



15 / 2019

Azioni collettive: pochi vantaggi, molti rischi

06.11.2019

L'essenziale in breve

Intentare un'azione legale per danni di lieve entità non è sempre conveniente per un individuo e questo per diverse ragioni. Far valere delle pretese per danni importanti che concernono un gran numero di persone può sollevare non pochi problemi. Per colmare queste presunte lacune del sistema giuridico si stanno attuando degli sforzi. Le proposte discusse vanno però troppo lontano. L'introduzione di strumenti di ricorso estranei alla cultura giuridica svizzera destabilizzerebbe il nostro sistema. Nuovi costi legati ai rischi si ripercuoterebbero infine sui consumatori, comportando un aumento generalizzato dei prezzi. Questo non apporterebbe grandi benefici e porrebbe problemi supplementari accompagnati da gravi rischi. Invece di sperimentare nuove vie legali, sarebbe preferibile sviluppare gli strumenti esistenti per esercitare dei diritti in maniera collettiva. Potrebbero essere a questo proposito delle soluzioni l'istituzione di organi di mediazione privati o di procedure d'arbitrato.

Contatto o domande

Erich Herzog

Membro della Direzione, Responsabile del Dipartimento concorrenza e regolamentazione

www.dossierpolitik.ch

Posizione di economieuisse

- Per le imprese, l'applicazione effettiva ed efficiente del diritto è altrettanto importante della certezza del diritto.
- Gli strumenti di tutela giuridica collettiva si allontanano dai principi della nostra cultura giuridica e costituiscono una minaccia per le procedure civili.
- I miglioramenti nell'ambito di una protezione giuridica collettiva devono vertere in primo luogo sugli strumenti già esistenti e che si sono rivelati efficaci.
- Bisogna evitare di creare un sistema giuridico basato sulla sfiducia che promuoverebbe le controversie.

La tutela giuridica collettiva

→ **La tutela giuridica collettiva serve a far valere le pretese delle varie persone lese che hanno subito dei danni identici o analoghi.**

La tutela giuridica collettiva comprende tutti gli strumenti giuridici che servono a far valere le pretese di un gran numero di persone lese che hanno subito un danno identico o analogo. Questi strumenti permettono di raggruppare gli interessi e le risorse in una stessa procedura.

Due tipi di danni

Si distinguono due tipi di danni o di pretese nell'ambito della tutela giuridica collettiva:

- Nel caso dei danni sparsi, un gran numero di persone sono colpite in maniera identica o analoga, ma ciascuna di esse subisce solo un danno di lieve entità. La particolarità risiede nel fatto che il valore del danno rapportato ad un individuo può essere trascurabile (alcuni franchi o perfino centesimi), ma complessivamente raggiunge cifre anche milionarie.
- Nel caso di un danno di massa, un gran numero di persone sono colpite in maniera identica o analoga e ciascuno di essa subisce un danno considerevole. Gli attori non fanno distinzione tra un danno di massa e un danno normale.

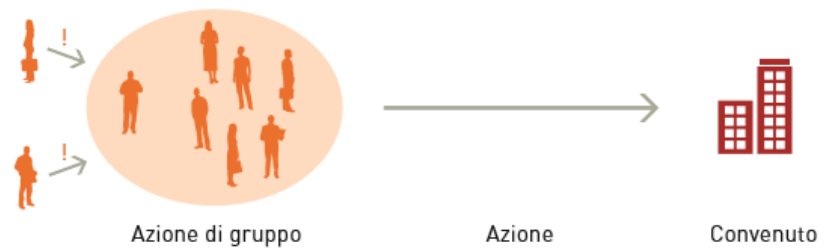
Strumenti di protezione giuridica collettiva

Azioni collettive

Un'azione collettiva (o azione di gruppo) è un'azione che dipende dal diritto civile e che, in caso di successo, conferisce dei diritti non solo all'attore, ma anche ad ogni persona lesa analogamente – poco importa se quest'ultima abbia tentato da parte sua un'azione o meno. Si può fare una distinzione fra due tipi di azioni collettive:

