

La nuova *class action* italiana. Prevenire e gestire il contenzioso. Tecniche difensive per le imprese potenziali destinatarie

n. 282/2019

1. Premessa.

1. – Con la legge n. 31 del 12 aprile 2019 è stata introdotta nell’ordinamento italiano (all’interno del libro IV codice di procedura civile) la nuova *class action*¹.

La legittimazione attiva è attribuita: **a)** a tutti i soggetti titolari di “*diritti individuali omogenei*”, tali da configurare una “*classe*”, a prescindere dalla loro posizione di consumatori o non, e **b)** a organizzazioni o associazioni di categoria senza scopo di lucro, i cui obiettivi ricomprendano la tutela dei predetti diritti e che siano iscritte in un pubblico elenco istituito presso il Ministero della Giustizia (art. 840-*bis* c.p.c.).

La legittimazione passiva è attribuita alle imprese e agli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, “*relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività*” (art.840-*bis* c.p.c.).

L’ambito oggettivo dell’azione sembra essere non solo contrattuale, ma anche quello extracontrattuale (cfr. art. 840-*bis* c.p.c.).

2. – La legge entrerà in vigore il 19 aprile 2020; pertanto le imprese potenziali destinatarie dell’azione hanno a disposizione (ormai) poco meno di un anno per organizzarsi.

Infatti la legge è di forte impatto e, per alcuni aspetti, molto invasiva per le imprese potenziali destinatarie.

Per questa ragione, come vedremo, il miglior modo per difendersi da un’eventuale *class action* è anzitutto prevenirla.

¹ Per i primi commenti alla nuova legge cfr., in particolare, CONSOLO, *La terza generazione di azione di classe fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario.it; PALMIERI, *Class Action in G.U.: nuovi orizzonti per la tutela collettiva*, in www.quotidianogiuridico.it; FALCO-DELL’ISOLA, *Un anno appena per minimizzare i rischi connessi alla nuova class action*, in www.diritto24.it; VENTORUZZO, *Anche la nuova class action non è un film americano*, in lavoce.info; PISAPIA, *L’azione di classe: strategie difensive per le imprese potenziali destinatarie. Prime considerazioni*, in www.dirittobancario.it.



2. I punti della nuova legge di maggiore impatto ovvero invasività per i potenziali destinatari dell'azione di classe.

Il procedimento si articola in tre fasi: **a)** la prima è destinata a concludersi con un'ordinanza che decide sull'ammissibilità o meno dell'azione; **b)** la seconda, ove la domanda sia dichiarata ammissibile, è definita con sentenza, avente per oggetto, in particolare, l'accertamento della lesione dei diritti fatti valere; **c)** la terza ha per oggetto la verifica delle adesioni e la liquidazione degli aderenti alla classe.

Le previsioni più rilevanti sono le seguenti:

- a)** il procedimento è sommario (senza possibilità di conversione nel rito ordinario); ciò rischia peraltro di rendere più difficile la difesa della parte resistente, la quale potrebbe trovarsi nella necessità di far luogo a un'istruzione non deformatizzata;
- b)** è prevista una pubblicità del procedimento molto ampia: infatti il ricorso introduttivo è pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia (art. 840-ter, comma 2, c.p.c.; analoghe previsioni vi sono per gli atti successivi del procedimento); esso è quindi accessibile al pubblico, con possibili riflessi sull'immagine e sulla reputazione dell'impresa destinataria dell'azione (in particolare, a fronte di azioni abusive o pretestuose);
- c)** sono previsti poteri rilevanti e molto penetranti in capo al tribunale; infatti: il giudice: (i) "può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici" (art. 840-quinquies, comma 4, c.p.c.); (ii) "su istanza motivata del ricorrente (...) può ordinare al resistente l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella sua disponibilità" (art. 840-quinquies, comma 5, c.p.c.); tale ordine di esibizione può avere per oggetto anche "informazioni riservate": (ii) l'inottemperanza all'ordine è sanzionata sia con l'applicazione di (rilevanti) sanzioni pecuniarie amministrative, sia con la previsione che il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere provato il fatto a cui la prova si riferisce (art. 840-quinquies, commi 11, 12 e 13, c.p.c.);
- d)** se il tribunale nomina un consulente tecnico d'ufficio, "l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso a quest'ultimo spettanti sono posti, salvo che sussistano specifici motivi, a carico del resistente" (art. 840-quinquies, comma 3, c.p.c.);

