

Paolo Biavati

ARGOMENTI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Quarta edizione aggiornata

AGGIORNAMENTO N. 2

29 maggio 2019

Bononia University Press

L'editore mette a disposizione sul sito www.buonline.com nella sezione **materiali didattici** i materiali e le schede di aggiornamento riferite alle novità normative e giurisprudenziali successive alla data di pubblicazione.

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
email: info@buonline.com

© 2011, 2013, 2016, 2018 Bononia University Press

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

ISBN: 978-88-6923-328-9

Impaginazione: Design People (Bologna)

Prima edizione: settembre 2011
Seconda edizione: settembre 2013
Terza edizione: giugno 2016
Quarta edizione: giugno 2018

AGGIORNAMENTO N. 2

29 maggio 2019

Le nuove disposizioni in tema di azione di classe (v. Argomenti nn. 28 e 49)

La l. n. 31 del 12 aprile 2019 ha introdotto nel codice di procedura civile il nuovo titolo VIII-*bis* del libro quarto, intitolato “Dei procedimenti collettivi”, composto dagli artt. da 840-*bis* a 840-*sexiesdecies*.

Le nuove norme sostituiscono gli artt. 139, 140 e 140-*bis* del codice del consumo e mirano a rendere più efficace il meccanismo delle azioni di classe, che, nei suoi primi dieci anni di vita (dal 2009 ad oggi), non è riuscito a radicarsi profondamente nella prassi giudiziaria. In questo modo, inoltre, si assicura al fenomeno delle azioni collettive un ruolo più centrale, come risulta dal suo inserimento nel codice, anziché in una legge speciale. Va detto che l'entrata in vigore del nuovo testo è fissata a un anno dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale (19 aprile 2020) e si applicherà agli illeciti commessi successivamente a tale data. Occorre inoltre che si attivi l'apposito portale telematico.

In queste note, si metteranno in luce i principali punti di innovazione rispetto alla disciplina previgente.

Un particolare ringraziamento va al prof. Andrea Giussani, ordinario dell'Università di Urbino, che ha avuto la cortesia di confrontarsi con me nella redazione di questi appunti, formulando preziose osservazioni.

1. L'oggetto dell'azione di classe e i soggetti legittimati

Oggetto specifico dell'azione di classe è sempre l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore dei soggetti danneggiati quando, sotto il profilo delle posizioni soggettive tutelate, esiste una pluralità di diritti individuali, fra loro omogenei (art. 840-*bis* c.p.c.). Questi diritti possono essere fatti valere individualmente, oppure a mezzo dell'adesione a un'azione di classe proposta da altri.

Tuttavia, nella nuova legge si esce dal novero delle ipotesi indicate dal vecchio art. 140-*bis*, ma ci si riferisce ad ogni situazione di diritti individuali omogenei, la cui tutela veda come controparte imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Quindi, non si tratta soltanto di consumatori, anche se i consumatori costituiscono comunque il ceto a cui meglio si applicheranno le nuove disposizioni. Ad esempio, anche un gruppo di imprese

potrebbe costituire una classe, lesa dall'agire illecito di un'altra impresa o di un ente.

La tutela può essere richiesta sia da un singolo componente della classe (attorno al quale si coagulerà il gruppo degli interessati), ovvero, più ragionevolmente, da un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, purché iscritta in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

2. La formazione della classe

I componenti della classe possono aderire o dopo la presentazione della domanda (rinunciando ad un'eventuale azione individuale), ma senza assumere la qualità di parte, oppure (e questa è un'importante novità) dopo l'emanazione di una sentenza che accolga l'azione di classe.

Come in precedenza, chi aderisce entra nella squadra e ne segue le sorti. Infatti, la sentenza che definisce il giudizio fa stato non solo nei confronti del componente della classe o dell'ente che l'ha iniziata, ma anche nei confronti degli aderenti.

Chi non aderisce, invece, non ottiene nessun vantaggio in caso di successo, né subisce alcun pregiudizio in caso di sconfitta. Tuttavia, non si possono moltiplicare le azioni di classe. In base all'art. 840-*quater*, una volta proposta una prima azione, le eventuali azioni nuove (sulla base dei medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente) sono riunite a quella già iniziata, se proposte nei sessanta giorni dalla pubblicazione del primo ricorso in un apposito portale telematico, e sono inammissibili se proposte dopo. Gli interessati hanno ovviamente la facoltà di aderire all'azione già intrapresa.