Grafico 1

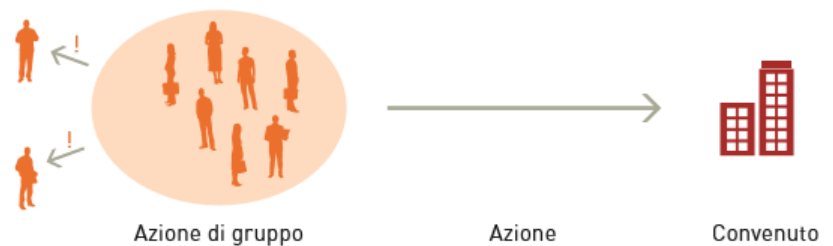
Azione collettiva di tipo opt-in



Fonte: presentazione propria.

Grafico 2

Azione collettiva di tipo opt-out



Fonte: presentazione propria.

→ Nel caso di una transazione di gruppo, la vertenza non è regolata davanti ad un tribunale, bensì nell'ambito di un tentativo di conciliazione fra le parti.

Transazione di gruppo

La transazione di gruppo può essere concepita sul modello dell'opt-in o dell'opt-out. I richiedenti non fanno tuttavia valere i loro diritti davanti ad un Tribunale come nel caso di un'azione collettiva; le eventuali pretese sono determinate nell'ambito di tentativi di conciliazione. Se l'esperimento di conciliazione ha successo, il risultato è dichiarato vincolante per tutte le parti interessate.

Gli art. 352a ss. AP-CPC sono concepiti come una procedura di gruppo puramente consensuale e non come una procedura contraddittoria a due parti ^[1] (nessuna azione, nessuno scambio di scritti, nessuna procedura probatoria per l'esame materiale dei diritti, approccio opt-out).

→ **Le azioni delle organizzazioni permettono alle federazioni, associazioni e altre organizzazioni di intentare delle azioni.**

→ **Il finanziamento procedurale stabilito, come l'accesso agevolato al tribunale per far valere legittime pretese, corrisponde maggiormente alla logica del diritto svizzero.**

Azioni delle organizzazioni

Le associazioni e le altre organizzazioni che sono abilitate, secondo i loro statuti, a difendere gli interessi di un determinato gruppo di persone possono, a loro nome, agire in caso di attacco alla personalità dei membri di questo gruppo ^[2].

Finanziamento delle procedure

In pochi anni in Svizzera il finanziamento delle procedure nell'interesse dei ricorrenti è aumentato. In futuro, i tribunali dovrebbero indicare questa possibilità alle parti (cf. art. 97 AP-CPC). Grazie al finanziamento di processi civili, i ricorrenti hanno la possibilità di far valere delle pretese legittime per via procedurale, a costi inferiori. Il Consiglio federale vuole inoltre imporre ai tribunali l'obbligo d'informazione circa l'opzione del finanziamento delle procedure ^[3].

Bisogna essere coscienti che il rischio legato alle spese procedurali al quale si espone il ricorrente è primordiale se si intende prevenire azioni abusive ^[4].

Sviluppi in Svizzera

A seguito di casi isolati, come quello del fallimento della banca d'investimenti Lehman Brothers nel 2008 o l'affaire Volkswagen delle emissioni inquinanti nel 2015, le pressioni per migliorare la tutela giuridica collettiva si sono rafforzate.

→ **Il rapporto dell'Amministrazione mette in evidenza le lacune della protezione giuridica collettiva, ma il Consiglio federale ha rinunciato ad agire.**

Nel suo rapporto del 3 luglio 2013 ^[5] intitolato «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», il Consiglio federale ha tracciato il punto della situazione in materia di tutela giuridica collettiva nel diritto privato svizzero e concluso che gli strumenti in vigore possono essere migliorati. Il rapporto evidenzia gli adattamenti legislativi auspicabili. Esso spronava l'introduzione di reali strumenti di applicazione collettiva dei diritti, in particolare un'azione di gruppo, un accordo di gruppo e un miglioramento dell'azione delle associazioni. Il Consiglio federale ha però rinunciato ad elaborare un progetto di legge.

