

Azioni collettive

La controriforma delle *class actions*

di CRISTINA PONCIBÒ (1)

L'articolo descrive le principali critiche rivolte dalla dottrina alle *class actions* ed introduce i contenuti fondamentali della normativa da ultimo approvata per riformare l'istituto. Il contributo ha il fine di analizzare le prospettive della *class action litigation* e di considerare, da un punto di vista comparatistico, alcuni recenti sviluppi del panorama europeo, con riferimento all'Italia, alla Francia e alla Germania.

1. La crisi di governo delle *class actions*

Nel corso degli anni l'istituto processuale delle *class actions* ha sofferto di una crisi di governabilità (2).

Alcuni autori hanno sottolineato che gli accordi transattivi legati alle *class actions* sono stati lucrosi per gli interessi degli avvocati, ma iniqui rispetto ai diritti dei membri della classe (3).

Altri studiosi hanno condannato sia l'utilizzo di queste azioni come illegittimi strumenti di pressione sulle imprese, sia la ricerca della corte statale più favorevole rispetto alle ragioni della classe-attrice (4).

In base alla dottrina maggioritaria, tale situazione ha reso indispensabile un ripensamento delle finalità di questo istituto e dei meccanismi da attuare per assicurare il rispetto dei diritti dei membri della classe (5).

Anche l'opinione pubblica ha manifestato una certa sfiducia verso questo modello di azione, tanto che secondo il 47% dei cittadini intervistati nel 2003 dalla rivista USA Today le *class actions* intentate dai consumatori hanno giovato non tanto ai diritti dei membri della classe quanto ai patrimoni degli avvocati (6).

Leggendo il sondaggio si ha l'impressione che questo formidabile strumento processuale abbia perso, in parte, il suo fascino cinematografico (7).

Nel corso di ben otto anni, il Congresso degli Stati Uniti ha discusso diversi progetti di legge in materia e il processo di riforma e di controriforma dell'istituto (8) si è concluso il 18 Febbraio 2005 con l'approvazione del *Class Action Fairness Act* (9).

La nuova disciplina descrive i principali abusi commessi in violazione delle finalità della *Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure* e rileva le gravi conseguenze di simili pratiche sul commercio fra gli stati e sulla credibilità del sistema giudiziario.

1.1. L'inefficacia dei diritti dei membri della classe

Secondo i sostenitori del *Class Action Fairness Act*, i diritti procedurali previsti a difesa degli interessi della classe si sono rivelati insufficienti e, comunque, scarsamente efficaci (10).

Le posizioni soggettive consistono sostanzialmente nel diritto di essere informati circa l'andamento dell'azio-

Note:

(1) Dottore di ricerca in diritto comparato, Università degli studi di Firenze. Questo contributo prende spunto dagli argomenti trattati nella tesi di dottorato "Modelli di tutela dell'interesse collettivo".

(2) A. Lahav, *Fundamental principles for class action governance*, in 37 *Ind. L. Rev.* 2003, 65-140, 65. Sulle *class actions*: A. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996. Sulle *class actions* in diritto comparato: R. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart, Oxford-Portland Oregon, 2003.

(3) D. R. Hensler, *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, in 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2001, 179-80. Sul ruolo della classe forense si suggerisce il divertente: *Lawyers and Vampires, Cultural Histories of Legal Professions*, WW. Pue e D. Sugarman (a cura di), Oxford - Portland Oregon, 2003.

(4) J. H. Beisner and J. Davidson Miller, *They're Making a Federal Case Out of It (...)* In *State Court, Civil Justice Report n. 3* (2001), Manhattan Institute, New York, 2001. La ricerca è stata consultata il 15 febbraio 2006 all'indirizzo: <http://www.pointoflaw.com/articles/archives/000069.php>

(5) R. A. Epstein, *Class Actions: The Need for a Hard Second Look*, *Civil Justice Report n. 4* (2002), Manhattan Institute, New York, 2002. Epstein discute le basi teoriche delle *class actions*, cercando di chiarire le finalità di questo modello di azione ed i meccanismi che dovrebbero salvaguardarne un corretto utilizzo da parte degli avvocati. Il *Civil Justice Report n. 4* (2002) è stato consultato il 15 febbraio 2006 all'indirizzo: <http://www.pointoflaw.com/articles/archives/000068.php>

(6) *Opinions on Class-Action Lawsuits*, USA Today, 24 marzo 2003.

(7) Erin Brockovich, US Film 2000 (J. Roberts). *The Insider*, US Film 1999 (A. Pacino, R. Crowe).

(8) A. Andreeva, *Class Action Fairness Act of 2005: The eight-year saga is finally over*, in 59 *U. Miami L. Rev.*, 2005, 387-388. J. Beisner e J. Davidson Miller, *The Class Action Fairness Act: Cleaning Up The Class Action Mess*, in 6 *BNA Class Action Litigation Report*, 2005, 104. T. M. Woods, *Wielding the Sledgehammer: Legislative Solutions for Class Action Jurisdictional Reform*, in 75 *N.Y.U. L. Rev.*, 2000, 507 e 526. E. J. Cabraser, *The Class Action Counterreformation*, in 5 *Stanford Law Review*, 2005, 1514, dove si legge che la riforma introduce «(...) dramatic changes in the landscape of class action litigation, by dramatically expanding federal diversity jurisdiction to encompass most class actions (...)».

(9) *Class Action Fairness Act 2005* (C.A.F.A.), Feb. 18, 2005, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (codified as amended in scattered sections of 28 U.S.C.). Il titolo completo della legge: «A bill to amend the procedures that apply to consideration of interstate class actions to assure fairer outcomes for class members and defendants, and for other purposes».

(10) 151 Cong. Rec. H726 (2005), statement of Rep. Sensenbrenner. I discorsi pronunciati davanti al Congresso degli Stati Uniti nel dibattito relativo all'approvazione del *Class Action Fairness Act* sono stati consultati il 15 febbraio 2006 all'indirizzo: <http://www6.lexisnexis.com/publisher>.

ne e, soprattutto, nel diritto di esercitare l'*opt out*, ossia di escludere la propria posizione individuale dalla *class action*.

Il diritto di *opt out* è stato inteso dai giudici come una espressione di autonomia individuale e non come una forma di contestazione dei membri della classe nei riguardi della mancanza di trasparenza nella conduzione del procedimento. L'esercizio di tale diritto non ha pertanto avuto alcuna funzione deterrente rispetto agli abusi perpetrati dagli avvocati.

Ciò è ancora più evidente nelle controversie di modesto valore economico in relazione alle quali il diritto di *opt out* non ha rappresentato per i membri della classe una alternativa realistica alle *class actions*.

Anche il diritto di informazione a vantaggio dei membri della classe è risultato inefficace in concreto (11): gli avvocati hanno, infatti, mostrato una scarsa propensione ad inviare puntualmente le informative ai membri della classe sparsi in tutto il territorio nordamericano, temendo che l'invio delle comunicazioni, oltre a comportare dei costi, potesse accrescere le divergenze di opinione all'interno della classe e, soprattutto, tra questa e i suoi rappresentanti legali.

Anche laddove le comunicazioni sono state correttamente inviate al gruppo, il loro contenuto, oltre ad apparire insufficiente, è apparso difficilmente comprensibile ai cittadini privi, per la maggior parte, di seppur minime cognizioni legali.

In taluni casi, la dispersione e la scarsa informazione della classe hanno perciò permesso ai legali di assumere la direzione del procedimento e di governarne l'esito finale a proprio vantaggio.

Al fine di eliminare questi abusi, la normativa qui esaminata non ha tuttavia previsto l'introduzione di "nuovi diritti procedurali" e nemmeno ha rafforzato i diritti esistenti, essa si è limitata a rafforzare il controllo dei giudici federali sull'andamento dei procedimenti.

1.2. Forum shopping

L'introduzione del *Class Action Fairness Act* si giustifica primariamente con l'intento di ostacolare la fuga dai giudici federali e la ricerca della corte statale più favorevole alle pretese della classe (12).

