ISSN 2532-8913
Numero 4/2019

La nuova azione di classe. Una riforma critica con impatti anche sull'energia

di Francesco Piron

La legge 12 aprile 2019, n. 31, "Disposizioni in materia di azione di classe", pubblicata in Gazzetta ufficiale Serie Generale n. 92 del 18-04-2019, riforma in modo radicale la disciplina di questo istituto – ad oggi contenuta nell'articolo 140-*bis* del Codice del Consumo – allargandone il campo di applicazione e riconducendone la disciplina all'interno del codice di procedura civile, come nuovo titolo VIII-*bis* del libro quarto ("dei procedimenti collettivi", articoli da 840-*bis* a 840-*sexiesdecies*)[1].

Come noto l'azione di classe sino ad oggi ha avuto una limitatissima applicazione pratica anche a causa dei continui interventi legislativi di rinvio e di riforma[2]. Basti pensare che con la riforma in esame si avvia infatti la quarta versione dell'azione di classe del nostro ordinamento.

Le nuove disposizioni entreranno in vigore decorsi dodici mesi dalla pubblicazione della legge nella Gazzetta e dunque il 19 aprile 2020.

Agli illeciti commessi anteriormente continueranno ad applicarsi le disposizioni del Codice del Consumo (articolo 140-*bis*) le quali configurano l'azione di classe, rispetto alla nuova disciplina,

---

[1] Legge 12 aprile 2019, n. 31, recante "*Disposizioni in materia di azione di classe*", pubblicata in G.U. n. 92 del 18 aprile 2019. Cfr. in dottrina: L. Caputo – M. Caputo, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Collana Il Civilista, Giuffrè, Milano, 2019; S. Brazzini - P. P. Muià, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Giappichelli, Torino, 2019; AA.VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. Sassani, Pacini editore, Pisa, 2019; R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno responsabilità*, 3/2019, 301; G. Ponzanelli, *La nuova* class action, in *Danno responsabilità*, 3/2019, 306; M. Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno responsabilità,* 3/2019, 309; P. G. Monateri, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno responsabilità*, 3/2019. Cfr. altresì per primi commenti alla riforma: A. Palmieri, *Class Action in G.U.: nuovi orizzonti per la tutela collettiva*, in www.quotidianogiuridico.it; C. Consolo, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario.it, aprile 2019; A. Palmieri, *La class action consumeristica inciampa sul danno non patrimoniale*, in *Quotidiano giuridico (il)*, 13 giugno 2019; C. Consolo, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Il Corriere Giuridico*, 6/2019, 737; M. Malavasi, *La riforma della class action: una prima lettura*, in www.dirittobancario.it, aprile 2019; P. Florio, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in www.ilcaso.it, 23 giugno 2019; E. Girino, *Class action in pillole: vademecum operativo*, www.dirittobancario.it, giugno 2019; nonché i *dossier* AA.VV., *Come cambia la class action*, *I Focus del Sole 24 Ore*, 2019, e Assonime, Circolare n. 17 del 29 luglio 2019, "*Disciplina dell'azione di classe e dell'azione inibitoria collettiva nel Codice di procedura civile*".

[2] Cfr. *ab origine* la Legge 24 dicembre 2007 n. 244 che all'art. 2, commi 445-449 aveva previsto l'azione di classe nell'art. 140-*bis* inserito nel codice del consumo. Questa prima versione dell'art. 140-*bis* non è mai entrata in vigore, infatti dopo essere stata ripetutamente rinviata la data di entrata in vigore è solo con l'art. 49 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 che viene integralmente sostituito il testo dell'art. 140-*bis* citato, divenuto finalmente efficace il 1° gennaio 2010. A distanza di due anni l'articolo 140-*bis* viene poi modificato dall'articolo 6 del DL 24 gennaio 2012 n.1.

come uno strumento dall'ambito di applicazione molto più limitato. Di fatti le finalità dell'istituto, secondo la disciplina consumeristica, sono la tutela dei diritti individuali dei consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea ("*diritti individuali omogenei*") nonché la tutela di interessi collettivi (comma 1). Con l'azione si fa valere la violazione di diritti contrattuali (es. diritti fondati su un contratto sottoscritto per adesione da una pluralità di consumatori) o di diritti omogenei comunque spettanti al consumatore finale del prodotto (es. diritto al risarcimento danni da prodotto difettoso) o servizio (a prescindere da un rapporto contrattuale) o di diritti omogenei violati da comportamenti anticoncorrenziali o da pratiche commerciali scorrette (comma 2). L'oggetto dell'azione[3] è l'accertamento della responsabilità e la condanna al

[3] Quanto agli aspetti procedimentali, si ricorda sinteticamente che il procedimento è scandito in due fasi. La prima, volta alla pronuncia sull'ammissibilità dell'azione di classe. La seconda, finalizzata invece alla decisione nel merito. In caso di accoglimento della domanda, il procedimento si conclude con la sentenza di condanna alla liquidazione in via equitativa delle somme dovute agli aderenti all'azione di classe o alla definizione di un criterio omogeneo di calcolo per la suddetta liquidazione. La domanda si propone con atto di citazione al tribunale del capoluogo della Regione in cui ha sede l'impresa. La competenza è attribuita al tribunale in composizione collegiale con il possibile intervento anche del PM, ma solo per il giudizio di ammissibilità dell'azione (commi 4 e 5)(1). Si apre a questo punto la prima fase del procedimento, dedicata ad un'udienza filtro per la pronuncia sull'ammissibilità dell'azione di classe. Il tribunale si pronuncia (con ordinanza) all'esito della prima udienza (a meno che non sia necessario disporre una sospensione del giudizio per attendere la pronuncia di un'autorità indipendente o del giudice amministrativo).