In caso di estinzione di un'azione di classe, però, una nuova azione di classe è sempre proponibile e gli aderenti possono agire individualmente. Come meglio si dirà, le transazioni o le conciliazioni fra l'attore e il resistente non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito.

Resta escluso, infine, l'intervento volontario di terzi: i componenti la classe possono scegliere se aderire all'azione promossa o mantenere in vita le azioni individuali, ma non possono agire individualmente nel quadro del processo collettivo.

3. La domanda di azione di classe e il giudizio di ammissibilità

La domanda per l'azione di classe si propone con ricorso dinanzi alla sezione specializzata in materia di impresa, competente per il luogo in cui ha sede la parte resistente (art. 840-*ter* c.p.c.). Viene superata, quindi, la più complessa individuazione della competenza prevista nel codice del consumo, con un effetto di razionalizzazione certamente apprezzabile. Se, però, la domanda si fonda sulla violazione della normativa *antitrust*, la competenza è attribuita a una delle tre sezioni specializzate individuate dal d. lgs. n. 3 del 2017, cioè quelle presso i Tribunali di Milano, Napoli e Roma.

Il tribunale fissa l'udienza con decreto. Il ricorso, insieme al decreto, è notificato alla controparte ed è pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia: ciò al fine di consentire alla platea degli interessati di valutare subito l'eventuale convenienza dell'adesione.

Il procedimento è regolato dal rito c.d. sommario di cognizione, senza possibilità di passaggio al rito ordinario, e con forti tratti di specialità. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale. Non è più previsto l'intervento facoltativo del pubblico ministero. La decisione finale è data con sentenza. Il tribunale (come nella precedente

versione) può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

Il giudizio si articola in due fasi: una sull'ammissibilità della domanda e l'altra (se la domanda è ammissibile) sul merito.

Restano sostanzialmente invariate le disposizioni sulla fase di verifica dell'ammissibilità: fase in cui finora si è arenata la maggior parte delle azioni collettive risarcitorie. Infatti, la domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili, nonché quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. La pronuncia sull'ammissibilità è data con ordinanza, reclamabile davanti alla corte d'appello competente nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio, non oltre trenta giorni dal deposito del reclamo. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale. Si ha invece una modifica in tema di spese: vengono eliminate le disposizioni punitive nei confronti di chi abbia male proposto la domanda di azione di classe e si applicano quindi le norme generali in materia.

4. Il procedimento nel giudizio di merito

Una volta dichiarata l'ammissibilità dell'azione, prende il via il giudizio di merito (art. 840-*quinquies*).

In primo luogo, si apre la possibilità per gli appartenenti alla classe di aderire: il tribunale definisce i caratteri dei diritti individuali che consentono l'adesione. Tuttavia, i singoli diritti non sono verificati subito, ma (ed è una delle novità più salienti) soltanto dopo l'eventuale accoglimento della domanda, che accerta la responsabilità del convenuto. In buona sostanza, conviene aderire dopo la decisione, a seconda dell'esito.

Il procedimento resta molto destrutturato: il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione probatoria rilevanti. Tuttavia, il nuovo testo rafforza le possibilità difensive del proponente l'azione di classe, con una significativa scelta di campo.

Così, il tribunale normalmente pone a carico del convenuto l'anticipazione delle spese di eventuali consulenze tecniche d'ufficio; può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici; può ordinare al resistente di esibire documenti rilevanti (purché il ricorrente indichi fatti e prove plausibilmente in possesso della controparte, idonei a favorire l'accoglimento della domanda) e, in caso di inottemperanza, può ritenere provato il fatto a cui la prova si riferisce (oltre a irrogare sanzioni amministrative, che sfociano nel penale in caso di distruzione di prove rilevanti).

5. La decisione e le sue conseguenze. Le adesioni successive

Il tribunale, come detto, decide con sentenza.

