

ATTUALITÀ

Greenwashing e nuova class action

Uno strano binomio incombe sul settore bancario?

28 Novembre 2022

Filippo Chiaves, Senior Counsel, Hogan Lovells
Enrica Ferrero, Associate, Hogan Lovells
Pietro Orlandi, Hogan Lovells



Filippo Chiaves, Senior Counsel, Hogan Lovells

Enrica Ferrero, Associate, Hogan Lovells

Pietro Orlandi, Hogan Lovells

> Filippo Chiaves

Membro del dipartimento italiano di Contenzioso dello studio Hogan Lovells, ha approfondito le tematiche del diritto bancario e fallimentare specializzandosi nell'assistenza ai clienti nell'ambito delle procedure concorsuali alternative al fallimento, delle azioni revocatorie e del contenzioso fallimentare anche nei suoi risvolti transnazionali. Ha inoltre acquisito esperienza in materia di contenzioso bancario e assicurativo. Ha svolto incarichi di docenza di analisi economica del diritto presso l'Università Commerciale L. Bocconi di Milano e di responsabilità civile comparata e per il Master Giuristi d'Impresa organizzato dall'Università di Bologna.

1. La class action come potenziale strumento per avanzare pretese risarcitorie in relazione ad ipotesi di greenwashing

Il fenomeno del "greenwashing" - Alla luce della crescente sensibilità per le tematiche di sostenibilità ambientale, che permea ormai tutti i mercati, le aziende in cerca di finanziamenti sono sempre più attente alle questioni ESG (*Environmental Social & corporate Governance*) e si pongono come obiettivo quello di migliorare le proprie credenziali *green*.

Il "greenwashing" viene normalmente definito come il tentativo di convincere il pubblico che un'azienda o un investimento sono improntati - molto più di quanto non lo siano in realtà - a finalità di tutela dell'ambiente. Essere consapevoli dei rischi insiti in tale pratica è di cruciale importanza: fornire dichiarazioni imprecise o fuorvianti in merito alle credenziali *green* di un prodotto di *impact financing* potrebbe dar luogo ad accuse di violazione delle regole di correttezza e buona fede in relazione all'offerta di prodotti finanziari (*mis-selling*), ovvero di vendita abusiva, e conseguenti pretese risarcitorie avanzate da parte di investitori e azionisti.

I contenziosi legati al greenwashing - A riprova di ciò, in alcuni settori sono già emersi i primi esempi di contenzioso legato al fenomeno del *greenwashing*. Nel panorama italiano, come meglio illustrato nel prosieguo, va segnalato il caso di un'azienda tessile del Nord Est a cui il Tribunale di Gorizia ha ingiunto nel 2021 di cessare la commercializzazione di alcuni prodotti in microfibra presentati - in modo ingannevole - come riciclabili al 100% e in grado di ridurre le emissioni di CO₂ dell'80%. Un altro esempio: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha applicato una multa di € 5 milioni a una multinazionale leader nel settore energetico per aver tentato di presentare i suoi biocarburanti come 'ecologici'; la multa è stata confermata dal T.A.R. Lazio nel gennaio 2020. Sebbene ad oggi in Italia non sia ancora stato instaurato alcun contenzioso in ambito finanziario che possa essere ricondotto al fenomeno del *greenwashing*, nel prossimo futuro c'è da attendersi l'emergere di un numero crescente di giudizi in materia, anche in considerazione del novero di strumenti di tutela dei diritti cui i potenziali interessati potranno ricorrere.

Pretese risarcitorie da responsabilità precontrattuale - Da un lato, ai sensi dell'art. 94 del D. Lgs. 58/98 gli investitori possono chiedere il risarcimento del danno all'emittente di un prodotto finanziario quan-

do il prospetto informativo presenta informazioni inveritiere o fuorvianti sul prodotto. Tale disposizione potrebbe essere invocata in materia di *greenwashing* per avanzare pretese risarcitorie a fronte del patito pregiudizio derivante da dichiarazioni ingannevoli sulle credenziali “verdi” o ecologiche di un prodotto di *impact financing*. In tale ipotesi, l’onere di provare il comportamento dannoso dell’emittente, il danno, l’elemento soggettivo (dolo o colpa dell’emittente) e il nesso di causalità ricade sul soggetto asseritamente danneggiato dal momento che l’asserita responsabilità dell’emittente viene qualificata come responsabilità precontrattuale.

Pretese risarcitorie da responsabilità contrattuale – D’altro canto, la responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ. può essere invocata quando una dichiarazione o un’affermazione contenuta in un contratto si rivela mendace o non veritiera. La norma potrebbe essere invocata da un investitore in relazione alle vantate credenziali di sostenibilità *green* di un prodotto di *impact financing*. In questo caso, l’onere della prova spettante all’investitore si limiterebbe alla dimostrazione dell’esistenza del contratto (contenente le dichiarazioni non veritiere) e dei danni subiti. Nella consapevolezza di quanto sopra, emittenti e intermediari finanziari debbono essere particolarmente accorti nel rilasciare dichiarazioni a carattere ESG in relazione ai prodotti finanziari.

