e non abbiano revocato l'adesione prima che il decreto di liquidazione sia divenuto definitivo nei loro confronti (art. 840-*undecies*, u.c.).

La principale differenza rispetto all'azione di classe consumérista di cui all'art. 140-*bis* cod. cons riguarda i tempi dell'adesione che è consentita non solo successivamente al superamento del filtro di ammissibilità (art. 840-*quinques*, primo comma), ma anche dopo la sentenza che accoglie l'azione di classe (art. 840-*sexies*, primo comma, lett.e)⁴¹. L'intento del legislatore è chiaramente di incentivare l'adesione all'azione di classe e di renderla possibile a risultato raggiunto (o quasi⁴²), ovvero anche successivamente all'accoglimento della domanda.

Ai sensi dell'art. 840-*quinques*, primo comma, con l'ordinanza che dichiara ammissibile l'azione di classe, il tribunale fissa un termine (tra i 60 ed i 150 giorni) per l'adesione all'azione, individuando “i caratteri dei diritti individuali omogenei” ed i requisiti per l'inclusione nella classe. Analogo provvedimento connota la sentenza di accoglimento dell'azione di classe che, ai sensi dell'art. 840-*sexies*, primo comma, lett. e) dichiara aperta la procedura, fissando un nuovo termine non inferiore a 60 giorni e non superiore a 150 per l'adesione.

Se sono chiare le intenzioni sottostanti all'apertura della procedura di adesione successivamente alla sentenza che accoglie

⁴¹ Il Libro Verde “sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori”, COM (2008) 794 def già nel 2008 suggeriva di consentire l'adesione anche dopo la sentenza pronunciata in un *test case*, cfr. par. 57.

⁴² CONSOLO, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, 2 rileva infatti che anche dopo l'accoglimento della domanda da parte del Tribunale l'aderente è sempre soggetto non solo all'alea del procedimento di liquidazione, ma anche a quella del giudizio d'appello e di cassazione.

l'azione, potrebbe invece suscitare qualche perplessità la previsione di un'adesione anticipata e di un regime con due finestre di adesione. Si consideri infatti che, ai sensi dell'art. 840-*sexies*, primo comma, lett. a), la sentenza decide solo sulle domande del o dei ricorrenti, ma non su quelle degli aderenti. Come precisato all'art. 840-*quinques*, primo comma i diritti di coloro che abbiano aderito dopo l'ordinanza di ammissibilità dell'azione "sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840-*octies*, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe. L'art. 840-*sexies*, primo comma, lett. e) precisa che con la sentenza il Tribunale può disporre l'integrazione degli atti risultata necessaria per gli aderenti iniziali.

Sulla base del nuovo quadro normativo si potrebbe infatti rilevare che l'apertura della prima finestra di adesione non risponde a specifici interessi dei potenziali aderenti che potrebbero ben attendere la sentenza, provocando invece un rallentamento dell'azione di classe compreso tra i 60 ed i 150 giorni.

A ben vedere l'adesione anticipata conserva una sua specifica funzione. Innanzitutto permette l'inclusione nella classe in un momento più vicino all'illecito; il tempo necessario per la conclusione del giudizio di primo grado potrebbe infatti disincentivare la partecipazione all'azione. Si pensi ai danni di modesta entità che richiedano la conservazione della documentazione contabile o contrattuale per dimostrare il diritto omogeneo lesa: il decorso di un periodo di tempo eccessivamente lungo dall'illecito, oltre a poter far fin dimenticare dell'esistenza dei diritti risarcitori o restitutori, può rendere difficile reperire la documentazione necessaria o consentire una corretta ricostruzione dei fatti, facendo assumere al danneggiato un atteggiamento di rinuncia. Si consideri inoltre che la promozione dell'azione collettiva non ha in sé alcun effetto interruttivo della prescrizione per la classe, come invece previsto all'art. 11 della Proposta di Direttiva⁴³, con la conseguenza che la sentenza di accoglimento potrebbe essere pubblicata successivamente al decorso del termine di prescrizione con conseguente rischio di estinzione dei diritti individuali dei potenziali aderenti. Se si considera invece che l'adesione ha gli effetti della domanda giudiziale (cfr. art.

⁴³ Cfr. art. 11: "Gli Stati Membri garantiscono che l'avvio di un'azione rappresentativa di cui agli articoli 5 e 6 abbia per effetto la sospensione o l'interruzione dei termini di prescrizione applicabili a eventuali azioni di ricorso per i consumatori interessati, se i relativi diritti sono soggetti a prescrizione ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione".

840-*septies*, sesto comma), l'attore collettivo potrà quindi avere interesse a raccogliere le adesioni anche prima della sentenza per evitare così il rischio di perdere potenziali aderenti o di raccogliere adesioni per diritti prescritti.

8. Costi e incentivi della nuova azione di classe.

Una delle critiche mosse all'impianto dell'azione di classe disciplinata dall'art. 140-*bis* cod. cons. ha riguardato gli elevati costi per promuovere l'azione collettiva e l'assenza di adeguati incentivi per l'assunzione di tali costi e dei rischi connessi⁴⁴.

In particolare si può ricordare che l'art 140-*bis*, nono comma, cod. cons. prevede che con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa "termini e modalità della più opportuna pubblicità", per agevolare la tempestiva adesione degli appartenenti alla classe, precisando che "l'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda". Nell'applicazione di tale disposizione i tribunali hanno quasi sempre disposto la pubblicazione dell'ordinanza su più quotidiani cartacei⁴⁵, addossando quindi all'attore un costo significativo⁴⁶. Per contro l'art. 140-*bis* non prevedeva alcuna disposizione speciale relativa ai costi del giudizio, ed in particolare alle consulenze tecniche ed ai poteri istruttori dell'attore collettivo. L'unica disposizione particolare riguarda la liquidazione delle spese di soccombenza per la quale è ammesso un aumento fino al triplo del compenso, altrimenti dovuto (cfr. art. 4, decimo comma, D.M 55/14).