Il *forum shopping* verso le corti statali poteva fondarsi sul riferimento a "questioni di mero interesse statale" nell'atto introduttivo del giudizio ("*artful pleading*") e/o sulla sapiente composizione geografica della classe.

Il medesimo obiettivo era, inoltre, perseguito dagli avvocati della classe attraverso il mancato superamento della soglia economica rilevante per l'applicazione della giurisdizione federale (75.000 dollari in ragione della pretesa di ciascun membro della classe) (13).

Questa pratica discendeva dall'interpretazione del testo della *Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure* fornita dalla Corte Suprema in *Zahn v. Int'l Paper Co.* (14). Secondo la sentenza in esame, le somme individualmente richieste dai membri della classe non possono essere aggregate

al fine di determinare il superamento della soglia di 75,000 dollari per l'applicazione della giurisdizione federale (15).

L'orientamento della Corte Suprema ha però provocato un grave contrasto nella giurisprudenza che persiste ancora oggi.

In base ai giudici dei *Third, Eight e Tenth Circuits*, la giurisdizione federale è applicabile solo quando l'importo indicato nella domanda di ciascun membro della classe risulti essere superiore alla somma di 75,000 dollari (16). Diversamente, in base alla giurisprudenza dei giudici dei *Fifth, Fourth, Seventh e Ninth Circuits*, le corti federali possono esercitare la propria giurisdizione anche qualora il valore della pretesa di ciascun membro della classe risulti essere inferiore alla somma di 75,000 dollari e ciò sulla scorta di una valutazione discrezionale più ampia e capace di tenere in considerazione, ad esempio, il numero dei membri della classe (17).

La prassi del *forum shopping* trova effettivamente riscontro nei dati empirici, posto che le ricerche hanno evidenziato un considerevole aumento di tali procedimenti davanti alle corti che sono conosciute per la loro propensione a certificare le classi più disperate.

I dati relativi al periodo 1998-2000 evidenziano un aumento dell'82% del numero delle azioni presso la *Jefferson County* e del 35% presso la *Palm Beach County* (18).

Note:

(11) Rule 23 (c) (2) (B) Federal Rules of Civil Procedure: «For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language: the nature of the action, the definition of the class certified, the class claims, issues, or defenses, that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires, that the court will exclude from the class any member who requests exclusion, stating when and how members may elect to be excluded, and the binding effect of a class judgment on class members under Rule 23(c)(3)».

(12) G. P. Miller, *Overlapping Class Actions*, in 71 N.Y.U. L. Rev., 1996, 514-520.

(13) *Tapscott v. MS Dealer Serv. Corp.*, 77 F3d 1353, 1357 (11th Cir. 1996).

(14) *Zahn v. Int'l Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973).

(15) *Zahn v. Int'l Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973): «Each plaintiff in a Rule 23 (b) (3) class action must satisfy the jurisdictional amount before the lawsuit becomes removable».

(16) *Leonhardt v. W. Sugar Co.*, 160 F3d 631, 640 (10th Cir. 1998). *Metricare, Inc. v. St. Paul Mercury Ins. Co.*, 166 F3d 214, 222 (3rd Cir. 1999). *Trimble v. Asarco, Inc.*, 232 F3d 946, 962 (8th Cir. 2000).

(17) *Free v. Abbott Labs.*, 51 F3d 524, 529 (5th Cir. 1995) e *Stromberg Metal Works, Inc. v. Press Mech., Inc.*, 77 F3d 928, 930 (7th Cir. 1996) e, recentemente, la decisione *Allapattah Servs. Inc., v. Exxon Corp.*, 333 F3d 1248 (11th Cir. 2003).

(18) L'attività della Jefferson County Mississippi è stata esaminata dal Report di J.H. Beisner e al., *One Small Step for a County Court... One Giant Calamity for the National Legal System, Civil Justice Report n. 7* (2003), Manhattan Institute, New York, 2003 (consultato il 15 febbraio 2006 all'indirizzo <http://www.pointoflaw.com/articles/archives/000066.php>).

Ancora più sorprendente è l'incremento del numero delle *class actions* relative a questioni di interesse nazionale che sono state introdotte davanti alla *Madison County* (si trattava, ad esempio, delle domande di consumatori residenti in diversi Stati che avevano acquistato un medesimo tipo di telefono cellulare o una edizione limitata della bambola *Barbie*) (19).

L'eccesso di lavoro della *Madison County* è sospetto dal momento che, alla luce delle informazioni qui riportate, i cittadini di Madison sono risultati essere afflitti da illeciti civili in una misura sorprendentemente superiore alla media nazionale (20).

È altrettanto vero il fatto che, agendo in tal modo, i giudici delle corti locali si sono arrogati il potere di precisare i criteri di qualità e/o di sicurezza dei prodotti e dei servizi commercializzati negli Stati Uniti (21).

1.3. L'iniquità dei *class action settlements*

Due fondamentali studi empirici hanno esaminato l'importo dei compensi professionali degli avvocati rispetto alle transazioni relative all'assegnazione di tagliandi (22).

Entrambe le ricerche riportano impietosamente alcune macroscopiche violazioni rispetto alle finalità di questo istituto. Consideriamo ora brevemente due decisioni riportate in tali documenti.

In *Scott v. Blockbuster Inc.* una classe di consumatori ha citato in giudizio la società *Blockbuster Inc.* davanti alla *Jefferson County* (23). La classe lamentava, in particolare, la pratica di *Blockbuster Inc.* di imporre delle sanzioni pecuniarie per il ritardo dei clienti nella riconsegna dei VHS e dei DVD noleggiati. La *class action* si è conclusa con un accordo transattivo in base al quale i membri della classe hanno ottenuto l'assegnazione di tagliandi del valore di 1 dollaro e tagliandi "buy one, get one free", mentre gli avvocati della classe hanno beneficiato di compensi professionali per un ammontare di circa 9 milioni di dollari.

Analogamente, la società *Cheerios* è stata convenuta in giudizio da una classe di consumatori per i danni causati dagli additivi proibiti che la medesima avrebbe utilizzato nei propri prodotti alimentari. Anche questa azione si è conclusa con la liquidazione ai legali di compensi professionali per alcuni milioni di dollari e con l'attribuzione ai membri della classe di tagliandi per l'acquisto di nuovi prodotti alimentari della *Cheerios* (si spera senza gli additivi contestati) (24).

2. *Class Action Fairness Act*

a) *Coupon class actions*

Il *Class Action Fairness Act* si propone di ridurre gli abusi sopra ricordati attraverso la "federalizzazione delle *class actions*", ossia rafforzando il controllo delle corti federali sul comportamento degli avvocati.

In particolare, gli accordi transattivi relativi all'assegnazione di tagliandi sono soggetti all'approvazione della corte, che è chiamata a verificare che la proposta tran-

sattiva sia equa, ragionevole e adeguata rispetto ai diritti dei membri della classe. Nello specifico caso in cui la transazione risulti in una perdita netta per i membri della classe, la corte è, inoltre, tenuta a verificare che il valore dei tagliandi attribuiti alla classe sia comunque maggiore rispetto alla perdita netta in denaro.

La medesima norma vieta le proposte transattive nelle quali vi sia una disparità di trattamento rispetto ai diritti dei membri della classe sulla base della maggiore o minore prossimità di ciascun partecipante rispetto alla corte competente a decidere sul caso.

Infine, sempre in relazione alle *coupon class actions*, i compensi professionali degli avvocati devono essere discrezionalmente approvati dalla corte, anche dietro una specifica perizia, e liquidati in ragione dell'effettivo valore dei tagliandi utilizzati dai membri della classe: «(...) *the award of the coupons shall be based on the value to class members of the coupons that are redeemed*» (25).

b) *Aspetti di diritto processuale*

Il provvedimento in esame attribuisce alle corti federali la giurisdizione esclusiva a decidere sulle *class actions* nelle quali l'ammontare della controversia supera la somma 5 milioni di dollari (esclusi gli interessi e le spese) ed i

Note:

(19) *Cunningham v. Mattel, Inc.*, No. 99-L-864 (filed Sept. 15, 1999).