→ **Il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati hanno incaricato il Consiglio federale di attivarsi su un progetto di legge.**

Una mozione ^[6] fondata su questo rapporto è stata depositata e accettata dalle Camere federali. Il Consiglio federale era così stato incaricato di modificare la legge affinché un gran numero di persone lese in maniera identica o analoga possano far valere in modo collettivo le loro pretese davanti ad un giudice. Si trattava da una parte di potenziare gli strumenti disponibili e, dall'altra, di crearne degli altri. Le misure proposte dovevano rispettare le particolarità svizzere, permettere di evitare gli abusi e ispirarsi all'esperienza di altri Paesi europei. Doveva dunque essere introdotta una procedura collettiva «deamericanizzata» ^[7].

→ **La commissione di esperti ha rifiutato l'introduzione di azioni collettive.**

Esiste un codice di procedura civile moderno

Il codice di procedura civile svizzero è stato uniformato e riveduto pochi anni fa. Nell'ambito di questa importante revisione ultimata nel 2011 ^[8], l'introduzione di azioni collettive era stata chiaramente respinta, poiché questo strumento avrebbe, secondo la commissione di esperti, sollevato notevoli difficoltà. A quel tempo era stato messo in evidenza che le possibilità esistenti di raggruppamento delle vertenze erano sufficienti ^[9].

Inoltre, vari esperti legali sono del parere che le azioni collettive non trovino posto nel nostro sistema giuridico e mettono in guardia contro adattamenti precipitosi della nostra legislazione ^[10]. Nella sua risposta dell'11 giugno 2018 alla consultazione sulla modifica del CPC ^[11], economiesuisse ha del resto rifiutato chiaramente gli strumenti proposti per la tutela giuridica collettiva e messo in evidenza il pregiudizio che essi causerebbero alla piazza economica svizzera.

Punti forti e punti deboli del sistema svizzero

→ Il codice di diritto processuale svizzero non prevede la possibilità di un'azione collettiva.

Principio: attore contro convenuto

Secondo il codice di diritto processuale svizzero, di regola due parti si oppongono: la parte attrice e la parte convenuta. Per far valere le proprie pretese individuali, l'attore deve dimostrare l'esistenza del danno personale da egli subito e il suo legame di causalità con le prove. Il nostro sistema mette l'accento sull'individuo e il caso isolato; gli strumenti dell'azione collettiva sono dunque estranei al diritto svizzero. Contrariamente alla prassi in vigore negli Stati Uniti (vedi riquadro), l'applicazione di disposizioni regolamentari nel nostro Paese spetta allo Stato. Le competenti autorità di sorveglianza si assicurano della conformità del comportamento degli attori del mercato, infliggendo se necessario delle sanzioni.

→ Sfide di ordine strutturale possono ostacolare un'azione legale.

Sfide strutturali

Recentemente gli organismi di protezione dei consumatori hanno rimesso in discussione questo approccio tradizionale della Svizzera in relazione ai danni sparsi (ad esempio poiché, per ragioni di costo, non vale la pena intentare un'azione legale).

→ Problema sistemico I: Rapporto costi/benefici sfavorevole.

Costi

Quando la lite concerne un importo minimo, i costi di una procedura presso una o più istanze sono sproporzionati rispetto al valore della controversia. Il codice di procedura civile prevede inoltre che il tribunale possa richiedere all'attore un anticipo di spese fino a concorrenza delle potenziali spese processuali. Questo anticipo può costituire un ostacolo per alcuni attori. Per le pretese legittime, il nuovo strumento di finanziamento procedurale stabilito limita notevolmente questo rischio (cf. finanziamento delle procedure) ^[12].

→ Problema sistemico II: Davide contro Golia.

