



CONFINDUSTRIA

Commissione Giustizia

Camera dei Deputati

18 settembre 2018

Audizione Parlamentare



CONFINDUSTRIA

Disegno di Legge AC 791
“Disposizioni in materia di
azione di classe”

A cura di:
Antonio Matonti

Direttore Area Affari Legislativi
Confindustria

1. Premessa e valutazioni generali sulla Proposta di Legge

Illustre Presidente, onorevoli Deputati,

Vi ringrazio per l'invito a questa audizione, che ci consente di condividere con Voi alcune considerazioni e preoccupazioni sulla Proposta di legge che modifica la disciplina vigente dell'azione di classe (di seguito, anche "Proposta" o "PdL").

In un ordinamento moderno la valorizzazione della *class action* è indice di un'evoluzione sul piano giuridico e culturale: infatti, essa può agevolare la tutela di una pluralità di soggetti danneggiati da una stessa condotta illecita e realizzare obiettivi di economia processuale.

Tuttavia, l'esperienza di altri sistemi giuridici, *in primis* quello statunitense, dimostra che se la disciplina non è equilibrata, i rischi di strumentalizzazione e di insuccesso della *class action* sono notevolissimi. Rischi che aumentano in presenza di meccanismi in grado di amplificare la litigiosità, tra cui in primo luogo il riconoscimento di "premi" ai difensori delle parti che, come insegna proprio la prassi americana, possono determinare un vero e proprio *business* delle *class action*, a beneficio della classe forense, e la conseguente proliferazione del contenzioso.

Pertanto, è fondamentale che la disciplina dell'azione di classe disincentivi iniziative giudiziarie temerarie o speculative e assicuri un giudizio equo e non eccessivamente oneroso. In questo senso, è importante che l'azione non sia concepita e disciplinata come uno strumento di carattere "punitivo" nei confronti delle imprese, bensì di tutela ulteriore (e alternativo) rispetto a quelli ordinari di matrice privatistica.

Gli stessi *alert* ci giungono anche dal fronte europeo: la Raccomandazione della Commissione UE dell'11 giugno 2013 sui meccanismi di ricorso collettivo (di seguito: "Raccomandazione") suggerisce agli Stati membri di non introdurre incentivi alla litigiosità, come il riconoscimento di premi ai difensori delle parti, ovvero meccanismi di adesione all'azione non corretti. Inoltre, la Raccomandazione promuove le procedure collettive improntate a principi di correttezza, equilibrio, celerità e non eccessiva onerosità.

Equità ed equilibrio costituiscono, quindi, le basi per delineare un modello di *class action* efficace e orientato al principale obiettivo, che è di ovviare all' "apatia razionale" del soggetto danneggiato il quale, per l'esiguità del pregiudizio subito o per la sproporzione nei rapporti col danneggiante, non agirebbe in assenza di uno strumento di aggregazione processuale.

In Italia non siamo all'anno zero: dal 2010 è operativa la disciplina consumeristica (art. 140-*bis* del Codice del consumo), che delinea un modello di *class action* idoneo a tutelare i diritti dei consumatori e, al contempo, a evitare comportamenti opportunistici a danno delle imprese.

L'esperienza sta dimostrando che, dopo una prima fase di rodaggio tipico di tutte le novità normative, il *trend* di successo delle *class action* è in salita.

E non sono mancati i riconoscimenti. Sul fronte europeo, la nostra *class action* costituisce una *best practice*, tanto da essere stata uno dei principali punti di riferimento durante il dibattito che ha preceduto l'adozione della Raccomandazione del 2013. Da ultimo, anche le Associazioni dei consumatori hanno espresso apprezzamenti per lo strumento, dopo che, ad aprile 2017, è stata dichiarata ammissibile l'azione di classe promossa contro Volkswagen per il risarcimento del danno subito da coloro che hanno acquistato le automobili munite del *software* EGR (Tribunale di Venezia, ord. 4 aprile 2017).