La nuova azione di classe tiene conto di tali critiche e delinea un quadro normativo diretto, quantomeno nelle intenzioni, a ridurre i costi a carico dell'attore, a facilitare gli oneri probatori e ad inserire incentivi per la liquidazione dei compensi giudiziali per i difensori della classe. Proprio su tale profilo, la riforma, all'indomani dell'approvazione della legge, è stata criticata dalle organizzazioni imprenditoriali che hanno sottolineato il rischio

⁴⁴ Cfr. D'ORTA, *The Italian Class Action: New Paradigm or "Much Ado About Nothing"*, *Italian Law Journal* (2016), 2, 288.

⁴⁵ Si vedano le ordinanze di ammissibilità pubblicate sul sito del Ministero dello Sviluppo Economico all'indirizzo <https://www.mise.gov.it/index.php/it/mercato-e-consumatori/tutela-del-consumatore/class-action/ordinanze-class-action>

⁴⁶ Ritiene che tale onere possa rendere evanescente la legittimazione del consumatore, FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 65.

che un sistema premiale per gli avvocati della classe possa prestarsi ad abusi e ad azioni strumentali⁴⁷.

Il finanziamento delle azioni collettive è un tema centrale che va al cuore di ogni sistema di *collective redress* in quanto potenzialmente idoneo a sancirne il successo o il fallimento⁴⁸. In assenza di una disciplina speciale che consenta di far fronte ai costi ed ai rischi del giudizio con adeguati incentivi, anche economici, nessuno dei soggetti coinvolti (l'attore o *class representative*, il difensore della classe, e la classe dei danneggiati) è portato a decidere di inoltrarsi nelle terre della tutela collettiva risarcitoria.

Con riguardo ai costi dell'azione vengono innanzitutto decisamente circoscritti gli obblighi pubblicitari, individuati esclusivamente nella pubblicazione del ricorso (840-ter, secondo comma), dell'ordinanza di ammissibilità (840ter, quarto comma) e della sentenza (art. 840quinques u.c.) nel portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma". Si tratta di una disposizione certamente opportuna per la dubbia portata comunicativa delle pubblicazioni delle ordinanze sui quotidiani, la cui eliminazione può consentire agli attori collettivi di destinare le corrispondenti risorse ad altri strumenti di comunicazione. La previsione di un'area pubblica accessibile a tutti i cittadini e ai possibili attori collettivi seriali nella quale siano reperibili gli atti fondamentali dell'azione di classe (ricorso, ordinanza di ammissibilità e sentenza) e le proposte di accordi transattivi (cfr. art. 840-quaterdecies) pare rispondere ad esigenze di trasparenza ed anche di controllo sull'operato dei potenziali attori nella gestione della singola azione di classe da parte, non solo dei potenziali aderenti, ma anche degli altri potenziali attori collettivi⁴⁹. In particolare le associazioni e le altre organizzazioni legittimate potranno verificare l'idoneità delle difese svolte con il primo ricorso collettivo e decidere se promuovere una parallela azione di classe con un autonomo ricorso

⁴⁷ Cfr. La Stampa, 4 aprile 2019, intervista a Marcella Panucci, Direttore di Confindustria, "I ricorsi diventano business a guadagnarci sono i legali"

⁴⁸ Cfr. VOET, "Where the wild things are". *Reflections on the state and future of European collective redress* (2017), cit. 4.

⁴⁹ CONSOLO - STELLA, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, cit., 4 rilevano che "per ossequio alla logica della parità delle armi, ma anche per consentire ai potenziali aderenti di maturare una più consapevole scelta, meriterebbe che anche la comparsa di risposta della impresa convenuta soggiacesse al medesimo regime pubblicitario".

da depositare, a pena di inammissibilità, entro 60 giorni dall'inserimento nel portale del primo ricorso collettivo⁵⁰, come previsto dall'art. 840-*quater*, primo comma.

Per quanto attiene invece ai costi, il legislatore interviene sui compensi dovuti agli ausiliari del giudice, assegnando al convenuto l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso.

Non pare invece chiara la previsione di un "fondo spese" a carico degli aderenti. L'art. 840-*sexies*, primo comma lett. h) prevede che la sentenza di accoglimento determini "ove necessario", l'importo che ogni aderente, compresi coloro che abbiano già aderito all'azione dopo l'ordinanza di ammissibilità *ex art. 840-quinquies*, deve versare "a titolo di fondo spese", stabilendo le modalità di versamento⁵¹. L'art. 840-*sexies*, terzo comma, prevede che il giudice delegato in ogni tempo può disporre l'integrazione del fondo spese. Il mancato versamento delle somme rende inefficace l'adesione; l'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio.

Anche se solo eventuale (la sentenza determina l'importo dovuto da ciascun aderente "se necessario") l'imposizione di un fondo spese a carico degli aderenti suscita non poche perplessità in quanto non sono chiari i beneficiari e le finalità di tale imposizione che potrebbe in alcuni casi scoraggiare le adesioni.