(20) J. H. Beisner, J. Davidson Miller, *Class Action Magnet Courts: The Allure Intensifies*, Civil Justice Report n. 5 (2002), Manhattan Institute, New York, 2002. Lo studio, consultato il 25 novembre, è reperibile all'indirizzo: <http://www.pointoflaw.com/articles/archives/000067.php>.

(21) 151 Cong. Rec. H726 (2005) (statement of Rep. Sensenbrenner), in cui si legge che: «(...) *aggressive forum shopping by trial lawyers to find courts and judges who will act as willing accomplices in a judicial power grab, hearing nationwide cases and setting policy for the entire country*». V. *supra* nota 10.

(22) T. Eisenberg, G. P. Miller, *Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study*, in 1 *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, 27-78. Il testo dell'articolo è reperibile presso la banca dati SSRN-Legal Scholarship Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476662. Il secondo e più recente studio è di G. Priest, *What We Know and What We Don't Know about Modern Class Actions: A Review of the Eisenberg-Miller Study*, Manhattan Institute, New York, 2005 (sito consultato il 15 novembre 2005: http://www.manhattan-institute.org/pdf/cjr_09.pdf).

(23) *Scott v. Blockbuster Inc.* (No. D162-535, Jefferson County, Texas, 2001).

(24) *In re General Mills Oat Cereal Consumer Litigation*, 94 CH 06208 (Cir. Ct. Cook County).

(25) Anteriormente alla riforma, gli avvocati calcolavano i compensi professionali in una percentuale del valore economico complessivo della transazione. Diversamente, il *Class Action Fairness Act* limita i compensi degli avvocati prevedendo che la remunerazione dei legali sia calcolata sul valore dei tagliandi utilizzati dai membri della classe. Ciò significa che l'esatto valore dell'accordo potrà essere determinato solamente quando i membri della classe utilizzeranno i tagliandi per ricevere i beni e/o i servizi in questione. Tale meccanismo, seppure in principio più equo, corre tuttavia il rischio di ridurre il numero degli accordi transattivi basati sui tagliandi, dal momento che gli avvocati saranno ovviamente contrari a ritardare la determinazione dei loro compensi al momento nel quale i tagliandi saranno effettivamente impiegati dalla classe. La conseguenza potrà essere un minore interesse verso le transazioni che prevedono l'assegnazione dei tagliandi a fronte di un incremento degli accordi aventi ad oggetto delle somme di denaro.

membri della classe risultano essere cittadini di diversi Stati. Il calcolo relativo al superamento di questa soglia può essere effettuato dal giudice aggregando gli importi delle pretese dei singoli membri della classe.

Nonostante il ricorrere delle due condizioni, i giudici federali possono, nell'interesse della giustizia e avendo riguardo alle circostanze del caso, declinare la propria giurisdizione quando più di un terzo e meno di due terzi "of proposed plaintiff classes in the aggregate" e "the primary defendants" sono cittadini dello Stato nel quale l'azione è stata introdotta.

Le corti federali decidono se declinare la giurisdizione dopo avere considerato una serie di elementi, quali, ad esempio: la natura della controversia e, in particolare, la presenza di un interesse non meramente statale; la normativa (statale o federale) applicabile al caso; l'intento artificioso dei legali di rifuggire la giurisdizione federale; e, infine, il rapporto rinvenibile tra il foro dove l'azione è stata proposta e la classe-attrice, il convenuto e/o l'illecito civile che è oggetto di causa.

Al contrario, l'applicazione della giurisdizione federale è esclusa in principio laddove più dei due terzi "of all proposed plaintiff classes" e almeno uno dei convenuti sono cittadini dello Stato dove è stata introdotta la *class action*, e quando il fatto lesivo ha avuto luogo nello Stato dove l'azione è stata proposta. Analoga regola vale per le azioni in cui il numero dei membri della classe è inferiore a cento individui.

3. Commento

3.1. *Class action settlements*

Sebbene i diritti dei membri della classe siano stati penalizzati in occasione degli accordi transattivi, un attento esame della giurisprudenza rivela che il grado di iniquità lamentato dai critici delle *class actions* è probabilmente eccessivo.

La normativa anteriore alla riforma già prevedeva in capo ai giudici il potere di respingere le proposte transattive, anche relative ai tagliandi, motivando tale rigetto in ragione della iniquità della proposta rispetto ai diritti della classe (26).

Certamente, la comparazione tra l'ammontare complessivo dei compensi degli avvocati e quello riconosciuto a ciascun membro della classe evidenzia impietosamente una enorme sproporzione a vantaggio dei primi.

Le transazioni relative all'assegnazione dei tagliandi assumono però una valenza diversa ove si consideri che spesso i danni singolarmente lamentati dei membri della classe sono talmente esigui che non vi sarebbe alcuna realistica alternativa a questo meccanismo.

In tal senso, si può dire che le *coupon class actions* svolgono una funzione di tipo pubblicistico nel correggere, attraverso il procedimento giurisdizionale, quei comportamenti delle imprese che sono in contrasto con le norme poste a tutela dei diritti dei consumatori (27).

Una ricerca del *RAND Institute for Civil Justice* conferma la validità di questo argomento, in quanto essa dimostra

che, senza l'impiego di simili azioni, le controversie di modesto valore economico non sarebbero mai arrivate all'attenzione delle corti a causa degli elevati costi della giustizia a fronte dell'esiguità economica della pretesa (28).

Il medesimo studio sottolinea che i compensi professionali costituiscono solo una parte limitata del valore totale degli accordi transattivi relativi ai tagliandi e contraddice, perciò, l'affermazione secondo la quale la *class action* è primariamente utile per gli avvocati.

Un secondo studio empirico condotto da alcuni studiosi della *Cornell Law School* e della *New York University School of Law* è arrivato ad una conclusione analoga a quella sopra ricordata esaminando circa trecentosettanta accordi transattivi conclusi dal 1993 al 2002 ed aventi ad oggetto l'assegnazione di tagliandi (29). L'analisi dei dati ha evidenziato che i compensi degli avvocati tendono ad essere più elevati nelle azioni decise davanti alla giurisdizione federale e ciò in ragione della maggiore complessità di gestione di questi procedimenti.

Dal momento che il *Class Action Fairness Act* è destinato ad estendere la giurisdizione federale sulle *class actions*, questa normativa difficilmente potrà ottenere la riduzione dei costi della giustizia.

3.2. *Forum shopping*

La prassi di ricercare la giurisdizione statale più favorevole alla domanda della classe-attrice costituisce un altro comportamento censurato dai sostenitori della riforma, secondo i quali tale pratica ha portato alcuni procedimenti di rilevanza nazionale ad essere giudicati da corti locali non adeguatamente preparate ad un simile compito.

Al fine di circoscrivere tale affermazione si può citare un recente studio che ha raccolto i dati relativi alle *class actions* introdotte dal 1999 al 2004 davanti alle corti di sei

Note:

(26) *Rule 23 (e) (1) (A) Federal Rules of Civil Procedure*: «The court must approve any settlement, voluntary dismissal, or compromise of the claims, issues, or defenses of a certified class».

(27) D. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client*, in 73 *Notre Dame L. Rev.*, 1998, 913-924. Secondo l'autore lo scopo di una *small claim class action* è principalmente quello di correggere il comportamento dell'autore dell'illecito anche quando il danno sofferto dal singolo partecipante alla classe sia di modesta entità economica.

(28) Lo studio è reperibile all'indirizzo <http://www.rand.org/cj/pubs/class.html> (consultato il 15 febbraio 2006).

(29) T. Eisenberg, G. P. Miller, *Attorneys Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study*, in 1 *J. Empirical Legal Stud.*, 2004, 27, 77, 78. L'articolo è disponibile online: <http://papers.ssrn.com/abstract=456600> (sito consultato il 10 novembre 2005). Lo studio doveva fornire ai giudici alcuni criteri di valutazione per determinare, in modo ragionevole, i compensi degli avvocati nei *large class action settlements*. Secondo il documento non vi sono elementi per ritenere che negli ultimi dieci anni vi siano stati dei sensibili incrementi nei compensi degli avvocati. Al contrario, esso rileva un effetto di scala in forza del quale «the percent of the recovery that goes to attorneys decreases as the size of the recovery increases».