Sulla base di queste considerazioni, Confindustria non può che manifestare la propria contrarietà a stravolgimenti del modello italiano di *class action*: migliorare il sistema con correttivi puntuali è una buona idea; non lo è affatto, invece, quella di disarticolare l'attuale impianto, come pure sembra prefigurare l'attuale versione della Proposta.

2. Valutazioni puntuali sulla Proposta di Legge

Venendo più nello specifico delle misure previste dalla PdL, **la valutazione che esprimiamo è negativa**. Infatti, pur confermando il carattere individuale e omogeneo delle posizioni tutelate e la competenza di un giudice specializzato, la Proposta stravolge l'impianto vigente dell'azione di classe e presenta una serie di criticità, che possono essere raggruppate in tre macroambiti:

- l'ampliamento dell'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo;
- le modifiche alla struttura del giudizio e, in particolare, alle modalità di adesione;
- l'introduzione di una serie di incentivi alla proliferazione dei contenziosi di classe.

Inoltre, registriamo alcuni aspetti problematici di carattere processuale, affrontati a seguire.

2.1 Ambito di applicazione

Partendo dall'**ambito di applicazione**, la PdL sposta la disciplina dell'azione di classe dal Codice del consumo al Codice di Procedura Civile (di seguito: "cpc"), trasformandola da strumento tipico della tutela consumeristica a rimedio generale di tutela di diritti individuali. Ciò determina l'ampliamento dei destinatari della tutela collettiva, individuati non più solo nei consumatori e utenti, ma anche in altri soggetti, tra cui imprese, Pubbliche Amministrazioni e associazioni di categoria.

A questo ampliamento sul fronte soggettivo si accompagna l'estensione del perimetro oggettivo di applicazione: pur confermando la necessaria individualità e omogeneità dei diritti azionabili, la PdL declina una *class action* esperibile per tutte le ipotesi di responsabilità contrattuale (in linea con la disciplina vigente) e per tutte quelle di responsabilità extracontrattuale, oggi limitate alle sole pratiche commerciali scorrette e ai comportamenti anticoncorrenziali.

In proposito, riteniamo che la *class action* debba rimanere una prerogativa del mondo consumeristico e, soprattutto, che vada confermato l'attuale perimetro oggettivo di operatività, che fa riferimento a situazioni in cui sussistono effettive esigenze, e concrete possibilità, di aggregazione processuale.

Tuttavia, specie qualora si optasse per l'estensione dell'ambito soggettivo, in conseguenza del trasferimento della disciplina nel cpc, sarebbe senz'altro necessaria, a nostro giudizio, una selezione puntuale delle posizioni tutelabili, cioè dell'ambito oggettivo. Sul punto, infatti, la PdL fa registrare un pericoloso scivolamento: l'estensione a tutte le ipotesi di responsabilità da fatto illecito consentirebbe di veicolare attraverso l'azione di classe la tutela di qualsiasi diritto individuale (es. diritto alla salute, diritto alla riservatezza) e, quindi, il risarcimento di qualsiasi danno ingiusto (es. danno all'integrità fisica, danno alla libertà individuale).

Tale circostanza comporta due rilevanti ordini di problemi.

In primo luogo, l'estensione risulta incompatibile con le finalità di economia processuale dello strumento. Infatti, ammettere la possibilità di azionare le più svariate pretese extracontrattuali finirebbe per piegare la tutela di classe all'accertamento di posizioni che richiedono valutazioni personalizzate e, quindi, non omogenee, compromettendo la *ratio* di fondo dell'istituto. In secondo luogo, essa espone le imprese - e il sistema giustizia - al rischio di un contenzioso abnorme, con conseguenze pregiudizievoli sul piano economico e reputazionale¹.