L'eventuale imposizione del fondo spese avviene infatti a giudizio oramai concluso con una sentenza di accoglimento, con la conseguenza che non può trattarsi né dei costi per la gestione del giudizio (che è ormai terminato e che seguirà le disposizioni generali e speciali sulle spese di lite), ma nemmeno di quelli di soccombenza, stante l'esito favorevole per la classe dei danneggiati. In assenza di alcuna disposizione speciale sulla devoluzione di tale fondo, pare difficile ricondurne la previsione anche alla fase di liquidazione del danno, considerato che il compenso

⁵⁰ Proprio per agevolare il controllo da parte dei potenziali attori collettivi l'art. 196-*bis* disp. att. c.p.c. prevede che "Il portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia deve inviare all'indirizzo di posta elettronica ordinaria o certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato, ad ogni interessato che ne ha fatto richiesta e si è registrato mediante un'apposita procedura, un avviso contenente le informazioni relative agli atti per i quali le disposizioni del titolo VIII-bis del libro quarto del codice prevedono la pubblicazione. La richiesta può essere limitata alle azioni di classe relative a specifiche imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, anche prima della loro proposizione".

⁵¹ L'art. 840-*septies*, secondo comma, lett. l) prevede che la domanda di adesione debba contenere la dichiarazione di aver provveduto al versamento del fondo spese.

dovuto al rappresentante comune degli aderenti è già specificamente regolato dall'art. 840-*novies*.

Gli incentivi per la proposizione dell'azione di classe sono disciplinati all'art. 840-*novies* rubricato "spese del procedimento". Tale disposizione prevede innanzitutto che con il decreto che accoglie le domande di adesione il giudice delegato condanni il resistente a corrispondere uno specifico compenso dovuto al rappresentante comune degli aderenti calcolato sulla base di scaglioni suddivisi per il numero degli aderenti con l'applicazione di una percentuale progressivamente decrescente (dal 9% allo 0,5%), calcolata sull'importo complessivo dovuto⁵².

L'art. 840-*novies*, sesto comma, prevede che il giudice delegato, con il decreto con il quale accoglie le domande di adesione, condanna il resistente al pagamento a favore del difensore del ricorrente originario, e di quelli che abbiano successivamente avviato identiche azioni riunite, di un "compenso premiale" determinato con le stesse modalità previste per la remunerazione del rappresentante comune degli aderenti. Trattandosi di un compenso premiale, pare corretto ritenere che ai difensori dei ricorrenti spetteranno anche le ordinarie spese di soccombenza liquidate ai sensi dell'art. 91 c.p.c., con l'aumento fino al triplo, come previsto dall'art. 4 D.M. 55/2014.

La concreta quantificazione dei compensi spettanti ai difensori e al rappresentante comune dipenderà quindi da due parametri: il numero degli aderenti per l'individuazione dello scaglione applicabile e l'ammontare complessivo dovuto a tutti gli aderenti per il calcolo della percentuale prevista. Mentre il secondo elemento può dipendere dalla natura e dalla tipologia dell'illecito collettivo, e quindi dalla scelta operata in origine dal ricorrente, il numero degli aderenti dipende dal successo

⁵² Cfr. art. 840-*novies*: "Con il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti, a titolo di compenso, un importo stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva: a) da 1 a 500, in misura non superiore al 9 per cento; b) da 501 a 1.000, in misura non superiore al 6 per cento; c) da 1.001 a 10.000, in misura non superiore al 3 per cento; d) da 10.001 a 100.000, in misura non superiore al 2,5 per cento; e) da 100.001 a 500.000, in misura non superiore all'1,5 per cento; f) da 500.001 a 1.000.000, in misura non superiore all'1 per cento; g) oltre 1.000.000, in misura non superiore allo 0,5 per cento.

Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Le percentuali di cui al primo comma possono essere modificate con decreto del Ministro della giustizia".

dell'azione e dalle conseguenti iniziative di comunicazione dirette a far affluire un elevato numero di adesioni.

Il regime delle spese del procedimento così delineato presuppone quindi l'attivismo di almeno uno tra i soggetti potenzialmente interessati, che dovrebbe coincidere con il destinatario dei benefici e degli incentivi, ovvero i difensori e il rappresentante comune degli aderenti. Non è tuttavia scontato che tali soggetti potranno effettivamente interpretare tale ruolo in quanto i loro margini d'azione dovranno necessariamente fare i conti con i principi deontologici ai quali sono tenuti i difensori e con la qualifica di pubblico ufficiale del rappresentante comune.

Si potrà in particolare porre il problema se l'avvocato possa legittimamente svolgere attività quali ricercare il cliente danneggiato che si presti ad assumere le vesti del ricorrente collettivo, assumersi l'impegno a tenere indenne il ricorrente dalle spese e dai costi, anche di soccombenza e di CTU, avviare e gestire il giudizio, sollecitare le adesioni e quindi pubblicizzare l'azione. La previsione della legittimazione individuale, unita al riconoscimento di un compenso premiale per l'avvocato, calcolato sul numero complessivo di adesioni, presuppone che tali attività siano poste in essere dal difensore dell'attore collettivo che dovrebbe così assumere un ruolo imprenditoriale nella gestione della causa, anticipando i costi e sostenendo i rischi in vista dei ritorni economici. Resta però da verificare se, in assenza di alcuna specifica disposizione, la natura delle azioni collettive possa rendere tali attività compatibili con i principi deontologici che regolano l'attività forense. Vietare ai difensori tali attività rischierebbe infatti di rendere del tutto evanescente la legittimazione individuale che pare essere uno dei punti centrali della nuova disciplina.

Da un diverso angolo visuale, si può invece osservare che l'assegnazione degli incentivi ai soli difensori, e non anche all'attore collettivo associativo, non pare ben coordinata con la decisione di attribuire la legittimazione attiva anche alle organizzazioni rappresentative. Se in presenza di un attore individuale è sempre il difensore della classe il vero propulsore e protagonista dell'azione, la situazione è certamente diversa quando ad agire sia un'organizzazione rappresentativa che non è destinataria di alcun beneficio nonostante i costi e i rischi da sostenere.