La domanda è dichiarata inammissibile quando (comma 6): è manifestamente infondata; sussiste un conflitto di interessi; il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili; il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Se il tribunale non ammette l'azione, deve comunque regolare le spese e ordinare la pubblicità dell'ordinanza di inammissibilità a cura e a spese del soccombente (comma 8). Se il tribunale ammette l'azione, regola le spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente. L'ordinanza è reclamabile entro 30 giorni in corte d'appello che, a sua volta, decide entro 40 giorni dal deposito del ricorso con ordinanza camerale (comma 7). Il reclamo non ha, tuttavia, effetti sospensivi del procedimento davanti al tribunale.

Con l'ordinanza che ammette l'azione, il tribunale deve (comma 9):

- definire i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

- fissare termini e modalità della più opportuna pubblicità dell'azione, per consentire l'adesione degli appartenenti alla classe (l'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda), possibile senza ministero di un difensore. Copia dell'ordinanza di ammissibilità dell'azione deve essere trasmessa al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet;

- fissare un termine perentorio, non superiore a 120 giorni dall'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione devono essere depositati in cancelleria, anche a mezzo dell'attore, e anche tramite PEC o fax; gli atti devono contenere l'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere; la documentazione probatoria. Dopo la scadenza del termine non saranno più proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa; saranno possibili solo ricorsi individuali da parte di coloro che non abbiano aderito all'azione collettiva.

Si apre dunque la seconda fase nella quale il Tribunale definisce il procedimento nel merito, eventualmente condannando l'impresa soccombente alla liquidazione del danno. In merito il tribunale può (comma 12):

- ordinare all'impresa il pagamento, in via equitativa, delle somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione oppure;

- definire un criterio omogeneo di calcolo per la suddetta liquidazione assegnando alle parti un termine di 90 giorni per raggiungere un accordo sull'entità del risarcimento. In tale caso, il verbale di accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo; in mancanza di accordo, su istanza di parte, è invece il giudice che liquida le somme dovute agli aderenti all'azione.

La sentenza che definisce il giudizio diviene esecutiva decorsi 180 giorni dalla pubblicazione; fa stato per tutti gli aderenti all'azione e rende improponibile per i medesimi fatti e nei confronti degli stessi soggetti una nuova azione di classe. In caso di proposizione di appello, l'appellante può chiedere la sospensione dell'efficacia della sentenza di primo

risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori (comma 2). La legittimazione ad agire in giudizio, sempre stando al Codice del Consumo, viene riconosciuta ai singoli cittadini consumatori ("*ciascun componente della classe"*) anche mediante associazioni cui diano mandato o comitati cui partecipino (comma 1). E' poi possibile per altri consumatori aderire all'azione di classe, l'adesione comporta la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale.

Ciò premesso quanto alla disciplina dell'"azione di classe consumeristica", nel presente contributo si cercherà invero di delineare sinteticamente, sulla base di una prima lettura, i tratti salienti della nuova azione di classe -evidenziando le principali novità e differenze rispetto a quella consumeristica- nonchè i possibili (nuovi) rischi per le "*imprese e gli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità*" specie in settori strategici come quello dell'energia.

La riforma si caratterizza per avere previsto una significativa estensione dell'ambito di applicazione dell'azione di classe, come vedremo meglio di seguito, nonché per l'ampliamento degli strumenti di tutela, con la previsione - contenuta anch'essa nel codice di procedura civile, accanto all'azione di classe - di un'azione inibitoria collettiva verso gli autori di condotte pregiudizievoli di una pluralità di individui.

Dal punto di vista oggettivo, l'azione sarà esperibile a tutela delle situazioni soggettive maturate a fronte di condotte lesive, per l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

L'art. 840-*bis*, comma 2 c.p.c. prevede la legittimazione attiva: (i) di "*ciascun componente della classe*"; nonché di (ii) ogni "*organizzazione*" o "*associazione*", "*senza scopo di lucro*", "*i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti*", purché "*iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia*".
Sotto entrambi i profili, la nuova disciplina si discosta da quella dell'azione di classe consumeristica, ampliandone notevolmente la portata.
Eliminando infatti ogni riferimento a consumatori e utenti - data la nuova collocazione della disciplina, sottratta appunto al Codice del Consumo - l'azione sarà sempre esperibile da tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie in relazione a lesione di "*diritti individuali omogenei*", quindi nel mondo dell'energia non solo i consumatori (ovvero tipicamente i clienti domestici nel settore della fornitura di energia al dettaglio) ma anche clienti industriali, operatori attivi nei vari segmenti della filiera accomunati da situazione omogenee.