- e) è prevista la possibilità che altri soggetti possano aderire all'azione nel corso del procedimento, e ciò anche dopo la sentenza che accoglie l'azione di classe (artt. 840-*sexies* e ss. c.p.c.);
- f) nella fase della procedura di adesione: (i) i fatti dedotti dagli aderenti e non specificatamente contestati dal resistente nel termine per il deposito della sua memoria si intendono “*ammessi*” (art. 840-*octies*, comma 1, c.p.c.); (ii) nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.);
- g) è prevista la condanna dell'impresa soccombente a pagare a favore sia del rappresentante comunque degli aderenti che a favore dell'avvocato del ricorrente un compenso parametrato al numero degli aderenti e all'importo complessivo dovuto; tale compenso premiale si applica anche ai difensori che hanno difeso i ricorrenti delle cause riunite risultati vittoriosi (art. 840-*novies* c.p.c.).

3. La difesa fuori dal (e prima del) processo.

1. – Come si anticipava, il primo modo per difendersi dall'azione di classe è prevenirla (tenuto che la legge entrerà in vigore il 19 aprile 2020 e si applica soltanto alle condotte illecite successive all'entrata in vigore della legge).

Al riguardo vanno considerati infatti la risonanza anche mediatica, e pertanto il possibile danno reputazionale (sul quale torneremo poi), che un'impresa potrebbe subirne (fin dalla pubblicazione del ricorso nel portale telematico), e che è quindi bene evitare, se possibile, all'origine.

In quest'ottica, la massima attenzione dovrà essere data (dedicando anche adeguati investimenti finanziari), in particolare, alla realizzazione ovvero al miglioramento del sistema di gestione dei reclami e/o delle contestazioni, e comunque di rilevazioni di situazioni critiche o problematiche.

Ciò anzitutto al fine, appunto, di accertare eventuali criticità e porre in essere le necessarie manovre correttive.

2. – Qualora poi l'impresa non abbia contatti diretti con gli utenti finali (avvalendosi, ad esempio, di imprese intermedie non appartenenti al medesimo gruppo societario e/o comunque non ad essa riconducibili), sarà opportuno contrattualizzare adeguati obblighi informativi a carico di tali imprese al fine di avere il controllo più ampio e penetrante possibile sull'attività svolta e le relative problematiche e/o criticità.

3. – Ma la prevenzione è fondamentale anche nell’ottica di un possibile coinvolgimento in un’azione di classe.

Infatti:

- A)** anzitutto, come si è visto, il processo è sommario, con una preferenza per l’istruzione documentale. Questo comporta la necessità che l’impresa si organizzi per tempo al fine di poter provare in modo documentale i fatti che dovranno/potranno essere dedotti a fondamento delle difese ed eccezioni che saranno svolte nel processo, una volta che questo sarà stato instaurato.
- B)** Ai fini dell’accertamento della responsabilità del resistente, il giudice “*può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici*” (art. 840-*quinquies*, comma 4, c.p.c.). Analoga previsione è contenuta nell’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. in tema di azione inibitoria collettiva (che prevede che il tribunale possa emettere un ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta, avvalendosi, appunto, di “*dati statistici e di presunzioni semplici*”).
- C)** Inoltre, come si è visto, il tribunale può ordinare alla parte resistente “*l’esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella sua disponibilità*” (art. 840-*quinquies*, comma 5, c.p.c.); l’inottemperanza a tale ordine è sanzionato, oltre che con sanzioni pecuniarie amministrative rilevanti, con la previsione che il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere provato il fatto a cui la prova si riferisce (art. 840-*quinquies*, commi 11-12-13, c.p.c.). Il che può significare perdere la causa per il fatto che l’impresa non è in grado, in ipotesi, di ottemperare all’ordine. E’ quindi fondamentale che, ora per allora, a prescindere dalle concrete strategie difensive che saranno adottate nel processo, l’impresa si metta nella condizione di poter ottemperare a un futuro ordine, e pertanto organizzi e gestisca i propri archivi documentali in modo a tal fine efficiente.
- D)** Sempre in un’ottica di prevenzione, va ricordato che l’ordine di esibizione può avere per oggetto anche “*informazioni riservate*”: in tal caso, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali l’obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell’incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata: cfr. art. 840-*quinquies* c.p.c. Al riguardo l’art. 840-*quinquies*, comma 8, c.p.c. stabilisce che “*si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali*”.