Il rigetto della domanda (una volta che si formi il giudicato) impedisce nuove azioni di classe, sui medesimi fatti, contro la stessa parte. Rimangono impregiudicate, seppure senza seria probabilità di successo, le eventuali azioni individuali.

E' più rilevante vedere che cosa accade in caso di accoglimento (art. 840-*sexies* c.p.c.).

In primo luogo, il tribunale decide nel merito delle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente,

se si tratta di un soggetto individuale e non di una organizzazione o di una associazione.

Il tribunale accerta, in ogni caso, la lesione di diritti individuali omogenei e ne definisce i caratteri: stabilisce, insomma, quale lesione è stata recata ai singoli componenti la classe e quali requisiti devono sussistere per definire l'appartenenza nella classe. Apre, poi, la procedura di adesione. I componenti la classe che già non abbiano aderito durante il giudizio possono farlo in questo momento e anche chi ha già espresso la propria adesione può integrare e completare la documentazione necessaria.

L'ipotesi di un'adesione successiva, dopo l'accoglimento dell'azione di classe, è stata criticata, perché è apparsa come una facile modalità di salire sul carro del vincitore. Non è però così. Intanto, la sentenza delimita con chiarezza il perimetro degli aventi diritto. Inoltre, il nuovo sistema rende la pronuncia di accoglimento alla stregua di una pronuncia pilota, in conformità alla quale i singoli componenti la classe possono fare valere i loro diritti, senza una moltiplicazione inutile del contenzioso.

In effetti, la procedura di adesione è regolata in modo severo: viene nominato un giudice delegato a gestirla e agli aderenti è nominato un rappresentante comune, che ha natura di pubblico ufficiale e che possiede i requisiti per la nomina a curatore di una procedura concorsuale. Come si può notare, il legislatore mutua alcuni tratti della normativa sulla crisi d'impresa.

L'adesione all'azione di classe, infatti, assume caratteri che ricordano l'insinuazione al passivo di una liquidazione (art. 840-*septies*). Viene attuata mediante una domanda, inserita nel fascicolo telematico della procedura, che ha gli effetti di una domanda giudiziale vera e propria (compresa, quindi, l'interruzione della prescrizione), con indicazione del *petitum* (determinazione della cosa oggetto della domanda) e della *causa petendi* (esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda di adesione). Per la domanda di adesione non è necessaria l'assistenza di un difensore.

Mentre nella precedente normazione l'aderente scendeva in campo per vincere la causa, oggi (anche se questa ipotesi non è esclusa) propone la sua domanda una volta accertata la sussistenza della lesione. Ecco allora che si svolge un procedimento che ricorda tratti dell'ammissione allo stato passivo. Il resistente (art. 840-*octies*), scaduto il termine per la presentazione delle domande di adesione, deposita, entro i successivi 120 giorni, una memoria difensiva, in cui prende posizione non sulla sussistenza della responsabilità, già accertata, ma sulla sussistenza dei requisiti in capo ai singoli aderenti. In particolare, il resistente ha l'onere di proporre tutte le eccezioni relative ai diritti fatti valere dai singoli aderenti: opera a suo carico il principio di non contestazione. Vale la pena sottolineare che altro è difendersi sul punto della sussistenza o no dell'illecito (e quindi, su un fatto sostanzialmente unitario) e altro è farlo sulle singole (forse, migliaia) domande degli aderenti. Il termine è breve e certamente la posizione del resistente condannato è scomoda.

Il rappresentante comune degli aderenti, lette le osservazioni del resistente, presenta un progetto comune (specificando, in sostanza, chi sono gli aderenti legittimati e quale risarcimento spetta a ciascuno). Su questo progetto, sia il resistente che gli aderenti possono presentare memorie, corredate da documentazione scritta (unica fonte di prova ammessa in questa fase).

Infine, il giudice delegato, con decreto motivato, condanna il resistente al pagamento di quanto dovuto ad ogni singolo aderente e che costituisce titolo esecutivo. Lo condanna anche a pagare direttamente le spese dovute al rappresentante degli aderenti e ai difensori del soggetto ricorrente, che liquida nelle modalità precisate dall'art.