Inoltre potrà essere avviata anche da "*organizzazioni*" o "*associazioni*" senza scopo di lucro che abbiano come scopo la tutela dei suddetti diritti omogenei e che si siano iscritte in un apposito pubblico elenco costituito con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico[4], previo parere delle competenti commissioni parlamentari (art. 196-*ter* disp. att. c.p.c., introdotto dalla Legge 31/2019[5]). Tra i "*requisiti*" per l'iscrizione si prevede anche la

grado (comma 13). La decisione sull'azione collettiva non limita comunque il diritto all'azione individuale per chiunque non abbia aderito all'azione di classe (comma 14).

[4] Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 29 luglio 2019, 9, ove si evidenzia che con ogni probabilità le associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, già contenute nell'elenco istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico *ex* art. 137 cod. cons., confluiranno anche nel nuovo elenco, se si seguiranno i medesimi criteri di ammissione. In tal senso cfr. S. Brazzini – P. P. Muià, *op. cit.*, 69, i quali avrebbero auspicato una precisazione in tal senso già a livello legislativo.

[5] Più nello specifico il decreto attuativo stabilirà: (i) i "*requisiti*" per l'iscrizione nell'elenco, avuto riguardo alle "*finalità programmatiche*" dell'ente esponenziale, alla sua "*adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati*" e alla sua "*stabilità e continuità*"; e (ii) i "*criteri"* per la sospensione e la cancellazione dell'ente stesso, sui

"*verifica delle fonti di finanziamento*" impiegate dall'ente. L'aspetto di sostanza a cui bisogna guardare attentamente è infatti l'indipendenza finanziaria dell'ente esponenziale da imprese e pubblici gestori. Tale aspetto, oltre a sussistere al momento dell'iscrizione nell'apposito elenco, deve permanere nel tempo. Da questo punto di vista si auspica pertanto che nel decreto attuativo venga prevista una vigilanza ministeriale periodica sul permanere dei requisiti in capo agli enti iscritti nell'elenco.

Quanto alla legittimazione autonoma di tali enti esponenziali all'esperimento dell'azione collettiva, si tratta di una novità importante. Nella disciplina dell'azione di classe consumeristica, che pure contempla gli "*interessi collettivi*" tra le situazioni giuridiche soggettive tutelabili con l'azione di classe, non è infatti attribuito alle associazioni di categoria un autonomo diritto di azione: il singolo "*componente della classe*" può semplicemente farsi rappresentare in giudizio da tali organizzazioni. Tali enti sono quindi stati sinora legittimati a esperire la sola azione collettiva *ex* art. 140 Codice del Consumo (a carattere inibitorio/ripristinatorio), non anche l'azione risarcitoria/restitutoria *ex* art. 140-*bis*. Di contro, la nuova disciplina non contempla più la possibilità per il singolo "*componente della classe*" di agire "*mediante associazioni*" (art. 140-*bis*, comma 1 Codice del Consumo)[6].

Sul fronte della legittimazione passiva, ai sensi dell'art. 840-*bis*, comma 1 c.p.c. il convenuto dev'essere anzitutto l'autore della condotta lesiva. Potranno essere convenuti in giudizio, "*relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività*[7]", i seguenti soggetti:

(i) "*imprese*"[8];

(ii) "*gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità*".

---

quali la legge non offre tuttavia alcuna indicazione. Cfr. C. Consolo, *La terza edizione della azione di classe*, cit., 738, il quale evidenzia la mancanza di una specifica disciplina normativa per l'ipotesi in cui la sospensione o la cancellazione dall'albo intervengano *pendente iudicio.*

[6] Non sembra, comunque, preclusa al singolo la possibilità di conferire un mandato con rappresentanza a simili enti esponenziali, ai fini dell'instaurazione di un'azione di classe ex art. 840-bis c.p.c. Nel vigore dell'art. 140-bis c.p.c. l'orientamento giurisprudenziale prevalente si è espresso sulla possibilità dell'ente esponenziale di stare in giudizio in nome e per conto di un componente della classe, in forza di un mandato dallo stesso conferito, anche in mancanza del potere di disporre del diritto sostanziale dedotto in giudizio. La risposta positiva - contraria a quanto ordinariamente affermato in materia di rappresentanza processuale - è stata sinora giustificata dalla giurisprudenza in base alla considerazione che si trattava di una rappresentanza "sui generis" prevista espressamente dalla legge, concettualmente più prossima alla rappresentanza tecnica del difensore che a quella sostanziale prevista dal Codice di Rito (cfr. Corte di appello di Torino, sez. I, 23 settembre 2011). Il componente della classe che dovesse farsi rappresentare in giudizio da un ente esponenziale dovrà attribuire allo stesso il potere di disporre del diritto controverso, non essendo più prevista, nel nuovo quadro normativo, la possibilità per il singolo "componente della classe" di agire "mediante associazioni".