Squilibrio strutturale fra le parti

In occasione di danni sparsi o di danni di massa, una persona lesa non ha sovente né i mezzi, né i contatti con gli avvocati, e nemmeno l'esperienza per avviare una procedura. Altrettanto non si può dire per la parte convenuta, che dispone spesso di risorse giuridiche e finanziarie molto più importanti. Le eccezioni sono tuttavia numerose: un gestore patrimoniale modesto può ad esempio essere confrontato alle pretese di un miliardario o una piccola casa editrice a quelle di un gruppo multinazionale. In simili casi, lo sviluppo degli strumenti che permettono di intentare un'azione presso i tribunali creerebbe chiaramente un'ingiustizia per i convenuti.

→ Problema sistemico III: Costi da assumere in caso di perdita del processo.

Rischio di spese processuali

L'attore assume un importante rischio di spese processuali quando fa valere dei danni di massa. Nel peggiore dei casi, egli deve prendere a carico le proprie spese, le spese legali, le spese del tribunale e una parte delle spese dell'avvocato della parte avversa. Da notare tuttavia che si tratta del rischio normale che un attore deve

accettare in ogni caso quando intraprende un'azione civile.

→ **Problema sistemico IV: Mancanza di motivazione ad intentare un'azione a seguito dello scarso importo del danno.**

Apatia razionale

Può anche succedere che un individuo non abbia nessun interesse a far valere dei danni esigui. Egli risparmierà così tempo e denaro se registra l'importo contestato tra le perdite invece di intraprendere una causa legale che rischia di durare diversi anni.

Strumenti esistenti e potenziale d'ottimizzazione

Tenuto conto delle profonde modifiche del sistema giuridico svizzero che sono state proposte, nonché delle incertezze e dei rischi che ne risulterebbero, si impone una breve presentazione degli strumenti giuridici disponibili. Questi strumenti permettono già oggi di far valere le frequenti pretese in relazione alla protezione giuridica collettiva (in particolare per i danni sparsi). A ciò va aggiunto che, oltre agli strumenti di protezione previsti nell'AP-CPC per la tutela giuridica collettiva, le modifiche concerneranno anche le condizioni del litisconsorzio semplice e il cumulo di azioni. L'idea è quella di migliorare ^[13] ulteriormente gli strumenti già oggi a disposizione degli attori.

Grafico 3

Funzionamento della cessione globale



Fonte: presentazione propria.

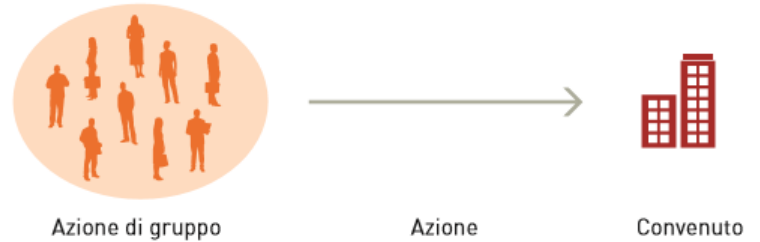
→ Le parti lese possono unirsi in litisconsorzio.

Cumulo soggettivo di azioni

Il cumulo soggettivo di azioni ^[14] costituisce un altro strumento. In questo caso, più attori possono unirsi e intentare insieme un'azione davanti allo stesso tribunale. Il cumulo di azioni è anche denominato "litisconsorzio". Anche qui, l'avamprogetto prevede delle semplificazioni a favore dei convenuti, poiché il cumulo soggettivo delle azioni può essere utilizzato anche se non tutte le domande sono soggette allo stesso tipo di procedura ^[15].

Grafico 4

Funzionamento del cumulo di azioni



Fonte: presentazione propria.

→ Gli onorari subordinati ai risultati sono ammessi e riducono il rischio di spese processuali per le persone lese.

Onorari subordinati ai risultati

Il codice deontologico degli avvocati permette attualmente di far dipendere una parte della retribuzione dall'esito dell'affare. Il rischio di spese processuali è dunque in parte trasferito dalla persona lesa verso l'avvocato, che è il più idoneo per valutare questo rischio. La conclusione di un accordo sulla partecipazione agli utili derivanti dal processo è vietata ^[16]. Un avvocato incaricato di un caso può dunque subordinare una parte dei propri onorari ai risultati e fare così una concessione a favore degli attori i cui mezzi finanziari sono limitati. Questa soluzione è particolarmente interessante quando l'avvocato può rappresentare congiuntamente diversi attori (cf. anche il riquadro più in basso).