Si consideri del resto che la nomina del rappresentante comune degli aderenti è attribuita discrezionalmente al tribunale, senza che sia previsto alcun ruolo dell'organizzazione rappresentativa ricorrente, come sarebbe forse stato opportuno per attribuire tale forma di incentivo al propulsore dell'azione e non ad un professionista terzo.

Non paiono nemmeno puramente astratti i rischi di *free riding* in quanto il compenso premiale è dovuto a tutti i difensori dei ricorrenti e viene liquidato a prescindere dalle adesioni singolarmente raccolte, con la conseguenza che alcuni danneggiati o enti rappresentativi (o forse per entrambi i loro difensori), potrebbero decidere di rimanere inerti, di non raccogliere le adesioni, nella speranza di poter sfruttare passivamente ed opportunisticamente l'operato degli altri, più seri, ricorrenti.

Alla luce delle considerazioni che precedono non pare corretto ritenere che la novella attribuisca agli avvocati della classe compensi eccessivi o inopportuni. Il rischio è forse quello di una loro non ottimale allocazione.

8. *Small e non viable claims*, un'occasione persa?

La decisione di sottoporre ogni illecito seriale lesivo di diritti individuali omogenei di serie al meccanismo dell'adesione pare essere il profilo di maggiore criticità della riforma che non tiene conto dell'eterogeneità degli illeciti collettivi per le caratteristiche della classe⁵³ o per la tipologia dell'illecito⁵⁴, e soprattutto delle dinamiche comportamentali dei danneggiati, connotate dai

⁵³ Cfr. COFFEE, *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 *University Chicago Law review* (1987) 904 il quale individua tre categorie: (i) le azioni che possono essere avviate dai singoli danneggiati anche senza la class action (“marketable”) per le quali è più intenso il potere di controllo del singolo cliente sull'operato dell'avvocato e l'interesse ad esercitare l'*opt-out*; (ii) quelle “unmarketable” che, per il modesto valore individuale delle pretese, non verrebbero avviate in assenza dell'azione di classe e per le quali i poteri di controllo dell'attore sull'avvocato e l'interesse all'*opt-out* sono pressoché inesistenti; (iii) le azioni che presentano un *mix* delle altre due categorie e vedono quindi una classe eterogenea che può far sorgere conflitti di interesse tra sottogruppi appartenenti alla classe con particolare riferimento agli accordi transattivi ed alla liquidazione del danno.

⁵⁴ Come si è rilevato in precedenza, la nuova disciplina e la previsione di una specifica procedura di liquidazione del danno paiono consentire l'esperibilità dell'azione di classe non solo per quelle pretese con un elevato tasso di omogeneità per le questioni comuni a tutti i danneggiati (si pensi ad esempio alla richiesta di restituzione di commissioni illegittime), ma anche per quelle connotate da più marcate questioni di fatto o di diritto di natura individuale e personale, quali i casi di danni alla persona.

problemi di azione collettiva⁵⁵ che si acquiscono per i gruppi latenti, ovvero disomogenei⁵⁶.

La soluzione adottata si ispira apertamente al sistema francese che a partire dal 2014, con la loi 14 ottobre 2015, n. 2015-1268, ha consentito l'adesione all'azione successivamente alla sentenza di accoglimento⁵⁷. Il legislatore si mantiene però rigidamente nei binari dell'adesione, nonostante lo stesso sistema francese, altri Stati Membri e la Proposta di Direttiva abbiano messo in discussione l'efficacia dei sistemi di *opt-in* puri⁵⁸. Dopo una netta presa di posizione ad opera della Raccomandazione dell'11 giugno 2013 della Commissione che individuava quale regime di *default* quello dell'adesione⁵⁹, sono emersi in alcuni ordinamenti approcci diversi che consentono che la scelta tra l'uno e l'altro sistema sia determinata in ragione delle specifiche caratteristiche del caso concreto. Su questa linea pare conformarsi anche la proposta di Direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori pubblicata nell'aprile 2018⁶⁰, la quale anche per l'eterogeneità delle discipline nazionali, è connotata da un'elevata flessibilità.

⁵⁵ Sui problemi di azione collettiva v. *supra* § 3 anche per riferimenti.

⁵⁶ Secondo OLSON, *La logica dell'azione collettiva*, cit., 56 ss. sono privilegiati i gruppi in cui vi sia almeno un componente che dall'azione collettiva possa trarre benefici maggiori dei costi necessari per attivarsi individualmente. Sono invece latenti quei gruppi in cui nessun soggetto sia in grado di trarre dal proprio intervento benefici maggiori rispetto ai costi affrontati per procurare il bene collettivo. Tra le due categorie se ne inserisce una terza, i c.d. «*intermediate groups*» in cui nessun singolo componente ha incentivi sufficienti per attivarsi individualmente, se on in presenza di una collaborazione con gli altri componenti del gruppo. Le difficoltà di coordinamento possono tuttavia essere un ostacolo insormontabile in presenza di gruppi poco coesi relativamente ai quali l'aggregazione comporta costi transattivi eccessivamente elevati. In argomento v. anche GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 110 ss. il quale definisce i gruppi latenti come «classi olistiche» contrapposte a quelle «discrete».

⁵⁷ Per un esame delle questioni emerse in sede di prima applicazione della legge francese v. BIARD, *Sale temps pour l'action de group... la nécessaire recherche d'outils alternatifs por résoudre les litiges de masse*, in *Revue Lemy Droit Civil*, 157, 2018, 21 ss.

⁵⁸ In argomento cfr. BERTOLINO, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim dir. proc. civ.*, 2016, 475.