[7] La precisazione che l'azione di classe trova applicazione agli "atti e comportamenti" posti in essere dalle imprese e dai pubblici gestori "nello svolgimento delle loro rispettive attività" non appare particolarmente giustificata, se non con riferimento agli imprenditori che siano persone fisiche (per i quali è certamente opportuno differenziare l'attività d'impresa dall'attività propria della persona fisica).

[8] Il riferimento alle "imprese" non parrebbe doversi interpretare come mero rinvio all'art. 2082 c.c., che definisce la figura dell'"imprenditore". Di fatti la giurisprudenza nel corso degli ultimi anni, già con riferimento all'azione di classe secondo il Codice del Consumo, aveva avuto modo di far rientrare nella nozione di "impresa" tanto i professionisti quanto gli enti di natura pubblica o privata i quali, operando con metodo imprenditoriale ed eventualmente anche in assenza di scopo di lucro, eroghino servizi pubblici all'utenza. Cfr. Tribunale Roma, 27 aprile 2012, in NGCC, 2012, I, 903, con nota di M. Libertini – M. Maugeri, Azione di classe: definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori. In ogni caso, nella nozione di "impresa" sembrerebbero doversi far rientrare, in mancanza di indicazioni contrarie: (i) tanto le persone fisiche quanto le società; e (ii) non solo gli imprenditori commerciali, ma anche gli imprenditori agricoli e i piccoli imprenditori. Quanto alla legittimazione passiva degli enti che eroghino servizi pubblici o di pubblica utilità, il tenore letterale della nuova disposizione sembra invece non lasciare più dubbi.

Il riferimento specifico (come destinatari) ai gestori di pubblici servizi o servizi di pubblica utilità non è casuale. La disciplina consumeristica non chiarisce, infatti, se non indirettamente, se tra i potenziali convenuti debbano essere ricompresi anche i gestori di pubblica utilità o di servizi pubblici, che vengono enunciati solo nel comma 12 dell'art. 140-*bis* del Codice del Consumo, relativo al contenuto della sentenza di condanna[9]. In ogni caso, anche il riferimento, contenuto nell'art.140-*bis*, agli "utenti" pare deporre nel senso dell'ammissibilità di un'azione di classe consumeristica nei confronti di pubblici gestori.
Ora tornando alla nuova disciplina, il legislatore con riferimento alla legittimazione passiva dei "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità" non ha ritenuto di meglio precisare chi siano tali soggetti. In ogni caso il riferimento non sembra, comunque, limitato ai soli "concessionari" dei servizi predetti, dovendosi invece ragionevolmente includere anche gli enti pubblici incaricati della gestione diretta dei servizi stessi. Saranno pertanto possibili destinatari della nuova azione di classe imprese ed enti gestori di servizi di interesse generale assoggettati ad obblighi di servizio pubblico nell'ampia accezione del diritto comunitario: questi possono riferirsi a servizi di interesse generale privi di rilevanza economica - istruzione, sanità, protezione sociale - ma anche e soprattutto a servizi di interesse economico generale, tra cui le Tlc, le poste, i trasporti e, per quanto qui di interesse, l'energia elettrica e il gas naturale appunto.

Nell'ambito del settore energia la platea dei futuri possibili destinatari dell'azione di classe sembra dunque essere, almeno potenzialmente, molto ampia e comprende non solo e non tanto i gestori delle reti, nell'ambito della filiera dell'energia elettrica o di quella del gas naturale, ma soprattutto la categoria (molto numerosa) degli esercenti la vendita di energia. E' infatti la stessa L. n. 481/1995 istitutiva dell'Autorità, che disciplina la concorrenza e regolazione di attività, compresa la vendita di energia, caratterizzate per esplicita scelta del legislatore dalla connotazione di pubblica utilità. Si tratta, in altri termini, di attività economiche riconducibili alla predetta nozione comunitaria di "servizi di interesse generale" con cui oggi si deve ritenere coincida la nozione di "servizio pubblico" nel nostro ordinamento[10]. Nella categorizzazione odierna del servizio pubblico

---

[9] Tale aspetto è stato poi chiarito dalla giurisprudenza. Cfr. *ex multis* Tribunale Roma, 27 aprile 2012 cit.

