



CONFERENZA
CLASS ACTION: STATI UNITI, CANADA, EUROPA
Esperienze a confronto

Milano - 16 novembre 2010

Palazzo Turati - Via Meravigli 9/b - Sala Consiglio

Avv. Alessandro Benedetti
BLB Studio Legale

Dall'attenta analisi della normativa che è stata fatta sin qui, sia nel commento più "dottrinale" che ha aperto gli interventi, sia da quello più rivolto ad una pratica valutazione di ciò che è emerso in sede applicativa in questo primo anno, non si può non notare quelli che sono i profili più critici della legge in questione, e provare a dare alcuni cenni di comparazione con chi è più avvezzo di noi all'utilizzo della *class action* e parlerà in seguito.

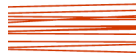
Infatti i commenti entusiastici di alcuni esponenti di primo piano della politica, all'indomani dell'entrata in vigore nel nuovo art. 140 bis del codice del consumo, forse paiono eccessivamente ottimistici e poco propensi a valutare la pluralità di filtri che la normativa contiene e che renderà difficile la vita a quei consumatori che vorranno agire con tale strumento.

A dir la verità, confrontando i diversi disegni di legge che si sono succeduti dal 2007 pare abbastanza evidente che lo strumento giuridico a disposizione dei consumatori per confrontarsi con le grandi imprese, la *class action* appunto, sia via via divenuto un'arma sempre più spuntata, sino alla versione finale che, come si è in parte già visto, è ricca di filtri e non pare essere idonea a garantire quella tutela che invece nell'esperienza americana è sempre riuscita ad assicurare, come poi ci confermeranno i colleghi presenti.

Il dato trova conferma anche se si tiene conto delle parole che mi hanno preceduto e dall'ottima analisi della prima *class action* attuata nel nostro paese, e conclusasi miseramente con un'ordinanza di inammissibilità pronunciata dal Tribunale di Torino.

Nel mio breve intervento vorrei dunque cercare di soffermarmi su alcuni di questi profili più critici, e soprattutto su quelli che più paiono allontanarci dalle esperienze nord-americane di cui sentiremo fra poco, in un'ottica quindi di comparazione di modelli, nella consapevolezza che questa è strumento anche per conoscere meglio se stessi.

1) In prima battuta ritorno brevemente sulla problematica del comma 1 e della **legittimazione ad agire**.



Questa è attribuita, nel nostro testo, a ciascun componente della classe, che quindi, in quanto singolo diviene parte processuale ed alla sua azione potranno aderire poi altri membri della classe, sempre che abbiano un interesse identico o, quantomeno, omogeneo.

Il ruolo delle Associazioni di categoria è quindi, a livello processuale, quello di meri comprimari poichè queste diventano in grado di rappresentare la classe in giudizio solo in presenza di specifico mandato conferito da un membro della classe, ma sono impossibilitate a promuovere l'azione a tutela degli interessi di una classe.

In altre parole è indispensabile che l'iniziativa vada fatta valere in nome proprio e non è possibile che, come era invece previsto nella prima bozza della legge, nell'ormai lontano 2007, possa agire un'associazione per conto di un complesso di associati, cosa che, da quel che mi risulta, è prevista nel diritto americano ed anzi costituisce uno dei punti di forza della *class action*.

A tal proposito si è parlato di scelta individualistica e di forte limitazione per le associazioni rappresentative dei consumatori.

2) Altro aspetto degno di nota ed annoverato giustamente tra i "filtri" legislativi presenti nella norma riguarda la questione dei **costi**.

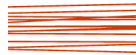
Ci si chiede cosa dovrebbe spingere un consumatore a promuovere un'azione di classe al posto di un'azione individuale laddove lamenti un danno.

Di certo agire in molti, piuttosto che da solo contro grandi multinazionali o comunque grandi imprese potrebbe sembrare più rassicurante, ma ad un'attenta analisi si vede che la nostra *class action* può essere potenzialmente (e, lo si deve dire, paradossalmente) più onerosa di un'azione individuale.

Il promotore infatti deve sobbarcarsi i costi della difesa (avvocati, consulenti), questo è ovvio, ma anche i costi organizzativi per chiamare a raccolta i danneggiati e soprattutto i costi di pubblicità con addirittura il rischio che, in caso di ordinanza di inammissibilità dell'azione il Giudice lo condanni anche ad un risarcimento del danno per aver intentato una lite temeraria come prevede l'art. 96 c.p.c. richiamato espressamente dal comma 8 dell'art. 140 bis.