Stati americani. La ricerca qui menzionata ha dimostrato che la maggioranza delle azioni esaminate presentava una rilevanza puramente locale sia per le questioni trattate, sia per il numero dei partecipanti (30).

Anche una parte della dottrina si è mostrata scettica verso simili critiche, ricordando che le corti statali esercitano quotidianamente la propria giurisdizione in relazione alle controversie che si caratterizzano per la complessità delle questioni trattate e per la presenza di un elevato numero di parti (31).

A ciò si può aggiungere che, prima della riforma, la ricerca della corte più favorevole era già in parte limitata dal disposto della *Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure* in forza della quale qualsiasi accordo transattivo, compromesso o rinuncia volontaria relativi ad una *class action* deve essere esaminato ed approvato dalla corte.

Occorre, infine, rilevare che, dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso, l'applicazione della normativa statale nelle *national class actions* è soggetta ai criteri stabiliti nella sentenza *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (32).

Nel caso in questione, la Corte Suprema aveva censurato la corte dello Stato del Kansas per avere ritenuto applicabile la normativa del Kansas ad una classe composta da cittadini di diversi Stati. Per la Corte Suprema tale decisione costituiva, in particolare, una violazione del principio di *due process*.

A partire dalla sentenza in esame, la normativa statale è applicabile ad una *national class action* solo in presenza di alcune circostanze: innanzitutto, la legge statale astrattamente applicabile al procedimento non deve essere in contrasto con la normativa di un altro Stato i cui cittadini siano membri della classe. Quindi, il giudice è tenuto ad accertare se vi siano delle ragioni sufficienti per applicare la legge di uno Stato anche nei riguardi dei diritti dei cittadini di altri Stati. Tale requisito è assolto, ad esempio, nei casi in cui la *class action* presenta uno stretto legame con lo Stato dove è stato introdotto il giudizio (33).

3.3. Osservazioni

Al fine di completare le riflessioni che precedono, è possibile sottolineare che alcuni degli abusi realizzati mediante un utilizzo spregiudicato delle *class actions* non dipendono dalla natura di tale istituto processuale, bensì dall'organizzazione della professione forense.

Mi riferisco al carattere imprenditoriale dell'attività legale e al sistema di liquidazione dei compensi che prevede, in caso di esito positivo del procedimento, il riconoscimento agli avvocati di una percentuale della somma riconosciuta alla parte vittoriosa.

Approvando il provvedimento qui esaminato, il Congresso degli Stati Uniti non ha considerato il rapporto tra la struttura della professione forense ed i comportamenti illegittimi degli avvocati, perdendo in tal modo un'occasione per ridurre gli aspetti deleteri dell'attività forense e per assicurare l'effettività dei diritti dei membri delle classi.

Inoltre, il dibattito sulle *class actions* è strettamente legato al più generale fenomeno dell'espansione della responsabilità civile che ha avuto inizio a partire dalla fine degli anni settanta del secolo scorso. Tale legame dovrebbe portare ad una riflessione di più ampio respiro circa l'utilità ed i limiti dei meccanismi risarcitori presenti nel processo civile (34).

Il *Class Action Fairness Act* colpisce, infine, l'attenzione dell'interprete poiché esso sembra porsi in aperto contrasto con il federalismo che è alla base della democrazia statunitense. Il principale pericolo legato all'adozione della nuova disciplina consiste, in particolare, nel rischio di alterare il delicato equilibrio tra la giurisdizione federale e quella statale (35).

La disciplina in esame, oltre a limitare lo sviluppo del diritto statale sottende anche un implicito giudizio di disvalore rispetto alla capacità dei giudici statali.

Una simile idea deve essere respinta dal momento che essa è priva di fondamento: i giudici federali non sono di per sé più preparati e meno soggetti ad errori dei loro colleghi che operano presso le corti statali.

La nomina di un giudice presso la giurisdizione federale non significa necessariamente che costui è infallibile, o comunque superiore ai suoi colleghi, anche in considerazione del fatto che le regole concernenti la trasparenza e la correttezza del procedimento sono le medesime presso tutte le corti americane.

Concludendo, il *Class Actions Fairness Act* rischia di essere una riforma utile ma assai modesta dell'istituto (36).

4. Le prospettive della *Class Action Litigation*

4.1. L'espansione della *federal diversity jurisdiction*

A questo punto, è lecito domandarsi quali saranno gli effetti della normativa qui considerata sull'evoluzione della *class action litigation*.

Il provvedimento in esame ha esteso la giurisdizione delle corti federali alle *class actions* nelle quali, seppure in minima parte, i membri della classe e i convenuti sono

Note:

(30) J.H. Beisner, J. Davidson Miller, *There Will Be No Exodus: An Empirical Study Of S. 2062's Effects On Class Actions*, Mealey's Tort Reform Update, 2004 (si veda <http://www.pointoflaw.com/articles/archives/000087.php> - consultato il 15 febbraio 2006).

(31) T. Eisenberg, G. P. Miller, *op. cit.*, 27, 77, 78.

(32) *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985).

(33) *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 821-822 (1985), dove i giudici riportano quanto affermato in *Allstate Ins. Co. v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981).

(34) G. L. Priest, *What we know and what we don't know about modern class actions: a review of the Eisenberg-Miller Study*, *Civil Justice Report* n. 9 (2005), Manhattan Institute, New York, febbraio 2005, 7.

(35) R. Goldman, *Class Action: One Bill, Two Worldviews*, in *Legal Times*, 7 febbraio 2005; L. Post, *Fate of 2004 Class Actions With New Act: A Mixed Bag*, in *The National Law Journal*, 21 febbraio 2005.

(36) G. L. Priest, *op. cit.*, 7. Secondo Priest, la normativa in esame: «(...) would constitute a helpful, but largely a modest reform».

cittadini di diversi Stati e il valore complessivo della controversia supera la soglia di 5 milioni dollari.

Il criterio lascia un certo margine di discrezionalità alla corte federale nel decidere sulla propria competenza e, ancora più importante, limita la libertà degli avvocati che non possono più utilizzare la “sapiente composizione della classe” onde evitare la più rigorosa giurisdizione federale.

Il *Class Action Fairness Act* pare, inoltre, ammettere l'aggregazione del valore delle pretese dei membri della classe al fine della individuazione della soglia economica rilevante per la competenza del giudice federale (37). È difficile dire se questa previsione porterà al superamento della giurisprudenza della Corte Suprema in *Zahn v. Int'l Paper Co* (38). Da un lato, il nuovo testo contrasta con tale giurisprudenza, dal momento che esso ammette la possibilità di aggregare gli importi richiesti da tutti i membri della classe, mentre la *Zahn-doctrine* esclude tale possibilità. Dall'altro lato, la norma non chiarisce se l'aggregazione del valore delle pretese individuali è ora ammessa anche rispetto al superamento della soglia di 75,000 dollari.

Dunque, la disciplina in esame non prende alcuna posizione chiara in merito alle regole attualmente vigenti e questo silenzio potrebbe causare alcune difficoltà applicative.

Ad esempio, le corti federali, ritenendo soddisfatta la barriera dei 5 milioni di dollari attraverso la sommatoria delle domande individuali della classe, potrebbero in tal modo affermare la propria giurisdizione anche in assenza di una pretesa individuale superiore alla somma di 75,000 dollari.

E qualora ciò non fosse possibile, il criterio precedente potrebbe continuare a trovare applicazione consentendo la prosecuzione del contrasto giurisprudenziale tra le corti che ammettono l'aggregazione degli importi indicati nelle domande individuali e quelle che si rifiutano di procedere in tal senso (39).

Il *Class Action Fairness Act* non uniforma i criteri per determinare la giurisdizione applicabile e non risolve le incertezze attualmente della giurisprudenza.