[10] Cfr. in dottrina: Amato, G., *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss.; Bruti Liberati, E.- Donati, F., a cura di, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; Caravita, B., Commento all'art. 32, in Crisafulli, V. Paladin, L., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 215 ss.; Cassese, S., *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost*., 1960, 1344; Cassese, S., *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; Corso, G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.; D'Alberti, M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; D'Alberti, M., *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in Rabitti Bedogni, C.-Barucci, P., a cura di, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, II, Torino, 2010, 753 ss.; De Benedetto, M., *Istruzione pubblica e privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007; De Vincenti, C. Vigneri, A., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, 2011; Di Porto, F., *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza, E. Gabrielli, E., VI, Padova, 2008; Di Gaspare, G., *I servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; Giannini, M.S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, I, Milano, 1977, 139 ss.; Giannini, M.S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; Gigante, M., *L'istruzione*, in *Tratt. Cassese*, pt. spec., I, Milano, 2003, 779 ss.; Janneau, B., *Droit des services publics et des entreprises nationales*, Paris, 1984; Merusi, F., *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; Merusi, F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, *"Annuario 2001"*, 2002, Milano, 63 ss.; Merusi, F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; Napolitano, G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; Rangone, N., *Nozioni e regole*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, *"Annuario 2001"*, 2002, Milano, 193 ss.; Rangone, N., *Uguaglianza e disciplina pubblica dei beni necessari ad operare nei servizi*, in Rodotà, S. (a cura di), *I beni Pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile,* Roma, 2010, 341 ss.; Renna, M., *Beni pubblici*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, I, Milano, 2006, 714 ss.; Rescigno, G.U., Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali, in Dir. *pubbl*., 2002, 5 ss.; Romano, A. *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm*., 1991, n. 4, 472; Sandulli, A., *Il buono-scuola agli alunni delle scuole paritarie: perplessità e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 8 ss.; Sciullo, G., *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*,

si conferma, quindi, l'indifferenza per quale che sia il soggetto erogatore (pubblico o privato), mentre ciò che rileva è proprio la natura del servizio, che mira a soddisfare il perseguimento di interessi generali e che ne legittima, pertanto, una intensa regolazione. Da tale punto di vista, proprio l'intervento regolatorio relativo al servizio di vendita dell'energia risulta particolarmente significativo, specie considerato che gli stessi contratti di somministrazione sono sottoposti ad un penetrante regime vincolistico imposto dall'ARERA[11] la quale, in virtù dei poteri ad essa attribuiti anzitutto dalla 481/1995 adotta delibere che stabiliscono addirittura i contenuti contrattuali obbligatori, limitando così incisivamente la libertà negoziale delle parti[12].

Ciò comporta in termini pratici che in settori come l'energia (ma lo stesso vale per i servizi idrici integrati, i servizi ambientali, le Tlc ecc.), caratterizzata dall'elevato numero di utenti coinvolti e da una pervasiva regolazione, vi potranno essere molteplici situazioni oggetto di azioni di classe derivanti ad esempio dall'interruzione temporanea dell'erogazione del servizio di fornitura di elettricità in una determinata zona, da un'errata fatturazione di energia elettrica e/o di gas naturale in violazione alle previsioni della regolazione (v. Bolletta 2.0[13]) che coinvolga una pluralità di clienti finali, e qualsiasi altro disservizio lesivo di una categoria di soggetti omogenea operanti nei della filiera dell'energia (es. eventuale disservizi di un gestore di rete nei confronti di utenti industriali serviti dalla propria rete).

Quanto alla fase di adesione all'azione di classe anche qui si registra una significativa novità rispetto al Codice del Consumo che consentiva la richiesta di adesione solo dopo l'ordinanza di ammissibilità dell'azione. La riforma infatti prevede che i titolari dei diritti individuali omogenei possano presentare in via telematica - e solamente nell'ambito del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della Giustizia - la richiesta di adesione in due diversi momenti: i) dopo l'ordinanza di ammissibilità, entro un termine perentorio fissato dal giudice, altrimenti anche ii) a seguito della sentenza che accoglie l'azione (accertando la responsabilità del convenuto) seppure, anche in questo caso, entro un termine perentorio fissato dal giudice.

---

in *Aedon*, 2004, n. 3; Sorace, D., *I servizi pubblici*, in *Ammin.*, 2001, p. 385 ss.; Tesauro, G. D'Alberti, M., a cura di, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001.

[11] L'autorità del settore energetico, ora Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA), ha assunto in passato diverse denominazioni: dalla sua istituzione il 14 novembre 1995 fino al 24 dicembre 2013, l'autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), e fino al 27 dicembre 2017 Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico (AEEGSI), è un'autorità formalmente indipendente che, come l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) e l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), ha la funzione di favorire lo sviluppo di mercati concorrenziali nelle filiere elettriche, del gas naturale e dei servizi idrici, principalmente tramite la regolazione tariffaria, dell'accesso alle reti, del funzionamento dei mercati e la tutela degli utenti finali. L'attuale autorità (ARERA), oltre che avere la funzione di «*garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori*», esercita anche particolari poteri in materia di qualità, tariffe e costi dei servizi idrici integrati, inizialmente assegnate all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, ente costituito nel maggio 2011 e soppresso dopo pochi mesi dal decreto "Salva Italia" (d.l. n. 201 del 2011). Successivamente, con la legge di bilancio 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205) sono stati attribuiti all'autorità compiti di regolazione e controllo anche nel settore dei rifiuti, trasformando anche la denominazione dell'ente che diventa dal 1º gennaio 2018 ARERA. Per un quadro delle specifiche competenze attribuite ad ARERA, cfr. L. Musselli, *La regolazione della gestione dei rifiuti: verso nuove competenze dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico*, in F. Merusi – S. Antoniazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, 278 ss.