Peraltro, come anticipato, la stessa giurisprudenza ha affermato l'incompatibilità della tutela di classe con pretese che richiedono accertamenti legati ad aspetti della sfera comportamentale, psicologica o sociale dei singoli (Tribunale di Roma, ord. 13 aprile 2011; Corte d'Appello di Milano, ord. 3 maggio 2011; Corte d'Appello di Torino, ord. 23 settembre 2011). Anche la recente ordinanza sul caso Volkswagen (Tribunale di Venezia, ord. 4 aprile 2017) ha confermato

¹Rischio peraltro ancor più rilevante per lo specifico ambito del risarcimento del danno antitrust, a seguito della Direttiva 2014/104/UE, a opera del D.Lgs. n. 3/2017 sul cd. *private enforcement*, per via delle agevolazioni probatorie ivi previste. Tra queste, vale la pena richiamare: l'efficacia vincolante degli accertamenti compiuti dalle Autorità di concorrenza nazionali nel successivo giudizio risarcitorio; la valenza di prova *prima facie* degli accertamenti compiuti dalle Autorità di concorrenza di altri Stati membri dell'UE; le presunzioni in tema di trasferimento del sovrapprezzo e di quantificazione del danno.

questo approccio, non considerando tra le domande ammesse quella di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla presunta lesione dei beni ambiente e salute.

Riteniamo pertanto che, specie a fronte del paventato ampliamento dell'ambito di applicazione soggettivo, **l'ambito oggettivo della class action debba essere circoscritto alla sfera della responsabilità contrattuale** che, in linea con la natura e la *ratio* dell'istituto, consente di configurare posizioni individuali omogenee da aggregare in un'unica sede processuale.

Peraltro, anche nell'ambito della responsabilità contrattuale, meritano un'attenta riflessione le ipotesi risarcitorie riconducibili ai rapporti societari, che verrebbero ricomprese nell'ambito applicativo qualora si disancorasse l'istituto dalla sua attuale configurazione consumeristica. Sul punto, occorre considerare le caratteristiche peculiari dei contratti societari, ma soprattutto gli specifici strumenti di tutela già previsti dal diritto delle società (di tipo reale, risarcitorio e di denuncia agli organi di controllo), nonché, nel caso di emittenti quotati, l'esigenza di evitare ingiustificate alterazioni del mercato azionario. Per questo, riteniamo che dall'ambito dell'azione di classe vadano esclusi i diritti derivanti dai contratti societari.

2.2 Adesioni al giudizio di classe

Quanto al secondo macroambito di criticità, esprimiamo forte preoccupazione per le modifiche che la PdL apporta alla struttura del giudizio di classe e, in particolare, alle **modalità dell'adesione**.

Infatti, mentre oggi l'art. 140-*bis* del Codice del consumo consente di aderire all'azione solo prima dell'avvio della trattazione nel merito della causa, la PdL prevede due momenti: prima della trattazione nel merito e, in aggiunta, dopo la sentenza di accoglimento.

Questa seconda chance di aderire dopo la sentenza di accoglimento non è assolutamente condivisibile e andrebbe stralciata.

Infatti, ciò comporta anzitutto una perdurante incertezza sulle dimensioni della classe e, quindi, sull'impatto che il giudizio può avere sull'impresa, con l'impossibilità di approntare le cautele di ordine contabile necessarie a far fronte a un'eventuale soccombenza. Inoltre, la richiamata incertezza sulle dimensioni della classe limita, di fatto, la possibilità di definire in via transattiva la controversia (fino a escluderla del tutto), dal momento che anche questa opzione presuppone, per l'impresa, di poter "contare" su un perimetro certo di danneggiati aderenti.

Inoltre, un meccanismo di adesione così (dis)articolato determina, da un lato, la violazione del principio della parità delle posizioni processuali, in quanto azzera di fatto il rischio di soccombenza di coloro che sceglieranno di aderire solo dopo la pronuncia (favorevole);

dall'altro, lede il diritto al contraddittorio, poiché il convenuto avrebbe contezza del numero dei soggetti che vantano una pretesa risarcitoria solo dopo la conclusione della causa.

Da ultimo, ma non certo in ordine di importanza, è del tutto evidente il rischio di incentivare comportamenti opportunistici da parte di coloro che potranno attendere l'evoluzione della causa e valutare, in funzione dell'esito, se aderirvi o meno, vanificando nei fatti il meccanismo di *opt-in*.