840-*novies*, secondo criteri premiali in base al numero degli aderenti alla classe e all'importo complessivo dovuto alla totalità degli aderenti.

6. Le impugnazioni

La sentenza che dispone sulla sussistenza o no della responsabilità del resistente può essere impugnata nelle forme ordinarie, entro il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c. (art. 840-*decies*), sia dal resistente che da chi ha proposto l'azione di classe (ma non dai singoli aderenti, per i quali è aperta solo la possibilità di esperire la revocazione, nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c., e quindi di revocazione sia ordinaria che straordinaria, e quando la sentenza sia effetto di collusione fra le parti).

Può essere impugnato anche il decreto pronunciato al termine della fase di adesione: e ciò sia da parte del resistente che da parte del rappresentante comune degli aderenti (ma non dai singoli aderenti, che tuttavia possono revocare l'adesione finché il decreto non diviene definitivo). L'impugnazione si propone con ricorso dinanzi al tribunale competente (vale a dire quello che ha pronunciato sull'azione di classe).

L'art. 840-*undecies* precisa che il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto, a meno che il tribunale non decida diversamente, su istanza di parte, in presenza di gravi e fondati motivi.

Ora, occorre coordinare queste disposizioni, guardando alla posizione del resistente, condannato in primo grado a versare importi rilevanti ad una platea di singoli creditori e che potrebbe avere notevoli difficoltà a recuperarle in caso di vittoria in sede di impugnazione.

Se si eccettua il caso di condanna a favore del ricorrente singolo, la sentenza di accoglimento non contiene direttamente clausole di condanna e, quindi, non può essere oggetto di inibitoria ai sensi dell'art. 283 c.p.c. rispetto agli aderenti. È solo il decreto del giudice delegato (art. 840-*octies*) a dare luogo a titolo esecutivo in loro favore ed è quindi in questa sede che si colloca la possibilità di ottenere la sospensione della relativa esecutorietà.

Va detto, peraltro, che mentre nell'inibitoria comune la valutazione sulle condizioni per la sospensione (inclusa quella di un evidente errore del giudice di primo grado) spetta al diverso giudice dell'appello, qui essa è affidata allo stesso tribunale che ha pronunciato affermativamente sulla sussistenza della responsabilità.

Il procedimento di impugnazione del decreto si svolge in forme semplificate. A seguito del ricorso, viene fissata un'udienza, con termini a difesa per la parte resistente; non sono ammessi nuovi elementi istruttori, salva l'ipotesi di causa non imputabile, tale da giustificare la rimessione in termini; il tribunale provvede con decreto, che deve ritenersi suscettibile di ricorso straordinario per cassazione.

7. L'esecuzione

Come detto, il titolo esecutivo a carico del debitore non è (normalmente) la sentenza di accoglimento dell'azione di classe, ma il decreto successivo.

Il debitore può versare spontaneamente le somme e, salvo controversie di carattere distributivo, la vicenda si chiude (art. 840-*duodecies*).

In caso contrario, si avrà una normale esecuzione forzata, che verrà attuata, in forma collettiva, dal rappresentante comune degli aderenti. L'azione di classe, insomma, resta unitaria anche in sede esecutiva e non si scinde in una

pluralità di procedimenti.

Rimangono individuali, invece, le eventuali azioni esecutive del rappresentante comune e degli avvocati del ricorrente, per il recupero delle spese liquidate a loro favore.

Naturalmente, non è detto che nel patrimonio del resistente vi sia capienza. Quindi, la procedura di adesione si chiude non solo (come auspicabile) con il pieno soddisfacimento dei crediti dei singoli componenti la classe, ma anche quando ci si avveda che non si riesce ad ottenere un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti, anche in relazione ai costi da sostenere (art. 840-*quinquiesdecies*). È il medesimo criterio, già noto al nostro ordinamento in sede di espropriazione forzata comune. Rimane agli aderenti la magra consolazione di poter agire individualmente contro il resistente per la parte di credito non soddisfatta e che rischia seriamente di restare tale.

8. Gli accordi transattivi

La notevole complessità dei profili attuativi dell'azione di classe induce il legislatore a favorire la conclusione di accordi transattivi (art. 840-*quaterdecies*).