⁵⁹ Cfr. parr. 21-24 della Raccomandazione: «la parte ricorrente dovrebbe essere costituita sulla base del consenso espresso delle persone fisiche o giuridiche che pretendono di aver subito un pregiudizio (principio dell'adesione o dell'*opt-in*). Qualunque eccezione a tale principio, ex lege, o prevista mediante provvedimento del giudice, dovrebbe essere debitamente giustificata da motivi di buona amministrazione della giustizia».

⁶⁰ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 11 aprile 2018, COM (2018) 184 final (di seguito anche la proposta di direttiva).

8.1. *Opt-in* e *opt-out*: le più recenti tendenze evolutive in Europa.

Il Consumer Rights Act inglese approvato nel 2015⁶¹ attribuisce al giudice il potere di stabilire quale sia il meccanismo di inclusione dei soggetti (*opt-in*⁶² o *opt-out*⁶³) più adeguato al caso concreto. Nell'effettuare tale scelta il giudice deve valutare se, avendo riguardo a tutte le circostanze, ivi incluso l'ammontare stimato del danno per ciascun membro della classe, l'*opt-in* sia una scelta praticabile⁶⁴. Tali poteri sono controbilanciati dalle prerogative di controllo della Corte in ordine all'opportunità di azionare un procedimento collettivo ed alla capacità del *class representative* di curare gli interessi dei *class members*⁶⁵.

Anche in Belgio la legge 28 marzo 2014, n. 25 ha introdotto nel *Code de droit économique* “*l'action en réparation collective*” che, come il Consumer Rights Act britannico, segue un modello flessibile⁶⁶. Il giudice può infatti decidere quale sia il meccanismo di inclusione dei singoli danneggiati che meglio si

⁶¹ Cfr. Consumer Rights Act 2015, section 47B (7)A “Collective proceedings order must include the following matters:(a) authorisation of the person who brought the proceedings to act as the representative in those proceedings, (b) description of a class of persons whose claims are eligible for inclusion in the proceedings, and (c) specification of the proceedings as opt-in collective proceedings or opt-out collective proceedings”

⁶² Cfr. Consumer Rights Act 2015, section 47B (10)“Opt-in collective proceedings” are collective proceedings which are brought on behalf of each class member who opts in by notifying the representative, in a manner and by a time specified, that the claim should be included in the collective proceedings”.

⁶³ Cfr. Consumer Rights Act 2015, section 47B (11)“Opt-out collective proceedings” are collective proceedings which are brought on behalf of each class member except (a) any class member who opts out by notifying the representative, in a manner and by a time specified, that the claim should not be included in the collective proceedings, and (b) any class member who (i) is not domiciled in the United Kingdom at a time specified, and (ii) does not, in a manner and by a time specified, opt in by notifying the representative that the claim should be included in the collective proceedings”.

⁶⁴ Cfr. Rule 79 (3) CAT rules 2015: “In determining whether collective proceedings should be opt-in or opt-out proceedings, the Tribunal may take into account all matters it thinks fit, including the following matters additional to those set out in paragraph (2)— (a) the strength of the claims; and (b) whether it is practicable for the proceedings to be brought as opt-in collective proceedings, having regard to all the circumstances, including the estimated amount of damages that individual class members may recover”.

⁶⁵ Cfr. MULHERON, *Recent United Kingdom and French Reforms of Class Actions: an Unfinished Journey*, in Lein et al, *Collective redress in Europe. Why and How?*, cit., 97 ss; GERADIN, *Collective redress for antitrust damages in the European Union : is this a reality now ?*, in George Mason Law Review, 2015, 1079, 1100.

⁶⁶ Sulla disciplina belga v. Nowak, *The New Belgian Law on Consumer Collective Redress*, in Lein et al, *Collective redress in Europe. Why and How?*, cit., 169 ss.

adatta al caso concreto, se di *opt-in* o di *opt-out*. L'*opt-in* rimane, tuttavia, l'unica opzione per i consumatori non residenti in Belgio e qualora il giudizio abbia ad oggetto il risarcimento di danni alla persona o danni morali⁶⁷.

In Francia la legge del 17 marzo 2014 ha introdotto la nuova "action de groupe", che ha sostituito *l'action en representation conjointe*, introdotta nel 1992 e rivelatasi fallimentare.

L'*action de group* può essere esercitata nelle forme ordinaria e semplificata⁶⁸. L'azione ordinaria alla quale si è apertamente ispirata la nuova disciplina italiana prevede che l'adesione possa essere successiva alla sentenza che decide il merito dell'azione collettiva⁶⁹. L'azione di gruppo semplificata è invece esercitabile qualora l'identità e il numero dei consumatori danneggiati sia conosciuto, e il pregiudizio da essi subito sia identico⁷⁰. In tale ipotesi il giudice può decidere di condannare l'impresa a indennizzare direttamente i singoli consumatori, condannando il convenuto a comunicare loro la decisione affinché possano accettare l'indennizzo accordato nella sentenza collettiva⁷¹.

Si tratta di un'azione che prescinde dal tradizionale *opt-in* e si basa su un meccanismo (diverso anche dall'*opt-out*) in forza del quale i consumatori possono beneficiare di un risarcimento del danno già accertato anche nel *quantum* in un processo che si è

⁶⁷ Cfr. Articles XVII. 42 et 43 Code de droit économique.

⁶⁸ La disciplina dell'*action en representation conjointe* originariamente prevista agli artt. 420-1 del *cod. de la consommation* è ora collocata agli artt. L 623-1 – 623-13, l'*action en representation conjointe simplifiée* agli artt. L 623-14 – 623-17.

⁶⁹ Cfr. art. L 623-8: "Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui. Il détermine les modalités de cette adhésion et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel ou par l'intermédiaire de l'association ou de la personne mentionnée à l'article L. 623-13".

⁷⁰ Cfr. art. L 623-14: "Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe".