→ Un'azione modello permette di costatare una violazione del diritto che sarà in seguito considerata come un precedente.

Azioni modello / azioni test

Nell'ambito di un'azione modello o test, una persona lesa chiede individualmente – con o senza il sostegno di un'associazione – l'indennizzo del danno subito. Altre persone lese possono in seguito avvalersi del risultato per far valere le loro rispettive pretese. Un convenuto che ha già perso un processo durante l'azione test non si lancerà per principio in altri processi e accetterà un compromesso ^[17].

→ L'individuo può unirsi con persone che condividono lo stesso punto di vista e diventare così una controparte potente.

Sviluppi tecnologici, o potenza della massa

L'evoluzione recente della tecnologia giuridica permette agli individui di raggruppare più facilmente delle azioni. La «potenza della massa su Internet» e lo sviluppo di nuove tecnologie favoriranno indubbiamente le azioni legali per le pretese minori di un gran numero di potenziali ricorrenti (alcune parole chiave a titolo d'esempio: Blockchain, Distributed Ledger, socialmedia), società di protezione giuridica, modelli di finanziamento e sostegno alle procedure legate a danni collettivi ^[18].

Se introducesse la protezione giuridica collettiva, la Svizzera vedrebbe sicuramente dei rappresentanti di studi legali americani insediarsi sul nostro territorio. Attraverso le piattaforme online, essi potrebbero trattare le richieste di risarcimento danni e, con il sostegno finanziario di entità coinvolte nella procedura, farle valere contro le imprese ^[19].

→ **Esistono altre vie procedurali per preparare delle azioni civili.**

Altri strumenti

Il codice di procedura civile prevede altre soluzioni per i problemi derivanti dall'esercizio collettivo dei diritti. Un'obiezione sovente formulata quando si tratta di far valere dei danni di massa è che l'individuo deve assumere un rischio troppo grande, poiché dovrà prendere a carico non solo le proprie spese, ma anche le spese processuali e una parte delle spese della controparte in caso di sconfitta. La procedura civile gli offre la possibilità di intentare un'**azione parziale** ^[20], con la quale egli sceglie di portare in giudizio solo una parte delle sue pretese – un mezzo appropriato di ridurre il rischio legato alle spese di procedura. Infine, si aprono altre possibilità a livello del **coordinamento delle procedure**. Un tribunale può così ordinare di unire delle liti individuali o rinviarle ad un tribunale già esistente quando le procedure sono legate tra di loro ^[21].

→ **Gli organi di mediazione privati risolvono le vertenze in maniera competente ed efficace.**

Organo di mediazione

Un organo di mediazione svolge il ruolo di istanza di conciliazione imparziale. Il settore bancario, le assicurazioni, le telecomunicazioni, il turismo e numerosi altri settori hanno creato un simile organo. Questi ultimi hanno il compito di permettere una procedura efficace, poco costosa o anche gratuita affinché le controversie del settore possano essere esaminate il più rapidamente possibile. I numerosi organi di mediazione privati si caratterizzano per le loro conoscenze approfondite del settore in cui operano e per un'efficienza notevole. Chiunque non fosse d'accordo con l'esito di una procedura di mediazione può rivolgersi ad un tribunale ordinario. Le procedure di mediazione costituiscono dunque uno strumento ideale per far esaminare una rivendicazione quando l'affare concerne un importo non significativo. Esse non devono tuttavia essere statalizzate o sottoposte a regole rigide, altrimenti il loro funzionamento sarebbe compromesso ^[22].

→ **Utilizzate correttamente, le possibilità esistenti vanno già molto lontano.**

Nessun rimedio contro il disinteresse

Come abbiamo accennato, esistono già numerose possibilità di far valere gli interessi di interi gruppi di persone o di chiedere, assumendosi un rischio ragionevole, la riparazione di danni sparsi o di massa.