[12] Cfr. in dottrina da ultimo D. Fauceglia, "*I contratti di utenza di energia elettrica e i poteri dell'Autorità indipendente del settore energetico: un esempio di integrazione del contratto*" in *Rivista di diritto dell'Impresa 1/19,* 2019, pag. 87 ss.

[13] Cfr. Delibera ARERA 16 ottobre 2014 n. 501/2014/R/com ss.mm.ii.

La legge 31/19 articola il procedimento della nuova azione di classe in tre fasi: la prima e la seconda relative, rispettivamente, all'ammissibilità dell'azione e alla decisione sul merito, che si svolgeranno (anche nel diverso caso della proposizione di un'azione inibitoria collettiva) avanti la sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale (e Corte d'Appello) competente in base alla sede della parte resistente, e l'ultima fase, affidata ad un decreto del giudice delegato, relativa alla liquidazione delle somme agli aderenti alla classe[14].
Tale decreto costituisce titolo esecutivo e può essere oggetto di opposizione. Se il resistente adempie spontaneamente le somme sono versate in un conto vincolato e dedicato e da distribuirsi agli aderenti all'azione di classe secondo un piano di riparto predisposto dal rappresentante comune. In caso di mancato adempimento delle obbligazioni di pagamento, anche la procedura di esecuzione forzata potrà essere esercitata in forma collettiva.

Alla nuova azione di classe si applicherà la disciplina processuale del rito sommario di cognizione del codice di procedura civile.
A tale proposito è opportuno segnalare alcuni dettagli che potrebbero rivelarsi molto onerosi per le imprese destinatarie di una azione di classe.

Con riferimento ad es. alla cd. *disclosure*, si consideri che il giudice competente potrà avvalersi di poteri istruttori rafforzati, soprattutto per quanto riguarda l'esibizione documentale. Potrà quindi ordinare, su istanza motivata del ricorrente (tipicamente un'associazione dei consumatori ma comunque anche qualsiasi cd. componente della classe legittimato ad agire), all'impresa resistente l'esibizione di elementi di prova o categorie di prove rilevanti che possono riguardare anche informazioni riservate dell'impresa stessa. L'inottemperanza all'ordine di esibizione (o peggio l'eliminazione di prove rilevanti ai fini del giudizio) sono sanzionate fino a 100.000 euro.

Ancora, quanto all'istruzione del giudizio, vi è un'ulteriore novità che potrebbe rilevarsi molto critica ossia si è previsto che il Tribunale competente, ai fini dell'accertamento delle responsabilità del resistente "*può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici*" (cfr. art. 840-*quinquies*, comma 4 del c.p.c.). Un regime probatorio quindi che apre a possibili (per non dire probabili) scenari di decisioni basate su (pericolose) approssimazioni.

E' inoltre prevista una pubblicità del procedimento molto diffusa. Mentre la disciplina dell'"azione di classe consumeristica prevede che sia pubblicata (solamente) l'ordinanza di ammissibilità, dal 19 aprile 2020 verrà pubblicata qualsiasi domanda di classe, senza alcun controllo preliminare. Più precisamente il ricorso - (ossia un atto assolutamente di parte ove le contestazioni di presunte condotte lesive, da parte dell'impresa resistente, di (asseriti) diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio, potrebbero, quindi, in una fase successiva rivelarsi del tutto insussistenti o non dimostrate) - è infatti pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici dei Ministero della giustizia; *idem* per l'ordinanza che decide sull'ammissibilità della domanda e per la sentenza

[14] A questo proposito, giova menzionare un'altra previsione innovativa della nuova disciplina ossia l'introduzione del c.d. compenso di "quota lite": un importo che l'impresa o l'ente convenuto in giudizio, in caso di soccombenza, è tenuto a corrispondere al rappresentante comune degli aderenti alla class action e ai legali del ricorrente, in aggiunta alla somma dovuta a ciascun aderente a titolo risarcitorio. Si tratta di un compenso premiale, che viene calcolato come percentuale dell'importo complessivo che il soccombente deve pagare a tutti gli aderenti e in misura inversamente proporzionale rispetto al numero dei componenti la classe. Molti sono i dubbi sollevati in merito a tale novità, considerata come un incentivo eccessivo alla proposizione di azioni di classe, con possibili distorsioni del sistema. Il tutto peraltro in contrasto la Raccomandazione della Commissione 2013/396/UE, sui meccanismi di ricorso collettivo, che suggerisce agli Stati membri di evitare sistemi di definizione degli onorari degli avvocati che possano creare incentivi alla litigiosità. Anche Assonime è molto critica sul punto: "*questo meccanismo di remunerazione introduce forti incentivi alla litigiosità e aggrava l'onere dell'impresa resistente ben oltre la somma delle pretese dei singoli componenti della classe, conferendo al sistema una connotazione punitiva estranea al nostro ordinamento*" (Circolare cit. n. 17 del 29 luglio 2019, 28-29).

che decide il merito e dichiara aperta la procedura di adesione. Questa ampia pubblicità, se per un verso, ha la (comprensibile) funzione di pubblicizzare il procedimento ai fini delle eventuali adesioni, d'altro canto, specie nel caso di azioni abusive o pretestuose, rischia di avere effetti devastanti sulla reputazione dell'impresa destinataria dell'azione.