⁷¹ Cfr. art. L 623-15: "Préalablement à son exécution par le professionnel et selon des modalités et dans le délai fixés par le juge, la décision mentionnée à l'article L. 623-14, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation, fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision.

svolto senza la loro partecipazione⁷². L'azione semplificata, seppur inquadrata tra i meccanismi di *opt-in*, non prevede l'adesione del danneggiato ad un giudizio avviato da terzi, ma la dichiarazione di volersi avvalere della sentenza collettiva, attività per altro necessaria per poter ricevere l'indennizzo liquidato.

La vera linea di confine con il sistema di *opt out* riguarda piuttosto la posizione del convenuto che, in caso di sentenza di rigetto o di accoglimento solo parziale della domanda, non può opporre la decisione a sé favorevole ai consumatori che non abbiano dichiarato di accettare la proposta i quali, pur non potendo beneficiare della sentenza collettiva, possono agire con un'ordinaria azione individuale⁷³.

In Norvegia la decisione sul meccanismo di estensione soggettiva degli effetti della sentenza è rimesso alla discrezionalità del giudice il quale deve riservare il meccanismo di *opt-out* a quelle controversie con pretese talmente modeste che non sarebbero fatte valere con azioni individuali⁷⁴.

In Danimarca⁷⁵ il legislatore ha individuato una somma limite al di sotto della quale si presuppone che i danneggiati non agiscano individualmente, con conseguente ammissibilità del meccanismo dell'*opt-out*.

8.2. La Proposta di Direttiva della Commissione Europea di aprile 2018.

⁷² Cfr. MULHERON, *Recent United Kingdom and French Reforms of Class Actions: an Unfinished Journey*, cit., 102.

⁷³ Cfr. Article R623-14, introdotto dal Décret n. 29 juin 2016, 2016-884: "Les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas exprimé leur acceptation dans le délai et selon les modalités fixés par le juge en application des dispositions de l'article L. 623-15 et dans les conditions prévues par l'article R. 623-13 ne sont plus recevables à demander leur indemnisation dans le cadre de l'action de groupe et ne sont pas représentés par l'association requérante". Il Conseil Constitutionnel, Décision n. 2014-690 13 mars 2014 ha affermato la legittimità dell'azione di gruppo in quanto non preclusiva delle azioni ordinarie, cfr. § 18: "qu'aucune des dispositions contestées ne limite le droit des parties à l'instance d'exercer les voies de recours selon les règles de la procédure civile".

⁷⁴ Cfr. Norwegian Dispute Act del 17 giugno 2005, n. 90, richiamato da BERTOLINO, *L'« opt-out » nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, cit.

⁷⁵ Cfr. Denmark administration of Justice Act, del 28 febbraio 2007, n. 181, richiamato da BERTOLINO, *ult. op. cit.*

La proposta di direttiva presentata ad aprile 2018⁷⁶, prendendo atto del variegato quadro legislativo dei diversi Stati Membri, segna un chiaro ripensamento del modello dell'*opt-in* quale configurazione di *default* dell'azione di classe raccomandata agli Stati Membri. In linea con la Raccomandazione del 2013 la legittimazione ad agire non è riconosciuta ai singoli appartenenti alla classe ma ad enti legittimati senza fine di lucro, costituiti secondo la legge degli Stati Membri, per la tutela delle disposizioni del diritto dell'Unione contemplate nella direttiva. In particolare l'art. 4, terzo comma prevede che in ogni caso gli Stati membri debbano garantire che le associazioni dei consumatori e gli organismi pubblici indipendenti siano riconosciuti quali enti legittimati.

L'art. 6, primo comma, consente espressamente che gli Stati membri possano disciplinare le azioni rappresentative risarcitorie o di accertamento prescindendo da un mandato, quale l'adesione dei singoli consumatori danneggiati.

La proposta di Direttiva (art. 6 secondo e terzo comma), con un approccio pratico e nella consapevolezza della diversità degli illeciti collettivi, distingue tra procedimenti complessi per i quali gli Stati Membri possono consentire provvedimenti di accertamento o di condanna generica qualora la quantificazione del danno possa presentare elementi di complessità per la diversificazione della classe e del danno, e procedimenti destinati a concludersi necessariamente con un provvedimento di condanna. Parrebbe quindi riconoscersi che, per consentire un'ampia tutela degli interessi collettivi, i meccanismi di *collective redress* possano assumere configurazioni variabili conseguenti al rapporto tra questioni comuni alla classe ed individuali ad ogni singolo danneggiato.

In particolare l'art. 6, terzo comma lett a) prevede che il provvedimento debba essere necessariamente di condanna specifica, e non generica o di mero accertamento, quando i soggetti danneggiati siano identificabili ed abbiano subito "danni comparabili provocati dalla stessa pratica relativa a un periodo di tempo o a un acquisto". In queste situazioni, che potremmo definire ad omogeneità marcata, si precisa che il mandato del singolo danneggiato non costituisce condizione per avviare l'azione, con

⁷⁶ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 11 aprile 2018, COM (2018) 184 final

conseguenti ampi margini di discrezionalità degli Stati Membri nella concreta configurazione dell'azione collettiva.

Per assicurare l'effetto di deterrenza, anche a prescindere dall'effettivo risarcimento dell'illecito, per i danni di piccola entità relativamente ai quali non sarebbe "proporzionato" ripartire il danno tra gli aventi diritto, l'art. 6, terzo comma lett. b) impone agli Stati Membri di consentire un'azione collettiva risarcitoria che, oltre a non richiedere il mandato del singolo danneggiato, consenta la destinazione dell'indennizzo ottenuto a finalità pubbliche per la tutela dei consumatori.