A nostro giudizio, in ottica di economia processuale, **un'adesione tardiva all'azione potrebbe giustificarsi solo a beneficio di chi abbia avviato un'azione individuale nei confronti della stessa impresa e per i medesimi fatti**, con conseguente sospensione della causa in pendenza del giudizio di classe.

Al netto di questa ipotesi, è necessario mantenere l'attuale articolazione del meccanismo di adesione, che assicura ampia partecipazione al giudizio, consentendo al contempo all'impresa di stimarne il prevedibile impatto e minimizzando i rischi di comportamenti opportunistici.

2.3 Incentivi alla litigiosità

Venendo al terzo macroambito di criticità, si è già accennato all'introduzione di poderosi **incentivi alla litigiosità**, che sollevano diversi problemi di carattere economico e processuale.

Il riferimento è, in particolare, all'obbligo dell'impresa condannata di pagare un compenso di natura premiale al rappresentante comune della classe, all'avvocato dell'attore e ai difensori degli attori delle cause riunite risultati vittoriosi.

Tale compenso appare del tutto ingiustificato e connota la *class action* con caratteri punitivi nei confronti delle imprese. Si tratta di un istituto "inedito", che finirebbe per incentivare in modo distorto le azioni di classe, con effetti molto pesanti per le imprese e per il sistema giudiziario. Peraltro, esso si pone in contrasto le previsioni della Raccomandazione che, con riferimento alla definizione degli onorari degli avvocati, evidenzia proprio la necessità che essi non creino incentivi alla litigiosità.

Sul punto, occorre poi riflettere sul fatto che simili compensi "premiati" potrebbero dar luogo a quelle pratiche abusive sperimentate dal sistema statunitense, cui, non a caso, il *Class Action Fairness Act* del 2005² ha provato a porre rimedio. E ciò soprattutto alla luce delle modalità di

²Nel febbraio 2005, il *Class Action Fairness Act* ("CAFA") ha apportato alcune modifiche al modello USA di *class action*. Tra l'altro, le modifiche hanno puntato a: *i*) rafforzare la competenza federale rispetto a quella statale, riducendo la facoltà degli attori di scegliersi il Tribunale, e ciò in conseguenza delle gravi disfunzioni che si erano registrate; *ii*) facilitare la "*removal*" (eccezione di incompetenza delle corti statali); *iii*) introdurre una disciplina più rigorosa sulle transazioni e sulla ripartizione delle somme assegnate agli avvocati, al rappresentante della classe e ai membri della stessa.

calcolo del compenso premiale che, nel caso in cui il numero degli aderenti sia elevato, ovvero laddove l'importo liquidato sia significativo, consentono di raggiungere somme molto elevate³.

Ma non è tutto. L'obbligo in questione ha infatti una connotazione punitivo-remunerativa (*punitive damages* e *contingency fees*), che mal si concilia con la natura compensativa del *private enforcement* degli ordinamenti come il nostro e che la stessa UE valuta negativamente.

Pertanto, la disciplina sulle spese del procedimento andrebbe integralmente depurata da tali previsioni di carattere punitivo.

Sulla stessa falsariga valutiamo l'obbligo dell'impresa convenuta di pagare le spese, l'acconto e il compenso spettanti al consulente tecnico d'ufficio. Anche in questo caso, la PdL introduce un onere ingiustificato, che non tiene conto della natura della CTU. Essa è, infatti, una prestazione *effettuata in funzione di un interesse comune delle parti del giudizio in cui è resa* e, più in generale, nell'interesse superiore della giustizia, per cui il relativo compenso è solidalmente a carico di tutte le parti. Peraltro, la giurisprudenza fa salvo il principio della soccombenza (Cass., n. 23522/2014; n. 1023/2013; n. 1183/2012; n. 28094/2009), accollando il pagamento delle spese per la CTU alla parte soccombente.