Anzi, il probabile intento degli avvocati di limitare il numero dei membri della classe onde non superare la barriera di rilevanza della giurisdizione federale potrebbe portare ad una sensibile riduzione delle comunicazioni dirette ai potenziali membri della classe presenti nel territorio nordamericano.

4.2. L'eccesso di lavoro delle corti federali

L'espansione della giurisdizione federale produrrà, con buona probabilità, un incremento del carico di lavoro delle corti federali, causando ritardi e inefficienze nello svolgimento dei procedimenti.

In base ad un documento dell'*Administrative Office of the U.S. Courts*, il *Class Action Fairness Act* ha prodotto nei primi mesi di applicazione l'introduzione di circa trecento *class actions* davanti alla giurisdizione federale (40).

Il medesimo documento precisa che le corti federali non hanno le risorse finanziarie ed il personale necessari per rispondere in modo efficace ad un simile incremento di lavoro.

Il numero dei giudici federali è, infatti, inferiore a quello dei giudici statali, tanto che il *Chief Justice Rehnquist* ha ammesso la necessità di aumentare il numero dei giudici federali in seguito alla riforma (41).

Altrettanto incerto è l'approccio che le corti federali useranno fattispecie, fermo restando che i giudici federali tendono ad essere più rigorosi di quelli statali nel decidere in merito alla *certification* della classe.

I giudici federali dovranno confrontarsi con questioni di diritto statale, interpretando e, ove opportuno, applicando la legge di uno Stato rispetto alla quale i medesimi non hanno di regola alcuna familiarità e consuetudine (42).

Qualora la decisione di un determinato caso dovesse implicare la soluzione di una “nuova questione”, il giudice federale sarà tentato di richiedere al giudice locale un chiarimento circa l'interpretazione della legge statale applicabile.

5. “Class actions all'italiana”

Nel nostro ordinamento sono state presentate due proposte di legge che recano espressamente la dicitura “azione di classe” (43) e “azione di gruppo” (44).

Nonostante il temerario uso del termine “azione di classe”, questi strumenti processuali non hanno nulla a che vedere con le *class actions* (45).

Note:

(37) 28 U.S.C. § 1332 (6) 2005: «In any class action, the claims of the individual class members shall be aggregated to determine whether the matter in controversy exceeds the sum or value of \$ 5,000,000, exclusive of interest and costs».

(38) *Zahn v. Int'l Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973).

(39) *Allapattah Servs., Inc. v. Exxon Corp.*, 333 F.3d 1248, 1254 (11th Cir. 2003); *Free v. Abbott Labs.*, 51 F.3d 524, 529 (5th Cir. 1995). *Contra Trimble v. Asarco, Inc.*, 232 F.3d 946, 962 (8th Cir. 2000).

(40) Administrative Office of the U.S. Courts, *Sentencing Appeals and Class Action Lawsuits Will Cost the Judiciary, The Third Branch*, Washington D.C., marzo 2005.

(41) Cit. da A. Andreeva, *op. cit.*, 410.

(42) A. Andreeva, *op. cit.*, 410, dove si legge che: «Federal courts are often more timid in applying state law, because when they do, federal judges view themselves as interpreting somebody else's law».

(43) Camera dei Deputati, proposta di legge n. 3838 (On. Bonito e altri) recante «Modifica all'articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, e introduzione nel sistema di tutela dei diritti dell'azione di gruppo».

(44) Camera dei Deputati, proposta di legge n. 3839 (On. Lettieri e altri) recante «Disposizioni per l'introduzione dell'“azione di classe” a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti».

(45) P. Fava, *Class actions all'italiana: “Paese che vai, usanza che trovi” (L'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838* e n. 3839**)*, in *Corr. giur.*, 2004, 397-415; P. Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della “class action” ed i principi fondamentali* (segue)

I due progetti sono confluiti nel disegno di legge n. 3058 che, una volta approvato dalla Camera dei Deputati il 21 luglio 2004, è stato trasmesso all'esame del Senato dove il medesimo giace tuttora dimenticato (46).

Introducendo la nuova disciplina nel testo della Legge 30 luglio 1998, n. 281 (47), il disegno di legge n. 3058 prevede che le associazioni dei consumatori e gli altri soggetti ivi indicati possono agire in giudizio per domandare la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione delle somme dovute ai singoli consumatori.

La procedura è attivabile in presenza di atti illeciti plurioffensivi commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità previste dall'articolo 1342 c.c. (48).

Tale disciplina include tra i contratti per adesione: i contratti in materia di credito al consumo, i rapporti bancari e assicurativi e i contratti relativi agli strumenti finanziari e ai servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio.

Il riferimento ai contratti relativi agli strumenti finanziari è apprezzabile posto che i prodotti scambiati nel mercato finanziario presentano una naturale opacità per l'investitore, sia in relazione al loro contenuto, sia rispetto alla idoneità di tali prodotti per il profilo di rischio individuale (49). In tal senso, le gravissime vicende che hanno scosso fortemente il mercato finanziario italiano sembrano confermare la gravità di simili preoccupazioni (50).

In base al meccanismo delineato nel disegno di legge, la prima fase di giudizio ad opera delle associazioni dei consumatori può chiudersi con una sentenza di condanna o con l'omologazione di un accordo transattivo tra le associazioni dei consumatori e il professionista, autore della violazione. La sentenza (o l'accordo transattivo) circonda i requisiti di appartenenza alla classe dei consumatori ed individua perciò "il gruppo di consumatori" rilevante ai fini del procedimento.

Nella fase successiva di natura squisitamente individuale, il consumatore, che abbia i requisiti per di appartenenza al gruppo, è chiamato innanzitutto a comporre amichevolmente la controversia con il professionista. Tale accordo transattivo terrà ovviamente conto delle risultanze della sentenza (o dell'accordo transattivo) raggiunto dall'associazione dei consumatori.

Solo in caso di un inutile esperimento della composizione non contenziosa, il consumatore è tenuto ad agire in giudizio chiedendo al giudice l'accertamento dei requisiti di appartenenza al gruppo e la determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno individualmente dovuto (51).

Ciò premesso, il procedimento qui brevemente delineato si presenta subito come un meccanismo macchinoso, poiché esso introduce una articolata struttura bifasica basata prima sull'azione dell'associazione dei consumatori e quindi su quella del singolo consumatore.

È dubbio, ad esempio, se il singolo consumatore sarà pronto ad adire individualmente la corte per la liqui-

dazione del danno, posto che i costi di un procedimento giurisdizionale sono elevati e ciò soprattutto con riferimento alle controversie di modesto valore economico.

Note:

(segue nota 45)

tali dell'ordinamento giuridico italiano, in *Giur. it.*, 2000, V, 2224-2228; G. Ponzanelli, "Class action", tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, nota a ord. Corte Distrettuale Federale, distretto orientale della Luisiana, 17 febbraio 1995, in *Foro it.*, 1995, IV, 305-310; C. Consolo, Class Actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima), in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 609; R. B. Cappalli, C. Consolo, Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry, in *6 Temple International and Comparative Law Journal*, 1993, 218.

(46) Senato della Repubblica, disegno di legge n. 3058 (On. Francesco Bonito e altri) recante «Disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti».

(47) Ora si tratterebbe di modificare gli articoli 136-141 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 Luglio 2003, n. 229.

(48) Articolo 1 del disegno di legge n. 3058: «Le associazioni dei consumatori e degli utenti, di cui al comma 1, le associazioni dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono altresì richiedere al tribunale del luogo ove ha la residenza o la sede il convenuto la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori o utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità previste dall'articolo 1342 del codice civile (...)».

(49) In materia di tutela collettiva degli investitori si vedano: la proposta di legge C. 4639 del 27 gennaio 2004 («Disposizioni per la tutela del risparmio e in materia di vigilanza») e la proposta di legge C. 4747 del 25 febbraio 2004 («Istituzione del sistema di tutela del risparmio»). Le proposte di legge, nella parte relativa alle azioni collettive nel processo civile, non sono tuttavia confluite nel testo della legge 28 dicembre 2005, n. 262 «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», in *G.U.* n. 301 del 28 dicembre 2005.