8.3. Un caso emblematico: la fatturazione a 28 giorni e l'intervento dell'Agcom.

Un caso emblematico che può consentire di valutare l'effettività degli strumenti collettivi risarcitori si è presentato di recente con riguardo alla vicenda della fatturazione a 28 giorni dei servizi di telefonia fissa.

L'Autorità Garante delle Comunicazioni con la Deliberazione 121/17/CONS ha vietato agli operatori della telefonia fissa di offrire contratti con rinnovo e fatturazione per periodi inferiori al mese. Tutte le principali compagnie telefoniche nei mesi precedenti avevano infatti modificato le proprie condizioni contrattuali prevedendo il rinnovo e la fatturazione ogni 4 settimane o 28 giorni a fronte del medesimo prezzo unitario per periodo di rinnovo. Nonostante il divieto introdotto dall'Agcom, tutte le compagnie coinvolte hanno impugnato la Deliberazione 121/17/CONS ritenendola illegittima e hanno continuato ad applicare periodi di rinnovo e fatturazione ogni 28 giorni fino al mese di aprile del 2018, momento nel quale è entrato in vigore analogo divieto previsto dalla legge 172/2017. Il TAR Lazio ha respinto i ricorsi presentati dalle compagnie⁷⁷. L'applicazione delle condizioni contrattuali è stata inibita anche dal giudice civile che, ai sensi dell'art. 140 cod. cons., ha accertato la contrarietà del comportamento agli interessi collettivi dei consumatori, imponendo una serie di misure ripristinatorie informative, dirette tra l'altro a comunicare alla collettività dei consumatori i

⁷⁷ Cfr. Tar Lazio, 7 febbraio -14 maggio 2018 n. 5313; Tar Lazio, 7 febbraio -4 maggio 2018 n. 4586; Tar Lazio, 7 febbraio -22 marzo 2018 n. 3261.

diritti restitutori conseguenti all'illecito⁷⁸.

Tale vicenda rappresenta un tipico ed emblematico caso di *small e non viable claims*: la condotta ha coinvolto tutti i clienti delle compagnie, titolari di utenze telefoniche fisse, ovvero milioni di consumatori, con un danno collettivo di rilevante entità che può essere stimato in circa un miliardo di euro, ma con un danno individuale contenuto, che può essere mediamente quantificato in circa 30 euro, pari all'8,5% di quanto corrisposto per il servizio nel periodo giugno 2017 – aprile 2018. Si tratta certamente di un illecito connotato da un elevato grado di omogeneità delle posizioni lese che potrebbe essere fatto valere con l'azione di classe prevista all'art. 140-*bis*, e che, in assenza del regime transitorio, sarebbe astrattamente azionabile anche ai sensi dell'art. 840-*bis*. Per un illecito con queste caratteristiche il regime dell'*opt-in* appare in concreto inidoneo a consentire un risarcimento del danno pari, o comunque vicino, al profitto illecito. Pare infatti poco realistico che milioni di cittadini si attivino, spendano tempo e risorse, pur modeste, per recuperare qualche decina di euro. In simili casi l'apatia razionale ed il rapporto costi benefici determinano indubbiamente un generale comportamento passivo dei consumatori danneggiati.

A fronte di tale situazione l'Agcom è intervenuta con strumenti di *public enforcement* che sembrano idonei a consentire un adeguato ristoro collettivo. In particolare l'Autorità ha imposto alle compagnie di posticipare la fatturazione per un numero di giorni pari a quelli erosi dall'anticipata fatturazione a 28 giorni⁷⁹. Senza poter in questa sede ripercorrere nel dettaglio la saga giudiziaria che da due anni vede contrapporsi l'Agcom e le

⁷⁸ In questo senso si sono espressi il Tribunale di Milano con tre ordinanze cautelari (Trib. Milano, 13 marzo 2018) confermate in sede di reclamo (Trib. Milano 4 giugno 2018) ed il Tribunale di Ivrea (Trib. Ivrea, 29 marzo 2018, confermata da Trib. Ivrea, 23 novembre 2018).

⁷⁹ Con quattro distinte delibere nn. 112-115/18/CONS l'Agcom ha diffidato le compagnie a sterilizzare gli effetti della fatturazione a 28 giorni, facendo venir meno <<in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese gli effetti dell'illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente alla data del 23 giugno 2017. La data di decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese dovrà pertanto essere posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n. 121/17/CONS, in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione>>. Con successiva deliberazione 268/18/CONS l'Autorità, accogliendo alcuni rilievi dei giudici amministrativi, ha spostato il termine per l'adempimento al 31.12.2018.

compagnie telefoniche, si può rilevare che la Delibera dell'Autorità, la cui validità è stata confermata prima dal Tar⁸⁰ e successivamente seppur nella fase cautelare dal Consiglio di Stato⁸¹, pare idonea ad assicurare un adeguato risarcimento collettivo ed il conseguente effetto di deterrenza. Innanzitutto riguarda tutta la clientela e prescinde da ogni richiesta o comportamento attivo dei soggetti danneggiati. La posticipazione della fatturazione, pur non rappresentando un ristoro monetario, ma una forma di *restitutio in integrum* o di risarcimento in forma specifica, opera infatti in via del tutto automatica in quanto le compagnie dispongono di tutti gli elementi necessari per individuare i destinatari del provvedimento, per effettuare il conteggio dei giorni erosi e per attuare la posticipazione della fatturazione.