Denotano la stessa valenza "punitiva" e di incentivo alla litigiosità le norme che consentono di riproporre l'azione di classe sulla medesima questione e nei confronti della stessa impresa a seguito di: *a)* una pronuncia di inammissibilità per manifesta infondatezza della domanda (senza alcun limite temporale), purché si verifichi un mutamento delle circostanze, ovvero vengano dedotte nuove ragioni di fatto e di diritto; *b)* dopo una sentenza di rigetto, entro un anno dalla sua pubblicazione; *c)* dopo una sentenza di accoglimento, fino al passaggio in giudicato.

Tali previsioni compromettono il **principio dell'unicità dell'azione**, che è uno dei fattori qualificanti dell'attuale disciplina, indispensabile per assicurare la razionalizzazione del contenzioso seriale e l'economia processuale tipici di una tutela di classe. Infatti, la replicabilità dell'azione nei confronti della medesima impresa espone quest'ultima al rischio di doversi difendere per lo stesso fatto illecito in plurimi giudizi di classe, vanificando qualsiasi obiettivo di deflazione del contenzioso seriale.

³Ad esempio, nel citato caso Volkswagen, qualora fosse in vigore la PdL, il compenso per il difensore e il rappresentante comune sarebbe di almeno 1.350.000 euro ciascuno, aumentabili dal giudice sino al 50%. Il calcolo è agevole considerato che, sulla base delle informazioni disponibili, la vicenda potrebbe comportare la condanna al rimborso del 15% del prezzo di acquisto del veicolo (prudenzialmente stimabile in 4.500 euro) e che gli aderenti, secondo l'Associazione dei consumatori interessata, saranno almeno 30.000. Questi ultimi, con un risarcimento medio di 4.500 euro ciascuno, determinano un valore di causa pari a 135.000.000 euro; per questi valori, la misura del compenso premiale è pari all'1%, per un importo di 1.350.000 euro.

È quindi necessario un espresso divieto alla proposizione di ulteriori azioni, per gli stessi fatti illeciti e nei confronti della stessa impresa, dopo la scadenza del termine per l'adesione. Tale divieto, già previsto dall'art. 140-*bis*, sarebbe peraltro bilanciato dalle nuove norme che assicurano un'adeguata pubblicità agli atti e ai contenuti dell'azione di classe e dalla possibilità per il singolo danneggiato non aderente di agire comunque in via individuale.

2.4 Ulteriori criticità di carattere processuale

I tre macroambiti sopra affrontati non esauriscono le criticità della Proposta. Infatti, sono di particolare rilievo alcune ulteriori questioni, prevalentemente processuali. Il riferimento è a:

1. l'eliminazione dalle voci del **filtro preliminare di ammissibilità** della **capacità del proponente di curare adeguatamente l'interesse della classe**; nel caso di *class action* avviate da associazioni o comitati, la valutazione in sede di filtro si concentra così sulla mera capacità rappresentativa. Si tratta di una scelta non condivisibile, in quanto abilita la prosecuzione del giudizio a prescindere dalla possibilità del proponente di sostenere gli oneri economici della lite. Infatti, la mera capacità rappresentativa non è un indice sufficiente per valutare l'adeguatezza finanziaria e organizzativa necessaria a far fronte ai costi della controversia, specie in caso di soccombenza. **Riteniamo quindi necessario confermare l'attuale assetto**;
2. il criterio per individuare la **competenza territoriale**, legato al foro dell'attore e non, come oggi, a quello del convenuto (tribunale del capoluogo di Regione dove ha sede l'impresa). Sebbene la Proposta confermi la scelta di una competenza specializzata, non può sottacersi il rischio di fenomeni di *forum-shopping*, visto che il foro competente per l'azione di classe è, potenzialmente, quello di ogni soggetto danneggiato. Pertanto, **andrebbe confermato l'attuale criterio di individuazione del giudice competente**;
3. l'attribuzione della **legittimazione ad agire**, in via diretta, ad associazioni o comitati. In questo modo, la PdL sembrerebbe introdurre *ex novo* un'ipotesi di legittimazione ad agire straordinaria (o di sostituzione processuale *ex art. 81 cpc*): le associazioni e i comitati, infatti, attraverso la *class action* farebbero valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui. Tale scelta, in genere motivata da particolari esigenze (es. azione surrogatoria, estromissione del garantito), ovvero dagli interessi pubblici coinvolti (es. azione civile del PM), non appare giustificata rispetto all'iniziativa di associazioni e comitati, che agiscono a difesa di interessi tutelabili, senza particolari impedimenti, anche da parte dei rispettivi titolari. Sarebbe quindi opportuno confermare quanto già previsto dall'art. 140-*bis*, **riservando alle associazioni e ai comitati un ruolo sussidiario nell'avvio dell'azione di classe, subordinato a uno specifico mandato**. In ogni caso, per arginare azione pretestuose, è necessario puntare sulla