Infine si noti che se il Tribunale nomina un consulente tecnico d'ufficio, l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso di quest'ultimo sono posti a carico dell'impresa resistente.

La riforma si caratterizza oltre che per la significativa estensione dell'ambito di applicazione dell'azione di classe, come abbiamo già visto, anche per l'ampliamento degli strumenti di tutela, con la previsione accanto all'azione di classe, di un'azione inibitoria collettiva verso gli autori di condotte pregiudizievoli di una pluralità di individui. L'ultima previsione del nuovo Titolo VIII-*bis* del Libro IV del Codice di rito, ossia l'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., è dedicata infatti alla azione inibitoria collettiva, istituto già contemplato nel Codice del Consumo, ma anche in questo caso rivisto ed ampliato soprattutto sotto il profilo dell'ambito di applicazione.

Con la nuova azione inibitoria collettiva, "*chiunque abbia interesse*" (non più solo le associazione dei consumatori e utenti) può chiedere al giudice competente di ordinare a imprese e a gestori di servizi di pubblica utilità (nell'ampia accezione che abbiamo sopra illustrato) di cessare o non reiterare un comportamento lesivo di una pluralità di individui o enti.

La domanda si propone con le forme del procedimento camerale davanti alla Sezione Specializzata in materia di impresa del Tribunale del luogo ove ha sede il resistente.

L'estensione dell'ambito di applicazione (come si è visto non più limitata ai consumatori ma ricomprendendo una vasta gamma di soggetti e situazioni aventi ad oggetto diritti omogenei nell'ambito della filiera) e degli strumenti di tutela previsti dalla nuova legge unitamente alle (illustrate) peculiarità procedurali e processuali che governeranno la futura azione di classe esporranno, ad avviso di chi scrive, i potenziali destinatari di tali azioni e in particolare – per quanto qui di interesse - gli operatori del settore energia a notevoli rischi sia in termini economici (pretese risarcitorie, spese processuali, risorse dedicate, ecc.) sia in termini reputazionali (rischio della gogna mediatica anche in fasi assolutamente preliminari dell'azione).

Le azioni preventive poste in essere dagli operatori si riveleranno pertanto essenziali per scongiurare, ove possibile, la stessa proposizione di un'azione di classe, ovvero che si concretizzino i presupposti perché una tale azione possa essere positivamente promossa.

In questa prospettiva, la massima attenzione dovrà essere dedicata alla compliance aziendale[15] lato qualità e *customer care*, in particolare, al miglioramento del sistema di gestione dei reclami e/o

[15] Una particolare sensibilità al tema della compliance aziendale proviene anzitutto dal contesto internazionale. Già nel 2011 infatti l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico ("OCSE") ha diffuso una pubblicazione in materia di diritto della concorrenza "*Promoting Compliance with Competition Law*" ove viene sottolineato l'importanza della creazione di una cultura della compliance per qualsiasi impresa specie attraverso il coinvolgimento e sostegno tangibile del top management. Anche in ambito comunitario, la Commissione europea si è notevolmente impegnata negli anni più recenti nella divulgazione alle imprese del valore della compliance. Ad es. nel 2012 e 2013 è stata pubblicata una brochure informativa "Rispettiamo le regole" e resa disponibile sulla web site della Commissione diversa documentazione di carattere divulgativo e di indirizzo in materia, tra cui ad es. l'"Antitrust Compliance Toolkit" (ossia una breve guida sulle regole basilari per un'azienda per implementare internamente un programma di compliance antitrust).

In ambito domestico, è esemplare il recente caso delle *Linee Guida sulla compliance antitrust* approvate nel settembre del 2018 dall'AGCM dopo apposita consultazione. Del resto l'Antitrust italiana, proprio con specifico riferimento al valore della *compliance* aziendale, già da tempo infatti assegna a quest'ultima un ruolo molto importante, tanto da

delle contestazioni dei clienti finali per poter accertare tempestivamente eventuali situazioni critiche e così porre in essere tutte le necessarie manovre correttive. Sotto tale profilo i legali interni, spesso i migliori conoscitori delle specifiche problematiche aziendali, rivestono un ruolo chiave anche (e non solo) nella gestione, anzitutto in chiave preventiva, dei contenziosi, in collaborazione con i legali esterni. Altrettanto importante specie nel caso degli esercenti la vendita di energia ai clienti finali domestici sarà l'attività di auditing e monitoraggio periodico dei rapporti in essere con gli agenti, gli addetti al porta a porta, eventuali call center per il teleselling ecc.

Sotto diversa prospettiva, si raccomanda di valutare attentamente anche gli spazi per accordi di natura transattiva o conciliativa previsti (o meglio incentivati) dalla nuova disciplina sull'azione di classe. L'art. 840-*quaterdecies*, comma 1 consente infatti espressamente la formulazione a opera del giudice di proposte non solamente di natura transattiva ma anche di natura conciliativa, ossia senza dover necessariamente rispettare il requisito imposto dall'art. 1956 del codice civile delle "reciproche concessioni" tra le opposte pretese delle parti in lite.