Pretese risarcitorie connesse agli obblighi di reporting – Anche i bilanci e i documenti finanziari delle imprese possono comportare rischi di contenzioso, soprattutto quando si tratta di *reporting* in materia ambientale. Ad esempio non è da escludersi che gli azionisti di una società facciano causa per danni derivanti da eventuali irregolarità od omissioni nelle informazioni riportate nella “Dichiarazione non finanziaria” (che equivale a un “Bilancio di sostenibilità” e riporta le prestazioni e i risultati ambientali e sociali dell’azienda) che alcune grandi imprese devono obbligatoriamente redigere ai sensi del D. Lgs. 254/16, in attuazione della Direttiva UE 2014/95 “per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni”.

Green claims nella comunicazione commerciale – Sebbene sia opinabile definire il fenomeno del *greenwashing* come forma di pubblicità o *marketing* sleale o ingannevole, il quadro normativo del settore ricomprende anche norme ISO, EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) e UNI e il sistema di etichettatura volontaria *Made Green Italy* per garantire una facile accessibilità al ‘marchio di sostenibilità’

(*environmental footprint*) dell’impatto ambientale di un prodotto. Inoltre, le dichiarazioni mendaci o inesatte possono comportare una responsabilità ai sensi del Codice del Consumo (D. Lgs. 206/03, attuativo della Direttiva CE 2005/29) che si applica alla pubblicità e al *marketing* dei prodotti, in particolare le disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette e ingannevoli nei confronti dei consumatori. Siffatte dichiarazioni rilevano anche ai sensi della normativa civilistica che sanziona la concorrenza sleale (art. 2598, III comma cod. civ.). Infine, il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale fa riferimento alle dichiarazioni pubblicitarie “verdi” che, per non essere sanzionate come ingannevoli, devono essere veritiere, pertinenti e scientificamente verificabili, e devono identificare chiaramente l’aspetto del prodotto o servizio pubblicizzato e caratterizzato dai benefici dichiarati.

2. Il rinnovato quadro normativo in materia di class action: nuovi rischi per le banche convenute in giudizio?

La riforma della class action: ampliamento dell’ambito di applicazione – La portata della *class action* si è significativamente estesa per effetto della recente riforma varata con la l. 12 aprile 2019, n. 31. Da un lato, l’azione di classe può ora essere intentata da chiunque intenda far valere “diritti individuali omogenei” (e non è quindi più limitata – come avveniva in passato – alla tutela dei diritti del “consumatore” o “utente” secondo le disposizioni del Codice del Consumo). Inoltre, una *class action* può ora essere avviata in relazione a qualsiasi tipo di “diritto individuale omogeneo”, indipendentemente dal titolo azionato.

Greenwashing, class action e banche – Quanto sopra esposto implica che le banche e le istituzioni finanziarie accusate di pratiche di *greenwashing* possono ora essere citate in giudizio anche collettivamente non solo da due o più investitori professionali, ma anche da investitori minori che acquistano prodotti finanziari a scopo di investimento non professionale. A seguito della riforma, le *class action* sono ora strutturate per affrontare sia controversie tra imprese (B2B) sia controversie collettive ove, anche nel settore della finanza sostenibile, gli investitori non professionali – che solitamente non godono di significativa leva economica – saranno comunque in grado di esercitare una certa pressione sulle banche, unendo i loro sforzi e riducendo al minimo i costi che dovrebbero affrontare *uti singuli* se agissero individualmente.

Possibili rischi – Simili considerazioni possono valere anche per gli investitori individuali di piccole o

medie dimensioni che fanno causa a una banca in relazione alle credenziali “verdi” dei prodotti di *impact finance* offerti dall’istituto di credito. Un aspetto significativo della *class action* post-riforma è la possibilità di aderirvi anche a seguito dell’emanazione dell’ordinanza ammissiva dell’azione collettiva. Con essa, il tribunale fissa un termine compreso tra i 60 e i 150 giorni entro il quale possono vantare pretese risarcitorie anche altri potenziali aventi diritto, non partecipi della *class action* in precedenza. Questa norma è destinata a diventare l’incognita più gravosa dell’intero assetto della riforma per i convenuti, in quanto impedisce loro di calcolare in anticipo le passività di cui dovranno farsi carico in caso di soccombenza e li costringe ad attendere fino a cinque mesi dall’ordinanza prima di poter valutare gli oneri complessivi da sostenere.