Pur in attesa dell'imminente decisione di merito da parte del Consiglio di Stato chiamato a valutare la legittimità delle deliberazioni che impongono la restituzione dei giorni erosi, si può comunque rilevare che l'intervento dell'Agcom può rappresentare un modello di tutela nuovo e concorrente con gli strumenti di *private enforcement*, idoneo a superare molti degli ostacoli sui quali possono invece fermarsi le azioni di classe. L'azione dell'Autorità è stata infatti molto rapida e potrebbe consentire la definizione dei procedimenti amministrativi in circa due anni dall'illecito a fronte di una durata dell'azione di classe anche superiore ai dieci anni. Allo stesso tempo, come si è visto, si è trattato di un intervento altamente efficace in quanto idoneo ad indennizzare tutta la classe indipendentemente dalla necessità di un comportamento attivo dei danneggiati. Anche i costi ed i rischi di abuso paiono trascurabili proprio per la natura pubblica dell'Autorità.

8.4. Conclusioni

Per gli illeciti di massa con caratteristiche simili a quello appena descritto, nei quali il pregiudizio individuale sia contenuto, pur a fronte di un danno collettivo di rilevante entità, ovvero per le *non viable claims*, il sistema dell'adesione non consente un

⁸⁰ Cfr. TAR Lazio, 21 dicembre 2018; TAR Lazio, 8 gennaio 2019; Tar Lazio, 10 maggio 2019;

⁸¹ In tal senso si vedano le quattro ordinanze TAR Lazio, 21 maggio 2019.

efficiente risarcimento dei danni in quanto solo una minoranza dei danneggiati si attiva per agire in giudizio⁸². Il comportamento del singolo danneggiato è spesso connotato da apatia razionale (il danneggiato non affronta costi che non siano controbilanciati da risultati sperati e non pone in essere azioni dai risultati incerti⁸³), dalla tendenza all'inerzia e alla conservazione dello *status quo*, nonché dall'avversione per le perdite, idonea a neutralizzare ogni speranza di guadagni⁸⁴.

L'apatia razionale del danneggiato è in ogni caso determinante per la configurazione di entrambi i sistemi di *opt-in* e di *opt-out*. Mentre per questi ultimi l'inerzia è il fattore che segna un modesto tasso di autoesclusioni dalla classe⁸⁵, sancendone il successo, nei sistemi caratterizzati dall'*opt-in*, invece, è invece proprio l'inerzia o la conservazione dello *status quo* a decretarne la scarsa efficienza.

Se si considera che in molte di queste controversie il danno è spesso uguale per tutti i danneggiati o comunque calcolabile sulla base di criteri matematici ed il convenuto è in possesso delle informazioni necessarie per individuare i danneggiati e per quantificare i diritti risarcitori o restitutori, il risarcimento collettivo potrebbe ben prescindere dall'adesione dei singoli componenti della classe, come emerge dai più recenti interventi normativi a livello statale ed europeo in precedenza brevemente delineati. Un sistema basato sull'adesione in presenza di danni ato-

⁸² Per analoghe considerazioni con riguardo all'art. 140-*bis* cod. cons. mi sia consentito rinviare a FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., 487.

⁸³ In giurisprudenza. (App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530) si è rilevato che l'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. può essere ricondotta "a forme di facilitazione incentrate sulla collettivizzazione dei costi (oltre che dei benefici) della tutela giudiziale" specialmente per la tutela delle piccole e medie pretese che "in un sistema incentrato solo sulla tutela individuale ordinaria non giustificherebbero, proprio nel rapporto costi benefici, la deduzione davanti al giudice, da parte del singolo consumatore, di situazioni di illegittimità generalizzate ed anche gravi, ma di scarso peso economico sulla posizione del singolo".

Proprio i costi e gli oneri necessari per l'adesione possono risultare un ostacolo difficile da superare anche per aderire all'azione di classe. Si consideri il caso delle commissioni bancarie sottoposto al Tribunale di Torino (Trib. Torino, 15 giugno 2012, riformata da Cass., 15 maggio 2019, n. 12997) richiamato al § 2, nt 13.

⁸⁴ In argomento cfr. SIBONY, *A behavioural perspective in collective redress*, cit., 47 ss; D'ORTA, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato*, cit., 196 ss.

⁸⁵ EISENBERG and g. MILLER, 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', (57) *Vanderbilt Law Review*, 2004, p.1529.

mizzati e diffusi tra milioni di soggetti non può avere un adeguato effetto di deterrenza in quanto i vantaggi derivanti dall'illecito saranno comunque sempre superiori ai costi che l'impresa scorretta dovrà affrontare anche per difendersi in una *class action*⁸⁶.

Ad una prima lettura, ed in attesa delle applicazioni giurisprudenziali, pare che il modello italiano di *collective redress* possa meglio adattarsi alle *viable claims*, ovvero a quelle situazioni nelle quali l'ammontare del danno e la coesione della classe consentono una più efficiente gestione del meccanismo delle adesioni. Per questa tipologia di illeciti, si registrano significativi passi in avanti sotto il profilo dei costi, degli incentivi, della disciplina probatoria, dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione, nonché della disciplina dell'adesione e della fase di liquidazione.

Restano però sprovviste di una concreta ed effettiva tutela le *non viable claims* che non sono sottoposte a deroghe o ad una disciplina speciale che tenga in adeguata considerazione la difficoltà e la concreta impossibilità di adesioni di massa che consentano che il risarcimento del danno liquidato sia quantomeno non inferiore a quello complessivamente subito dalla classe. In definitiva proprio quello che sembra essere il terreno di elezione delle *class action* pare precluso alla nuova azione di classe generalista prevista dagli artt. 840-*bis* e ss. c.p.c.

⁸⁶ Cfr. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 3 ss. il quale rileva che, in assenza di strumenti risarcitori collettivi efficienti, l'impresa che agisca in una posizione di forza può decidere di violare i dritti altrui "con la sola accortezza di mantenere l'offesa individuale entro una soglia contenuta, tale da rendere poco allettante l'accesso alla giustizia".