Il giudice potrà così formulare una proposta conciliativa sino alla fase della discussione orale della causa e se le parti dovessero riuscire a concludere un accordo, ciascun aderente all'azione potrà dichiarare di voler accedere all'accordo medesimo. E' poi previsto uno spazio per accordi transattivi anche dopo la sentenza di accoglimento: il rappresentante comune degli aderenti potrà infatti negoziare con l'impresa resistente uno schema di accordo di natura transattiva, rispetto al quale ciascun aderente potrà muovere le proprie contestazioni; spetterà poi al giudice delegato, "avuto

---

essere considerata e nel rispetto di determinate condizioni come una vera e propria circostanza attenuante a favore delle imprese nell'ambito dei procedimenti sanzionatori della stessa autorità. L'AGCM, quindi, ha dimostrato concretamente di voler premiare l'impegno delle società che riconoscono la cultura della *compliance* (e quindi il chiaro riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura e della politica aziendale e l'impegno, continuo e duraturo, al suo rispetto) quale valore fondante dell'attività di impresa.

Anche nei settori regolati dall'Arera, in particolar modo nel settore dell'energia, l'attenzione si sta concentrando sempre di più sulla valorizzazione del concetto di "buona condotta" delle aziende e sulla conformità dell'attività imprenditoriale alla regolamentazione di settore. A tale proposito, lo scorso 18 giugno l'Arera ha pubblicato il *"Quadro strategico 2019-2021"*, in cui si legge chiaramente come uno degli obiettivi strategici che l'Arera dovrà perseguire per il prossimo triennio, sia proprio quello della promozione della *compliance* regolatoria. In particolare, le linee di intervento contenute nel Quadro strategico riguardano: a) l'ampliamento delle attività di controllo; b) la sperimentazione di nuove iniziative di *self-audit*, attraverso l'adozione di specifiche Linee Guida sviluppate dall'Arera; c) l'utilizzo di strumenti alternativi alla sanzione, quali chiarimenti, raccomandazioni, intimazioni; d) lo sviluppo e il rafforzamento del meccanismo dell'autodenuncia per il riconoscimento di attenuanti; e) lo sviluppo e la promozione della risoluzione delle controversie tra operatori e gestori di rete e l'adeguamento del relativo massimario, al fine di realizzare maggiori livelli di *compliance* regolatoria in tema di obblighi imposti ai gestori in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, anche in un'ottica deflattiva del contenzioso.

Il perseguimento del nuovo obiettivo permetterà all'Arera di comprendere la risposta degli operatori agli interventi di regolazione, e di mettere in campo eventuali azioni correttive in esito a indagini conoscitive, controlli documentali e verifiche ispettive, anche con la collaborazione della Guardia di Finanza (nucleo Tutela della concorrenza). Inoltre, la promozione della *compliance* legale ad opera dell'Arera comporta la valorizzazione di strumenti alternativi alle sanzioni pecuniarie, allo scopo di promuovere sempre maggiori livelli di rispetto della regolazione, ferma restando l'attenzione alla funzione sanzionatoria prevista *ex lege*. Con l'approvazione del nuovo quadro strategico la funzione principalmente sanzionatoria dell'Arera sembrerebbe, così, subire una certa mitigazione: si pensi, appunto, alla previsione di introdurre strumenti alternativi alla sanzione e all'autoresponsabilizzazione dell'operatore economico mediante meccanismi di *self-audit* o di autodenuncia per beneficiare di attenuanti.

La promozione della *compliance* nel settore dell'energia rappresenta certamente (seppure nell'ottica di un approccio più graduale nel caso di quella regolatoria dell'Arera rispetto a quella antitrust) uno stimolo fondamentale per comportamenti sempre più responsabili da parte delle imprese.

riguardo agli interessi degli aderenti", autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo[16].

In conclusione la breve analisi sopra illustrata sembra, ad avviso di chi scrive, restituirci l'immagine di una nuova disciplina dell'azione di classe molto (forse troppo) articolata e complessa, caratterizzata da un ampliamento a dismisura dei possibili destinatari della stessa e che, tenuto conto delle illustrate peculiarità procedurali e processuali della stessa, rischia di esporre in futuro le imprese nello svolgimento delle loro normali attività (in particolare nel caso delle imprese operanti in settori strategici come l'energia) ad una alea, circa le possibili gravose conseguenze in termini economici e in termini reputazionali, tanto significativa quanto probabilmente ingiustificata (almeno nella maggior parte dei casi); alea che può essere prevenuta solamente con un ricorso importante da parte dell'impresa a tutti gli strumenti di compliance previsti ad oggi dal nostro ordinamento giuridico ovvero agli strumenti di natura transattiva o conciliativa offerti dal nuovo articolo 840-*quaterdecies* del codice di procedura civile.

(10 gennaio 2020)

[16] L'accordo transattivo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.