Pertanto, anche quando una *class action* è promossa da un gruppo relativamente ristretto di ricorrenti, l’obbligo di pubblicazione dell’ordinanza e le attività di pubblicizzazione svolte dalle associazioni di categoria o di consumatori possono indurre un numero imprevedibile di ulteriori ricorrenti ad aderire all’azione collettiva in una fase successiva, facendo lievitare l’entità dei danni sino a raggiungere cifre potenzialmente vertiginose. Peraltro, i titolari di “diritti individuali omogenei” possono addirittura essere indotti ad adottare atteggiamenti opportunistici, ovvero ad attendere un’ordinanza favorevole prima di aderire all’azione collettiva, pur rimanendo liberi di intentare una causa individuale autonoma se l’azione collettiva viene respinta.

3. Il contesto europeo

I regolamenti europei - Nel valutare l’importanza dei rischi di contenzioso legati al *greenwashing*, l’incertezza giuridica viene progressivamente superata dalle previsioni contenute nelle normative europee più recenti. La disciplina sugli obblighi informativi in materia di finanza sostenibile prevista nel regolamento UE 2019/2088 (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*, “Regolamento SFDR”) mira a fornire criteri armonizzati in merito all’informativa da offrire per i prodotti finanziari che promuovono obiettivi ambientali o sociali. Il regolamento UE 2020/852 sulla tassonomia stabilisce criteri di classificazione delle attività economiche sostenibili dal punto di vista ambientale, con l’obiettivo di creare un sistema di valutazione comune per le attività economiche che hanno un impatto positivo sull’ambiente.

Gli Standard Tecnici di Regolamentazione emanati con Regolamento delegato (UE) 2022/1288 fornisco-

no ulteriori dettagli: i requisiti generali stabiliti dal Regolamento SFDR vengono corroborati da metodologie e contenuti concreti in merito all’informativa da offrire sulla sostenibilità. Diverse organizzazioni internazionali hanno tentato di fare ulteriore chiarezza in questo settore, come ad esempio l’*International Capital Market Association* (ICMA), che ha pubblicato una serie di *Green Bond Principles* e *Green Loan Principles* e *Sustainability Linked Loan Principles* al fine di implementare la trasparenza informativa.

Limitare i rischi di *greenwashing* - Le regole e le linee guida di cui sopra possono aiutare le aziende e le istituzioni finanziarie europee a identificare le attività commerciali sostenibili e a fornire correttamente le relative informazioni agli investitori, in modo da limitare i rischi di *greenwashing* inconsapevole e, ove necessario, tutelarsi da eventuali accuse ed in definitiva ridurre il rischio che investitori individuali e professionali intentino azioni di classe dagli effetti potenzialmente devastanti.

Greenwashing e tutela dei consumatori a livello europeo - Il *greenwashing* è diventato il protagonista del dibattito europeo in materia di tutela dei consumatori.

Nel Regno Unito, il *Green Claims Code* (2021) emanato dall’autorità garante della concorrenza britannica (*Competition Marketing Authority*) stabilisce i principi chiave da rispettare in termini di dichiarazioni “verdi” e la *UK Advertising Standards Authority* è in prima linea nel sanzionare le pratiche di *greenwashing*.

Nel contesto mitteleuropeo, nel febbraio 2022 la giurisprudenza tedesca ha dettato standard rigorosi per le dichiarazioni “verdi”, mentre nell’agosto 2021 la Francia ha emanato una legge sul clima e la resilienza che aggiunge la dimensione ambientale alla definizione di pratiche commerciali ingannevoli, coniando una giurisprudenza secondo cui ad esempio l’espressione “più verde” costituisce una pratica di *greenwashing*.

La Commissione Europea ha recentemente presentato una proposta per emendare la Direttiva CE 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali e la Direttiva UE 2011/83 sui diritti dei consumatori, al fine di garantire maggiori tutele nel contesto della transizione “verde” contro le pratiche commerciali scorrette e per assicurare più informazione. A chiudere il cerchio, si segnala un’imminente iniziativa relativa all’accertabilità delle dichiarazioni “verdi” in modo da renderle affidabili, comparabili e verificabili in tutta l’Unione Europea e limitare così le pratiche di *greenwashing*.

4. Consigli e suggerimenti

In considerazione di quanto sopra, può essere utile menzionare alcuni basilari accorgimenti che le banche e le istituzioni finanziarie possono valutare di adottare per mitigare i rischi di subire una *class action* ed evitare controversie nel settore dell'*impact financing*: **(1)** incorporare i principi di sostenibilità nel proprio modello di *business* e nella filiera di offerta di prodotti e servizi finanziari; **(2)** fornire informazioni dettagliate agli investitori in tutte le fasi del finanziamento o di offerta di un prodotto finanziario; **(3)** monitorare gli sviluppi giurisprudenziali e adempiere a tutte le prescrizioni normative e regolamentari in ordine alla definizione di prodotto (finanziario) "verde" prima di indicarlo come tale; **(4)** avvalersi della consulenza di esperti qualificati e indipendenti; **(5)** valutare concretamente i rischi da un punto di vista giuridico, se del caso rivolgendosi a legali esperti del settore.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**