Durante la causa, il tribunale può formulare una proposta transattiva o conciliativa (analogamente allo schema dell'art. 185-*bis* c.p.c.), pubblicata sul consueto portale telematico e comunicata ad ogni aderente, il che consente lo sviluppo di un dibattito all'interno della classe sull'eventuale accettazione.

Qualora l'accordo (fra il proponente l'azione e la controparte) si concluda, i singoli aderenti possono accettarlo o no. A chi non lo accetta, rimane la possibilità di costituirsi in giudizio per coltivare l'azione di classe in luogo del ricorrente originario, ovvero, qualora decorra inutilmente il termine affinché almeno uno degli aderenti vi provveda, di esperire l'azione individuale (art. 840-*bis*, u.c.).

Anche dopo la sentenza di accoglimento, può essere conclusa una transazione fra il rappresentante comune degli aderenti e la controparte. In questo caso, si evita tutto il procedimento di verifica delle singole posizioni, sopra descritto. Uno schema dell'accordo viene pubblicato sul portale: raccolte le osservazioni degli aderenti, il giudice delegato decide se autorizzare il rappresentante comune a stipularlo. L'accordo costituisce titolo esecutivo.

Gli aderenti non soddisfatti, che abbiano presentato contestazioni all'accordo, possono privare il rappresentante comune della facoltà di stipularlo per quanto li riguarda. Per loro, la sentenza favorevole equivale a una sentenza non definitiva, con la possibilità di agire individualmente (ma ancora in sede di cognizione) per determinare il *quantum* loro spettante e ottenere una pronuncia di condanna.

Nulla dice la legge per il caso di sentenza di rigetto dell'azione di classe. Anche in questo caso, le parti possono concludere una transazione (ad esempio, per il resistente, nell'obiettivo di evitare il rischio dell'appello), ma sulla base delle regole comuni.

9. L'azione inibitoria collettiva

Il legislatore ha anche regolato in modo nuovo l'azione inibitoria collettiva, andando oltre i limiti di quanto previsto dall'art. 37 del codice del consumo (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.)

Qui non agisce il rappresentante di una classe, ma direttamente un ente (organizzazione o associazione senza scopo di lucro), i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalle condotte attive

od omissive di imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità.

Si ha dunque un semplice processo a due parti, disciplinato dalle forme del procedimento in camera di consiglio. La competenza spetta alla sezione specializzata in materia di impresa del tribunale del luogo della sede della parte convenuta.

La domanda consiste nel chiedere (anche a prescindere dal requisito dell'urgenza) la cessazione della condotta lesiva, con eventuale ordine di eliminazione o riduzione delle violazioni accertate e possibile applicazione delle misure di coazione indiretta, *ex art. 614-bis c.p.c.*

La differenza con l'azione di classe è netta, al punto tale che, se un'azione inibitoria collettiva viene proposta insieme a un'azione di classe, le due cause devono essere separate.

Sono sensibili anche le differenze con l'art. 37 cod. consumo. La nuova norma non si riferisce solo alle condizioni generali di contratto abusive, non contempla uno speciale *favor* per la tutela cautelare e conferisce la legittimazione alle sole associazioni e organizzazioni iscritte in elenco presso il Ministero della giustizia.

Le regole di cui all'art. 37 cod. consumo restano dunque applicabili autonomamente, salvo doversi ritenere *tamquam non esset* il loro rinvio all'art. 140 cod. consumo, esplicitamente abrogato dalla l. n. 31 del 2019, e quindi escluso il condizionamento della giurisdizione da parte dei relativi strumenti deflativi (e in particolare dell'onere di previa intimazione stragiudiziale di cessazione dell'illecito).

Potrà inoltre aprirsi una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per la violazione dell'art. 4 della direttiva 2009/22/Ce, in conseguenza dell'abrogazione dell'art. 139 cod. consumo, a meno che il legislatore approfitti della lunga *vacatio* della l. n. 31 (un intero anno) per ripristinare la legittimazione ad agire concorrente delle associazioni legittimate presso altri Stati membri ai fini dell'inibitoria delle violazioni intracomunitarie degli interessi collettivi dei consumatori.