E) In un'ottica di prevenzione sarà opportuno tutelare le informazioni commerciali e/o industriali in modo tale, ove possibile, da conferire loro il carattere di segretezza di cui all'art. 98 del codice della proprietà industriale; ciò al fine di ottenere, nell'ambito del processo di cui all'azione di classe, quelle tutele, da parte del giudice, di cui al ricordato art. 840-*quinquies* c.p.c. (cfr. precedente lettera C). Come noto, ai sensi dell'art. 98 codice della proprietà industriale, "*costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:*

a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;

b) abbiano valore economico in quanto segrete;

c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete".

In altre parole, ferma restando la necessità dei requisiti di cui ai punti a) e b), sarà comunque opportuno sottoporre tali informazioni a misure adeguate a mantenerle segrete, anche mediante misure (i) di protezione dei documenti elettronici e delle reti telematiche, (ii) finalizzate a manifestare la volontà dell'imprenditore all'interno della propria organizzazione di mantenere la segretezza, (iii) misure legali, quali impegni contrattuali di riservatezza a carico di dipendenti e collaboratori.

4. La difesa nel processo.

1. – Qualora l'azione di classe venga promossa, l'impresa dovrà a questo punto difendersi nel processo.

In questa eventualità, come si è visto, la prevenzione, se ben attuata, anche se non sarà valsa a evitare la lite, si rivelerà comunque fondamentale per la difesa dell'impresa.

Infatti la corretta gestione e documentazione dell'attività svolta e dei rapporti avuti con clienti e/o utenti e/o altri soggetti con cui l'impresa sia, direttamente o indirettamente, entrata in contatto, rappresenterà il necessario presupposto per la difesa in giudizio (anche per offrire eventuali prove documentali) e, per evitare, le già ricordate conseguenze derivanti dall'inottemperanza a un ordine di esibizione del giudice.

2. – Il primo obiettivo a cui la parte resistente deve tendere è la declaratoria di inammissibilità dell'azione di classe di cui all'art. 840-ter, comma 4, c.p.c.

Tale norma, riprendendo il contenuto della formulazione dell'abrogato art. 140-bis del codice del consumo, prevede che la domanda è dichiarata inammissibile:

- a) quando la domanda è manifestamente infondata;
- b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'art. 840-bis c.p.c.;
- c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;
- d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.

3. – I principali punti sui quali è possibile articolare la difesa dell'impresa resistente ai fini della dichiarazione di inammissibilità sono i seguenti: **a)** incompetenza del tribunale; **b)** difetto di legittimazione del ricorrente; **c)** difetto di legittimazione della parte resistente; **d)** omessa compiuta allegazione degli elementi costitutivi della domanda e, in particolare, degli atti o comportamenti asseritamente lesivi; **e)** inconfigurabilità di diritti individuali omogenei ovvero della classe; **f)** esistenza di un conflitto di interessi del ricorrente; **g)** inadeguatezza del ricorrente a curare i diritti individuali fatti valere (da valutarsi anche sotto il profilo della non corretta e/o completa indicazione degli elementi costitutivi della domanda).

4. – In tutti i casi in cui il tribunale dichiara l'inammissibilità della domanda, il giudice regola le spese (art. 840-ter, u.c., c.p.c.).

Nel silenzio della norma, deve ritenersi che si applichi l'art. 91 c.p.c. e le spese dovranno quindi essere poste a carico della parte soccombente.

5. – Deve ritenersi inoltre applicabile la norma dell'art. 96 c.p.c., che prevede la condanna per lite temeraria di chi ha agito o resistito in giudizio con dolo o colpa grave.

Tale norma dovrebbe tutelare le imprese, la loro immagine e reputazione commerciale contro gli abusi del processo.

In particolare, la sua applicabilità alla nuova *class action* dovrebbe costituire un deterrente rispetto al promuovimento di azioni abusive e pretestuose.

Infatti i danni reputazionali che un'impresa, soprattutto di rilevanti dimensioni, potrebbe subire a causa di un'iniziativa abusiva potrebbero essere incalcolabili ovvero comunque rilevanti.

6. – Massima attenzione dovrà essere dedicata alla contestazione della narrazione in fatto del ricorso e delle domande degli aderenti, che dovrà essere specificamente contestata; diversamente, tali fatti saranno considerati pacifici, cioè non necessitanti di prova (cfr. art. 115 c.p.c. e anche art. 840-*octies* c.p.c.).

5. Segue: le informazioni riservate e le comunicazioni tra avvocato e cliente. Gli accordi transattivi.

1. – Altra previsione rilevante è quella dell'art. 840-*quinquies*, comma 10, c.p.c., che, nel disciplinare l'ordine di esibizione anche di informazioni riservate, precisa che *“resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra gli avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso”*.