professionalità delle associazioni e dei comitati, istituendo presso il Ministero della Giustizia un elenco di soggetti “abilitati”, in linea con quanto suggerito dalla Raccomandazione;

4. la previsione di un **regime probatorio agevolato**, che consente al giudice di avvalersi di dati statistici e presunzioni semplici per accertare la responsabilità del convenuto, nonché agli aderenti di soddisfare il proprio onere probatorio mediante dichiarazioni rese da terzi, senza che il giudice o il convenuto possano verificarne l’attendibilità. È evidente come ciò si traduca, nei fatti, in un alleggerimento dell’onere della prova, che rende la *class action* una sorta di “giudizio agevolato” piuttosto che uno strumento di aggregazione processuale. Infatti, **non vi sono ragioni legate alla natura dell’azione di classe che giustifichino una sorta di deroga** a uno dei principi cardine del nostro sistema processuale, quello secondo cui l’onere della prova è in capo all’attore; sotto altro verso, non è chiaro perché l’attore individuale debba trovarsi in situazione meno agevole, dal punto di vista dell’onere della prova, rispetto all’aderente a una *class action*;
5. la mancata previsione del **principio dell’irretroattività dell’azione**, mentre sarebbe necessario **prevedere che le nuove regole trovino applicazione ai fatti commessi dopo la loro entrata in vigore**, come peraltro avvenuto in occasione di precedenti interventi sulla disciplina dell’azione di classe. Sempre con riferimento all’operatività delle nuove norme, sarebbe opportuno **estendere da 6 a 12 mesi - dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale - il termine per la loro entrata in vigore**. Già oggi, infatti, il Portale dei servizi telematici, intorno al quale ruoterebbe l’intero funzionamento della nuova *class action*, presenta problemi di carattere operativo, per cui è concreto il rischio che alcuni passaggi cardine del procedimento collettivo si inceppino; si pensi, ad esempio, agli aspetti legati alla pubblicità dell’azione. Pertanto, considerata l’esigenza di superare le attuali carenze del Portale, nonché di assicurare un pieno ed effettivo funzionamento dello stesso anche ai fini della nuova *class action*, sarebbe opportuno posticiparne di ulteriori 6 mesi l’entrata in vigore.

In conclusione, non possiamo che ribadire le nostre preoccupazioni per l’impostazione della Proposta di legge, che connoterebbe l’azione di classe italiana con caratteri punitivi nei confronti delle imprese e non come un fisiologico, e potenzialmente virtuoso, strumento di aggregazione processuale. Per questo, il nostro auspicio è che la Camera conduca un’approfondita riflessione, volta a individuare quelle modifiche necessarie a ovviare alle numerose criticità richiamate nel corso di questa Audizione. Infine, si ricorda che l’UE ha avviato la discussione su una proposta di Direttiva che evolve i contenuti della Raccomandazione del 2013, nel contesto di un pacchetto di misure a tutela dei consumatori: esigenze di certezza ed efficienza legislativa indurrebbero ad attendere gli esiti di questo processo prima di completare la riforma della *class action*.