(50) G. Costantino, *La tutela dei risparmiatori: i nuovi orizzonti della tutela collettiva* (Intervento al Convegno "La tutela del risparmio: l'efficienza del sistema", Alba, 20 novembre 2004), in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, 325-328; R. Lener, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 269-275, 270; E. Bellini, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in questa *Rivista*, 2005, 818-821; F. Sartori, *Il mercato delle regole. La questione dei bonds argentini*, nota a Trib. Mantova 18 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2005, I, 55-60; V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, nota a Trib. Genova, sez. I, 18 aprile 2005, Trib. Genova, sez. I, 15 marzo 2005, Trib. Mantova, sez. II, 1° dicembre 2004, Trib. Venezia, sez. II, 22 novembre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 604-630, 624; D. Corapi, *La tutela dei consumatori e degli investitori nel diritto statunitense: class actions e derivative suits*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2003, I, 401-411; A. Giussani, *Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 316-329.

(51) L'articolo 6-octies del disegno di legge n. 3058: «In caso di inutile esperimento della composizione non contenziosa di cui ai commi 6-sexies e 6-septies, il singolo consumatore o utente può agire giudizialmente, in contraddittorio, al fine di chiedere l'accertamento, in capo a se stesso, dei requisiti individuati dalla sentenza di condanna di cui al comma 6-quater e la determinazione precisa dell'ammontare del risarcimento dei danni o dell'indennità, riconosciuti ai sensi della medesima sentenza. La pronuncia costituisce titolo esecutivo nei confronti del comune contraddittore (...)».

Il disegno di legge lascia, inoltre, un vuoto di tutela in relazione ai casi in cui le associazioni riconosciute dal Ministero delle attività produttive non siano interessate a condurre l'azione in giudizio per le ragioni più disparate (es. carenza di fondi, complessità della questione giuridica e scarsa rilevanza della questione sul piano pubblicitario).

Allo stesso tempo, il meccanismo in questione apre una serie di problemi interpretativi circa il coordinamento del procedimento collettivo con gli eventuali contemporanei giudizi individuali e con le azioni collettive eventualmente promosse dalle associazioni in concorrenza tra loro.

Un analogo mistero avvolge il rapporto tra la prima fase di natura collettiva e la seconda fase ad iniziativa individuale, nonché l'efficacia di un eventuale giudicato collettivo sfavorevole ai consumatori (52).

Infine, il disegno di legge ignora la possibilità di promuovere una riforma di più ampio respiro, non limitata ai rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità previste dall'articolo 1341 c.c., ed introduce ulteriori difficoltà in relazione ai rapporti tra il consumatore e l'ente esponenziale e al finanziamento delle associazioni alle quali spetterebbero nuovi e onerosi compiti di natura organizzativa e, soprattutto, legale.

6. *Le charme discret de la class action* (53)

Per meglio comprendere il modello proposto nel disegno di legge n. 3058, è utile ricordare brevemente l'esperienza della *action en représentation conjointe* di cui alla *Loi* n. 88 del 14 gennaio 1988, *Relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs* (54).

L'articolo 422-1 *Code de la Consommation* nel quale è confluito il testo della *Loi* del 14 gennaio 1988 stabilisce che, dietro il conferimento di un mandato di almeno due consumatori, le associazioni dei consumatori rappresentative sul piano nazionale possono agire in giudizio davanti a tutte le giurisdizioni al fine di ottenere il risarcimento dei danni per conto dei mandanti (55).

Il mandato, redatto per iscritto, non può essere sollecitato dall'ente esponenziale per mezzo di pubblicità televisiva o radiofonica, di affissioni e di lettere personalizzate. È interessante sottolineare che l'*action en représentation conjointe* non ha avuto il successo sperato da parte dei suoi sostenitori in virtù delle numerose difficoltà riscontrate dalle associazioni dei consumatori nell'assumere la difesa legali di ampi gruppi di consumatori.

Tali difficoltà hanno riguardato, in particolare, la scarsità delle risorse finanziarie, l'ingovernabilità delle controversie di massa dal punto di vista organizzativo e la carenza di una preparazione giuridica specifica all'interno degli enti esponenziali.

A ciò si aggiunge il fatto che le associazioni hanno manifestato, in principio, una scarsa propensione ad assumere la responsabilità connessa alla gestione dei procedimenti giudiziari dei propri iscritti.

Alla luce di quanto è accaduto in relazione all'*action en représentation conjointe*, il modello di azione proposto nel disegno di legge n. 3058 risulta essere obsoleto ancora prima di essere oggetto di discussione in Parlamento.

Ad ulteriore conferma di tale considerazione, è importante rilevare che l'idea di introdurre un istituto processuale analogo alle *class actions* (così come previste e disciplinate dall'ordinamento dello Stato del Québec (56)) si sta facendo rapidamente strada anche nell'ordinamento francese.

Recentemente, lo stesso Presidente della Repubblica è espressamente intervenuto sull'argomento, sollecitando l'apertura di un dibattito sulla possibilità di introdurre nell'ordinamento una *action de groupe* sulla scorta dell'esperienza del Québec (57).

L'intervento presidenziale in materia ha favorito la costituzione di una Commissione di studio alla quale è stato attribuito il compito di studiare la questione e, quindi, di porre le basi concettuali per un intervento normativo in materia (58).

7. La Legge «*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*»

Il 16 agosto 2005 il Parlamento tedesco ha approvato un

Note:

(52) C. Consolo, *Una strategia per l'efficienza giurisdizionale come base del "giusto" processo civile anche collettivo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 679.

(53) Y. Picod, *Le charme discret de la class action*, in *Dalloz*, 2005, 657.

(54) L'articolo 8-3 della legge relativo all'*action en représentation conjointe* è stato inserito, con la *Loi* n. 93-949 del 26 luglio 1993, negli articoli da 422-1 a 422-3 (*Action en représentation conjointe*) *Code de la Consommation*. Articolo 422-1: «*Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs (...)*». Da notare che l'azione in esame si distingue dall'*action collective en cessation d'agissements illicites* (Article L421-6). Le associazioni dei consumatori possono, inoltre, esercitare i diritti attribuiti alla parte civile nel processo penale in relazione ai fatti che hanno recato un danno diretto o indiretto agli interessi collettivi dei consumatori.

(55) C. Rondey, *L'action des associations de consommateurs en matière de clauses abusives*, nota a Cass. 1re civ., 1er Février 2005, in *Dalloz*, 2005, 487.

Significativo il contributo di L. Boré, *L'action en représentation conjointe: class action française ou action mort-née?*, in *Dalloz*, 1995, III, chr., 267.

(56) G. Saumier, *USA-Canada Class Actions: Trading in Procedural Fairness*, in *2 Global Jurist Advances* (<http://www.bepress.com/gj> - 20 novembre 2005), 2005, 1-42.

(57) J. Chirac, *Voeux aux corps constitués*, 4 gennaio 2005, documento consultato il 20 novembre 2005 all'indirizzo <http://www.elysee.fr>. In particolare, il Presidente della Repubblica ha evidenziato la necessità di «*(...) donner aux consommateurs les moyens de faire respecter leurs droits. Aujourd'hui ils sont démunis parce que, pris séparément, aucun des préjudices dont ils sont victimes n'est suffisamment important pour couvrir les frais d'une action en justice*».

(58) Groupe de travail présidé par G. Cerutti e M. Guillaume, *Rapport sur l'action de groupe*, 16 dicembre 2005. Il Rapporto, consultato in originale, è stato portato all'attenzione del Ministro dell'Economia, delle finanze e dell'industria e del Ministro della Giustizia.

provvedimento denominato «*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*» recante una nuova procedura per la tutela dei diritti degli investitori (59).

Detta normativa si inserisce idealmente nel piano di promozione del mercato finanziario («*Finanzmarktförderplan*») promosso dal governo nel marzo 2003 con lo scopo, tra l'altro, di migliorare il livello di tutela offerto agli investitori.