In particolare sull'aspetto della **pubblicità** la legge parla chiaro: nell'ordinanza preliminare con cui il Giudice ammette l'azione, questo "fissa i termini e le modalità della più opportuna pubblicità" dell'azione per permettere l'adesione agli altri appartenenti della classe che volessero aderire e, si deve sottolineare, tale pubblicità è "condizione di procedibilità della domanda" ed è ovviamente a carico del ricorrente.

Ed anche se il ricorrente avesse conferito il mandato ad un'associazione (cosa possibile come si è detto innanzi), l'associazione non avrebbe miglior sorte.



Infatti dovrebbe anch'essa sopportare costi importanti per il processo nell'ambito però di una situazione assolutamente instabile: infatti il consumatore può sempre revocare il mandato oppure concludere una transazione¹ ricevendo vantaggi individuali ma scarsi per la collettività.

In relazione a tale problema, ma poi chiederemo conferma ai colleghi, credo ci siano poche possibilità di vedere un cambiamento della prassi con gli Studi Legali in prima linea nel promuovere le azioni di classe come avviene (forse addirittura con alcuni eccessi) negli Usa, poiché là questi sono incentivati economicamente ad ottenere un forte risarcimento, qui davvero poco.

E' ovvio che tale considerazione rientra nel più ampio discorso della bontà del cd. Patto quota lite e dei vantaggi e svantaggi che può garantire e che richiederebbe un approfondimento, ma mi pare comunque interessante fornirlo come ulteriore punto di riflessione.

3) Vengo ora ad una delle più grandi differenze che ci contraddistinguono dalla legislazione americana in materia: la scelta della clausola **cd. opt-in al posto che la cd. opt-out** di cui i colleghi saranno certamente più esperti. Vorrei provare a ragionare con voi su quale sia la *ratio* che ha portato il nostro legislatore a questa scelta così differente sia dal sistema americano che da quello canadese.

La clausola opt-in prevede che siano parte dell'azione di classe solamente coloro che espressamente aderiscono all'azione di classe con l'atto di adesione che è possibile esperire sino al termine perentorio fissato dal giudice con l'ordinanza che dichiara ammissibile l'azione.

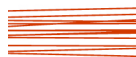
E' proprio questo il motivo per cui si richiedono idonee forme di pubblicità (a carico del ricorrente come si diceva prima): si vuole che chi appartiene alla stessa classe ed ha interessi omogenei possa proporre l'adesione per non rimanere fuori dall'azione.

Il sistema quindi richiede un comportamento attivo a chi vuole partecipare, con il rischio però di sacrificare chi ignora di essere danneggiato, chi ignora di poter agire in giudizio o chi veda come ostacolo insormontabile la necessità di redigere l'atto di adesione che seppur poco oneroso, resta comunque un atto giuridico da depositare nella cancelleria del Tribunale, cosa che, si capisce, può presentare alcune difficoltà per un medio cittadino.

Se poi si considera che sui medesimi fatti è proponibile una sola azione è evidente che molti consumatori disinformati o poco attenti alle questioni giuridico-politiche di attualità rimarranno esclusi e confinati alle azioni individuali.

Proprio per ovviare a tutto ciò i sistemi oltreoceano prevedono il meccanismo opposto,

¹ Come è noto, ex art. 1966 c.c. la transazione può esser fatta solo da chi ha la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite, e tale soggetto rimane sempre e comunque il singolo e non l'associazione che è solo un rappresentante processuale.



cioè quello cd. di opt – out per cui il giudice, durante il procedimento si trova a porre in essere l'atto di *certification*, cioè la certificazione formale della classe, la cui conseguenza più importante è l'estensione degli effetti della sentenza a tutti i soggetti che rientrano nella definizione prevista per la classe. Insomma chi è riconosciuto dal tribunale dentro la classe, anche se inerte, potrà beneficiare dei risultati positivi dell'azione, mentre chi tra i componenti della classe si ritiene critico verso l'azione o non voglia parteciparvi può esercitare il suo diritto di opt-out che impedisce il formarsi del giudicato anche nei suoi confronti.