La precisazione, se (come sembrerebbe) riferita agli avvocati esterni, dovrebbe ritenersi in realtà superflua alla luce degli artt. 118 c.p.c., 200 c.p.p. e 6 della legge professionale forense in tema di segreto professionale e obblighi di riservatezza.

Pertanto, ai sensi dell'art. 6 della legge professionale, l'obbligo del segreto professionale e la tutela della riservatezza riguardano anche lo svolgimento dell'attività stragiudiziale.

Tuttavia l'art. 840-*quinquies* c.p.c. – che fa riferimento agli *“avvocati incaricati di assistere la parte”* – è rubricato *“procedimento”*: si potrebbe, quindi, in ipotesi sostenere che tale riservatezza sarebbe limitata appunto alle *“comunicazioni tra gli avvocati incaricati di assistere la parte”* nell'ambito del *“procedimento”*, ossia soltanto in sede giudiziale.

Senonché una tale interpretazione non apparirebbe compatibile con i principi di cui alle predette disposizioni e con il diritto di difesa anche in sede pre-contenziosa funzionale alla difesa in giudizio.

2. – Ad ogni modo, tenuto conto che la norma fa riferimento soltanto agli *“avvocati incaricati”*, sarà opportuno, in via prudenziale, essere in condizione di provare l'esistenza di un mandato; inoltre, sempre in via prudenziale, quantomeno per la corrispondenza dai contenuti più delicati è consigliabile che questa sia intrattenuta direttamente con l'avvocato incaricato, ossia munito di mandato, e non con eventuali altri professionisti che siano coinvolti nella pratica ma, pur appartenenti al medesimo studio, non siano investiti di un incarico formale.

La norma poi sembra assimilare la *“parte”* al *“cliente”*, essendo invece nozioni distinte; ad ogni modo, anche a questo riguardo prudenza imporrà di intrattenere la corrispondenza più delicata direttamente con l'organo munito dei relativi poteri di

rappresentanza ovvero con il soggetto che abbia ricevuto una valida delega al riguardo².

3. – Occorrerà poi valutare l'opportunità o meno di definire in via transattiva l'azione di classe.

Al riguardo l'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. contiene una disciplina specifica relativa agli accordi transattivi stipulati nell'ambito dell'azione di classe.

Va peraltro considerato che: **a)** anche l'accordo transattivo o conciliativo stipulato ai sensi di tale norma è reso pubblico nel portale del Ministero della giustizia; **b)** l'accordo vincola (soltanto) gli aderenti che abbiamo dichiarato di accedere al medesimo (art. 840-*quaterdecies*, comma 1, c.p.c.) ovvero che non abbiano sollevato contestazioni (art. 840-*quaterdecies*, comma 4, c.p.c.) o non si siano opposti (art. art. 840-*quaterdecies*, ultimo comma, c.p.c.).

6. Conclusioni.

La nuova normativa imporrà ai potenziali destinatari dell'azione un rinnovamento culturale importante volto a prevenire l'insorgere delle liti o comunque a gestirle nel modo più efficiente possibile.

In questo quadro, un ruolo fondamentale potrà essere assunto anche dai responsabili e operatori legali interni all'azienda, ossia i giuristi d'impresa, quali soggetti esperti del diritto e al contempo conoscitori della realtà e problematiche aziendali, e quindi figure essenziali per la gestione, anzitutto in chiave preventiva, del contenzioso, in collaborazione col legale esterno.

² La disciplina in esame ripropone il tema del *legal privilege* dei legali interni di azienda, ossia della tutelabilità in quanto riservate delle comunicazioni intercorse tra l'impresa e il proprio legale interno; tema ampiamente dibattuto, per il quale si rinvia alla letteratura esistente in argomento. Qui è sufficiente ricordare che in ambito *antitrust* la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che "la giurisprudenza comunitaria e nazionale riconoscono la tutela del legal professional privilege con riferimento alla corrispondenza tra avvocato esterno all'impresa e impresa-cliente (Cons. St., sez. VI, n. 2199/2002). Tale tutela viene invece negata in caso di corrispondenza interna all'impresa. La tutela del legal privilege viene dalla giurisprudenza estesa alle note interne nella misura in cui esse si limitano a riportare il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti, esterni all'impresa, comportanti pareri giuridici" (Consiglio di Stato, 24 giugno 2010, n. 4016).