Il provvedimento in esame è soggetto ad una prima fase di «osservazione» e cesserà di avere vigore a partire dal 1° novembre 2010, ossia dopo cinque anni dal momento della sua approvazione (salva naturalmente la possibilità di procedere ad una revisione del testo e di prolungare l'efficacia della norma nel tempo).

Si tratta di una normativa che potrebbe avere importanti conseguenze sul sistema giudiziario della Repubblica Federale di Germania, nonché sull'evoluzione dello stesso diritto comunitario, e che pertanto merita di essere brevemente introdotta prima di concludere la trattazione.

Anteriormente a questa legge, il diritto processuale tedesco prevedeva la domanda giudiziale delle associazioni («*Verbandsklage*») (60) sulla quale è modellata l'azione inibitoria delle associazioni di categoria per la tutela degli interessi dei consumatori (61).

La normativa in esame, che è in vigore dal mese di novembre 2005, è stata introdotta in seguito alle numerose azioni proposte in giudizio in relazione al collocamento nel mercato finanziario tedesco delle azioni della società Deutsche Telekom AG, ex-monopolista delle telecomunicazioni.

In tale occasione, gli investitori hanno adito la Sezione Commerciale del Tribunale Regionale di Francoforte («*Kammer für Handelssachen, Landgericht Frankfurt am Main*»), contestando la presenza di dati falsi ed errati nel prospetto informativo pubblicato in occasione della terza offerta pubblica di azioni legata alla privatizzazione di Deutsche Telekom AG.

Le falsità contestate concernevano, tra l'altro, la valorizzazione del patrimonio immobiliare della società di telecomunicazioni indicata nel prospetto informativo destinato agli investitori.

Alla luce di simili argomenti, gli attori chiedevano alla corte di essere rimborsati del prezzo di acquisto delle azioni, oppure di vedersi riconosciuta la differenza tra il valore dichiarato nel prospetto informativo e quello reale dei medesimi valori mobiliari.

Il Tribunale Regionale di Francoforte ha riconosciuto la falsità di alcune informazioni previste nel prospetto informativo contestato dagli investitori, in quanto i dati in questione erano stati ottenuti con un metodo di rilevazione errato e, comunque, illegittimo.

La vicenda relativa alla Deutsche Telekom AG. ha posto in evidenza l'ingovernabilità di simili controversie di massa, inducendo il Parlamento tedesco a prevedere una procedura volta a tutelare i diritti degli investitori («*Musterfeststellungsantrag*»), evitando la formazione di giudicati contrastanti in relazione a identiche fattispecie.

La procedura qui in esame si applica specificamente alle controversie che riguardano: (a) il risarcimento del danno causato dalla presentazione di informazioni false, ingannevoli e/o dalla omissione di informazioni circa il mercato finanziario; oppure (b) l'adempimento contrattuale in relazione alle offerte pubbliche previste dalla normativa sull'acquisto e sull'assunzione di valori mobiliari («*Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*»).

Le «false informazioni» che assumono rilevanza ai fini dell'applicazione della legge sono quelle indicate nei seguenti documenti: - prospetti informativi ai sensi della normativa sui prospetti di valori mobiliari («*Wertpapierprospektgesetz*»); - prospetti di vendita di valori mobiliari previsti dalla legge sui prospetti per la vendita di valori mobiliari, nonché dalla legge relativa agli investimenti («*Verkaufsprospektgesetz e Investmentgesetz*»); - comunicazioni ai sensi dell'articolo 15 della già citata normativa sull'acquisto o sull'assunzione di valori mobiliari; - comunicazioni, quadri sinottici e relazioni contenenti notizie circa la situazione societaria, inclusi i rapporti con le società controllate di cui all'articolo 400, comma 1, della legge sulle società per azioni («*Aktiengesetz*»); - bilanci e relazioni sullo stato patrimoniale dell'emittente, anche consolidati, sia annuali che periodici; - documenti relativi all'offerta pubblica ai sensi dell'articolo 11, comma 1, della normativa sull'acquisto o sull'assunzione di valori mobiliari (62).

Ricorrendo tali presupposti, la domanda per attivare la procedura in esame deve essere presentata al giudice competente con l'indicazione dell'oggetto da accertare nel procedimento (es. le informazioni finanziarie contestate dall'attore). In particolare, la domanda di azione-modello («*Musterverfahren*») deve contenere tutte le circostanze di fatto e di diritto rilevanti ai fini della contro-

Note:

(59) *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren* («*KapJ-MuG*») 16 agosto 2005, in *Bundesgesetzblatt Jahrgang* (BGBl.) 2005 Teil 1, Nr. 50, ausgegeben zu Bonn, 19 agosto 2005. Ringrazio la dott.ssa Liselotte Mangels, consulente del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino, per il gentile aiuto nell'esame del testo della *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*.

(60) D. Baetge, *Verbandsklage und Gruppenklage - Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts*, in Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*, Tübingen, Mohr, 1999, S. 11-64 (co-autore Klaus J. Hopt).

(61) Direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in GUCÉ n. L 166 del 11 giugno 1998, 51-55.

(62) Il testo normativo indica espressamente i seguenti documenti: «(...) 1. *Prospekten nach dem Wertpapierprospektgesetz*, 2. *Verkaufsprospekten nach dem Verkaufsprospektgesetz sowie dem Investmentgesetz*, 3. *Mitteilungen über Insiderinformationen im Sinne des § 15 des Wertpapierhandelsgesetzes*, 4. *Darstellungen, Übersichten, Vorträgen und Auskünften in der Hauptversammlung über die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen im Sinne des § 400 Abs. 1 Nr. 1 des Aktiengesetzes*, 5. *Jahresabschlüssen, Lageberichten, Konzernabschlüssen, Konzernlageberichten so wie Zwischenberichten des Emittenten*, und in 6. *Angebotsunterlagen im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes*».

versia ed i mezzi di prova dei quali il ricorrente intende servirsi a sostegno delle proprie ragioni.

Nella domanda, che può venire dall'attore o dal convenuto e può essere proposta esclusivamente nel primo grado di giudizio, è fondamentale chiarire che la decisione sulla materia del contendere nel caso di specie assumerà rilevanza rispetto ad altre azioni aventi il medesimo oggetto e pendenti davanti allo stesso tribunale.

La domanda non è ammissibile ed il giudice competente è tenuto a respingere la richiesta con una ordinanza in presenza di alcune circostanze, ossia quando: la controversia rispetto alla quale occorre attivare la procedura in esame si trova già in fase di decisione; la domanda è presentata con l'illegittimo scopo di rallentare il procedimento in corso; i mezzi di prova sono insufficienti; la domanda non è adeguatamente motivata dal richiedente; e la soluzione della questione giuridica presentata dal ricorrente non è considerata rilevante per la decisione.

Al fine di attivare il meccanismo in esame, il giudice competente provvede, con una ordinanza non impugnabile, alla iscrizione della domanda in un apposito Registro pubblicato nella Gazzetta Federale elettronica ("Klageregister" e "Elektronischen Bundesanzeiger") (63).

La pubblicazione deve contenere alcune indicazioni essenziali per identificare il procedimento, e riguardanti: il convenuto e il suo rappresentante legale; gli emittenti di valori mobiliari o altri soggetti interessati dalla controversia; il giudice competente; il numero di ruolo del procedimento; l'oggetto di causa e la data di pubblicazione della domanda nel Registro.

Quando il medesimo tribunale riceve altre domande relative a controversie di uguale oggetto entro quattro mesi dalla pubblicazione della prima nel Registro, il giudice può decidere, con una ordinanza di presentazione non impugnabile, di rinviare la questione all'esame della Corte d'appello ("Oberlandesgericht") (64).

Le domande successive alla prima sono anch'esse annodate nel Registro secondo l'ordine di pubblicazione. L'ordinanza di rinvio alla Corte di appello è anch'essa pubblicata nel Registro indicando l'oggetto da accertare nel giudizio, i principali elementi della causa, le pretese delle parti ed i mezzi di prova.