Mi piace sottolineare inoltre in questa sede che da un lato è vero, come è ovvio, che chi esercita nel termine stabilito la scelta di rimanere fuori, successivamente non può proporre nessuna obiezione ad un eventuale accordo stragiudiziale raggiunto dalle parti, poiché proprio a seguito dell'*opt-out* essi non sono parte del giudizio sia che sfoci in una sentenza che in una transazione. Dall'altro lato però la giurisprudenza, che poi magari richiamerà il collega più nel dettaglio, ha chiarito che anche coloro che abbiano optato per escludersi dal procedimento possono opporsi all'accordo stragiudiziale se questo è fonte di pregiudizio².

Da noi l'attenzione e la partecipazione è richiesta a quei consumatori che vogliono partecipare, da loro invece a chi non voglia usufruire dei possibili vantaggi dell'azione. E' evidente che la questione è una mera scelta di politica legislativa e che la *ratio* alla base delle scelte americane e canadesi siano dettate da un maggior *favor* verso i consumatori nella volontà di non veder assottigliarsi le classi di consumatori potenzialmente danneggiati per una mera inattività o disinformazione assolutamente fisiologica.

Anzi, addirittura, ma su questo chiedo lumi al collega canadese, mi risulta che la legislazione di alcuni Stati³, in particolare la British Columbia, nell'ambito di un impianto regolato dalla clausola opt-out si permette addirittura ad alcuni consumatori non facenti parte della classe che agisce di aderire all'azione sulla base di una clausola opt-in purchè però ci sia una "*real and substantial connection*" tra i danni.

E' palese dunque, che l'aspetto relativo alle clausole opt-in ed opt-out sia forse la più grande e lampante differenza che separa la nostra legislazione da quella americana, ma, in conclusione, mi piace evidenziare un altro elemento su cui vale la pena riflettere: il dato relativo al "*triple damage*", cioè il danno punitivo.

Sappiamo infatti che le Giurie americane nell'ambito dei procedimenti relativi alle *class action* possono condannare le imprese non solo al risarcimento integrale del danno ma anche a somme molto superiori volte anche a disincentivare in futuro pratiche scorrette.

La *ratio* dei danni punitivi è ovviamente legata ad una finalità di "*enforcement*" come direbbero i colleghi americani, aspetto che nel nostro art. 140 bis sembra davvero mancare, nel senso che è assente l'idea per cui la legge sulla class action possa, e per

² Si parla di "*plain legal prejudice*", *Mayfield*, 985 F.2d at 1093.

³ In Canada non vi è una legge federale che prevede la *class action*, ma questa è regolamentata dalle leggi dei singoli Stati, nell'ambito comunque delle disposizioni federali di procedura civile.



certi versi debba, essere strumento per favorire comportamenti virtuosi da parte delle imprese.

E da questo punto di vista la strada dei danni punitivi, pur essendo, me ne rendo conto, un principio estraneo al nostro diritto civile e generatore di non pochi dubbi sul piano delle coerenze rispetto all'ordinamento, sembrerebbe essere la modalità più efficace.

Infatti, di fronte a una costante minaccia di cause di risarcimento milionarie si potrebbe registrare un generale miglioramento in termini di business ethics.

Al termine di questo breve intervento e prima di passare la parola ai colleghi stranieri ci si chiede dunque, qual è la distanza che ci separa da loro? Quanto gli Usa, patria indiscussa della class action, o il Canada, sono lontani?

Il loro strumento, si è capito, pare essere un'arma molto più forte e molto più temibile per le grandi aziende e multinazionali (anche se come ogni buono strumento si può prestare ad abusi) mentre il nostro sembra essere molto più fragile.

Tuttavia questo è ovvio e forse banale, si deve aspettare ancora qualche tempo per vedere veramente i risultati pratici di questa azione ed attendere qualche pronuncia ulteriore, come ad esempio quella sull'ammissibilità dell'azione contro l'auto-test sull'influenza discussa qui a Milano nell'udienza dello scorso 7 ottobre, per capire se la *class action* all'italiana possa davvero avere qualche utilità oppure, come nel passato, i consumatori preferiranno procedere ad intentare solo azioni individuali, sulla base dell'antico proverbio per cui "chi fa da sé, fa per tre".