Dopo la pubblicazione dell'ordinanza di rinvio, il giudice di primo grado provvede a sospendere di ufficio tutti i procedimenti pendenti la cui decisione dipende dall'accertamento condotto dalla Corte d'appello.

La litispendenza di cause di uguale oggetto è perciò una condizione per il riconoscimento del diritto ad accedere a questa procedura. In caso contrario, il giudice respinge la richiesta ed è esclusa la possibilità di reintrodurre un'altra richiesta di uguale tenore.

La Corte d'appello è chiamata ad identificare l'azione-modello tra quelle iscritte nel Registro e, quindi, a rendere una decisione sulla materia del contendere.

I soggetti che partecipano al procedimento davanti ai giudici di appello sono espressamente indicati dalla normativa qui considerata: si tratta dell'attore-modello, del

convenuto-modello e dei terzi intervenienti nel processo ("der Musterkläger, der Mustertbeklage, die Beigeladenen").

Una volta che la Corte d'appello ha identificato l'azione-modello, gli attori delle cause simili diventano di diritto dei terzi interessati e possono intervenire nel processo le regole ordinarie del Codice di procedura civile ("Zivilprozessordnung - ZPO").

L'intervento in causa presuppone, ad esempio, l'adesione alle ragioni sostenute dall'attore-modello e consente agli intervenienti di indicare i mezzi di prova e gli altri elementi che fondano le loro pretese.

La Corte d'appello determina in modo discrezionale l'attore-modello e, a tale fine, essa tiene conto dell'ammontare della pretesa e dell'accordo degli attori delle azioni iscritte nel Registro (65).

Diversamente, la normativa in esame non interviene sulla scelta del convenuto allorché, come nella vicenda Deutsche Telekom AG, vi sia la possibilità di indicare diversi soggetti. In tal modo, il numero dei convenuti citati in giudizio costituisce un ulteriore criterio di scelta dell'attore: le probabilità di essere scelti come attore-modello crescono, evidentemente, in proporzione al numero dei soggetti citati in giudizio.

Il procedimento incidentale davanti ai giudici di appello è soggetto alle disposizioni del codice di procedura civile, salvo alcuni accorgimenti dovuti alla particolare struttura di questo meccanismo. Ad esempio, la possibilità di concludere un accordo transattivo è soggetta alla volontà dell'attore-modello, del convenuto-modello e dei terzi intervenienti.

Anche la consulenza tecnica è soggetta ad alcune particolarità. In base alle regole processuali ordinarie, la corte è tenuta a nominare un consulente dietro richiesta di una delle parti soltanto se la parte interessata ha già anticipato una parte dei costi di tale consulenza presso la cancelleria della corte.

Diversamente, nel caso qui in esame, la Corte d'appello non può imporre alla parte interessata il pagamento anticipato di una parte dei costi come condizione per auto-

Note:

(63) Il Registro qui menzionato è indicato come: «Einen zulässigen Musterfeststellungsantrag macht das Prozessgericht im elektronischen Bundesanzeiger unter der Rubrik - Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - (Klageregister) öffentlich bekannt (...)».

(64) Sulla presentazione della Corte d'appello si legge che: «Das Prozessgericht führt durch Beschluss eine Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts über das Feststellungsziel gleichgerichteter Musterfeststellungsanträge (Musterentscheid) herbei, wenn 1. in dem Verfahren bei dem Prozessgericht der zeitlich erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde und 2. innerhalb von vier Monaten nach seiner Bekanntmachung in mindestens neun weiteren Verfahren bei demselben oder anderen Gerichten gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt wurden».

(65) Il modello in esame presenta alcuni punti di contatto con il Group Litigation Order laddove la corte decide una o più cause ("test-case") considerate rappresentative di un insieme di procedimenti, iscritti in un apposito Registro, dove sono presenti le medesime questioni di fatto e di diritto. Sul punto: C. Hodges, *Multi-party actions*, Oxford, 2001.

rizzare la consulenza tecnica. Tali costi sono anticipati dall'autorità pubblica e devono essere rimborsati in base all'esito del procedimento. Evidentemente, la ragione del diverso trattamento risiede nella necessità di non porre dei costi eccessivi a carico dell'attore-modello.

Successivamente al dibattimento, la Corte d'appello rende la propria decisione sull'oggetto del contendere nell'azione-modello ("den Musterentscheid") e tale ordinanza è notificata alle parti e comunicata in modo informale ai terzi intervenienti.

Vista la natura incidentale di questo procedimento, l'ordinanza non decide sui costi, lasciando la decisione su tale aspetto al giudice di primo grado.

L'ordinanza della Corte d'appello ha effetto sulle parti e sui terzi intervenienti, vincolando la decisione del giudice di primo grado in relazione alle altre azioni recanti il medesimo oggetto di causa e iscritte nel Registro. Tali procedimenti, inizialmente sospesi per consentire la decisione sulla azione-modello, riprendono il loro corso dietro l'impulso della parte interessata.

L'ordinanza è appellabile presso la Corte Suprema Federale e trattandosi di un appello nell'interesse generale non è prevista la possibilità di negare l'appello a discrezione della corte.

A questo punto, il giudice di primo grado dovrà esaminare le istanze strettamente individuali relative alla quantificazione del danno di parte attrice e alla ripartizione dei costi del procedimento.

Non è possibile dire se (e in quale misura) questo meccanismo renderà più rapida ed efficace la giustizia civile nel risolvere le controversie di massa relative al mercato finanziario.

I presupposti dell'azione-modello non sono sempre chiari dal punto di vista applicativo e la medesima azione ap-

pare difficilmente governabile in presenza di un elevato numero di terzi intervenienti, che godono di una posizione analoga a quella dell'attore-modello, potendo perciò presentare deduzioni, controdeduzioni e mezzi di prova.

La complessità del lavoro preparatorio alla fase incidentale e la possibilità di appellare la sentenza davanti alla Corte Suprema Federale potrebbero, inoltre, limitare la speditezza e l'efficacia di tale istituto processuale.

Mi riferisco, per esempio, alla litispendenza delle cause che costituisce un presupposto indispensabile per attivare detto meccanismo. Dal momento che la litispendenza non potrà sempre verificarsi, è lecito chiedersi quale sarà la sorte degli investitori che non sono stati altrettanto tempestivi nell'agire in giudizio per tutelare i propri interessi.

La normativa in esame aumenterà con buona probabilità il carico di lavoro delle Corti d'appello, che sono chiamate a circoscrivere l'azione-modello ed a decidere nel merito della questione, e renderà ancora più articolata l'attività dei giudici di primo grado ai quali spetta la macchinosa istruzione dell'ordinanza di presentazione alla Corte d'appello.

Infine, i giudici di primo grado saranno chiamati a riassumere i procedimenti in seguito alla fase incidentale presso le Corti d'appello e avranno il compito di risolvere le complesse questioni ancora aperte relative al nesso di causalità e alla determinazione e liquidazione del *quantum* di ciascuna pretesa individuale.

Nonostante le perplessità qui accennate, il meccanismo dell'azione-modello ("Musterverfahren") merita indubbiamente di essere approfondito nella prospettiva di assicurare un'effettiva tutela giurisdizionale ai diritti dei cittadini europei negli incerti frangenti delle controversie di massa.

RIVISTE

Il Lavoro nella giurisprudenza

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Direzione scientifica: Franco Carinci, Michele Miscione

Periodicità: mensile



Il mensile che informa con puntualità sulle novità giurisprudenziali in tema di rapporto di lavoro, previdenza sociale, prevenzione infortuni e igiene del lavoro, processo del lavoro. Accanto a qualificati articoli di dottrina, contiene numerose rubriche dedicate alla giurisprudenza della Corte di Cassazione e alla magistratura di merito; le sentenze più significative e innovative sono pubblicate integralmente e commentate autorevolmente.

Il servizio online, compreso nel prezzo e riservato esclusivamente agli abbonati è

consultabile all'indirizzo www.ipsa.it/il-lavoronellagiurisprudenza e permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 172,00

Per informazioni

- Servizio Informazioni Commerciali (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsa di zona (www.ipsa.it/agenzie)
- www.ipsa.it