→ **Non esiste rimedio al disinteresse dell'attore.**

La procedura civile non propone rimedio al fenomeno del disinteresse degli attori a far valere delle pretese di lieve entità. Sarebbe poco sensato che lo Stato obblighi delle persone a chiedere le indennità per un danno che esse considerano insignificante. I soli a trarne vantaggio a livello internazionale non sarebbero le persone interessate, bensì i rappresentanti di interessi, gli avvocati e le altre organizzazioni, a scapito della piazza economica svizzera. Le persone lese sarebbero al contrario penalizzate, poiché è a queste che i costi vengono in fin dei conti addebitati sotto forma di aumento dei prezzi ^[23]. Inoltre, ciò favorirebbe una cultura del conflitto indesiderata.

Vantaggi e inconvenienti della tutela giuridica collettiva

→ Nuovi strumenti giudiziari per l'esercizio collettivo dei diritti non apportano reali vantaggi, bensì numerosi inconvenienti.

→ L'esercizio collettivo dei diritti riveste grande importanza negli Stati Uniti, che però conoscono un sistema giudiziario diverso.

Vantaggio: applicazione del diritto semplificato in presenza di danni sparsi

L'unico vantaggio tangibile che l'introduzione di nuovi strumenti per l'esercizio collettivo dei diritti racchiude è che diventa più semplice far valere dei diritti individuali in presenza di danni sparsi. Senza nessuna garanzia del resto, come testimonia la procedura modello degli investitori nell'affare Telekom in Germania, che dura da oltre dodici anni. Questo potenziale vantaggio è tuttavia accompagnato da numerosi inconvenienti. I sostenitori di uno sviluppo della protezione giuridica collettiva continuano a ribadire che devono essere introdotti nuovi strumenti, in modo da evitare un' «americanizzazione del sistema giudiziario». Non si capisce però come riuscirvi e inoltre non esistono spiegazioni in materia.

Grande importanza negli Stati Uniti

Non è un caso se l'esercizio collettivo dei diritti è molto diffuso negli Stati Uniti. La Costituzione americana prevede infatti che le liti private siano utilizzate per applicare delle regolamentazioni statali ^[24]. L'obiettivo è che lo Stato si immischi il meno possibile negli affari privati. Sono stati messi a disposizione dei privati degli strumenti potenti, sotto forma di strumenti per le azioni collettive. Diversi elementi hanno completato da poco questo sistema d'applicazione del diritto privato¹⁷: i «punitive damages» (vale a dire le pretese di riparazione il cui importo concerne un multiplo dei danni effettivi), i «jury trials», (dove dei profani possono pronunciarsi equamente su una pretesa) e degli obblighi molto estesi in materia di divulgazione nei confronti degli attori (procedura «discovery»).

→ Le azioni collettive sono controverse anche negli Stati Uniti, poiché esse pongono numerosi problemi. Varie riforme sono fallite.

Notevoli problemi negli Stati Uniti

Il funzionamento del sistema giudiziario americano non soddisfa tutti gli attori interessati. Il rischio di essere oggetto di un'azione collettiva pesa sullo sviluppo delle imprese come una spada di Damocle, poiché una simile azione minaccerebbe la loro esistenza. Le richieste miliardarie ed esorbitanti rivendicate vengono spesso accordate. Alcune inchieste del Federal Judicial Center e dell'Advisory Committee on Civil Rules mostrano che le azioni collettive pongono problemi nel funzionamento quotidiano della giustizia americana. Il rapporto tra gli oneri per l'insieme del processo e l'utilità per l'individuo leso non è equilibrato, in particolare nel settore dei danni e degli interessi. Delle pretese individuali relativamente modeste richiedono procedure civili pesanti che fanno correre un rischio elevato al convenuto. I costi legali e processuali sono straordinariamente elevati, ciò che è lucrativo soprattutto per gli studi legali specializzati, che incassano generalmente onorari elevati quando il processo ha un esito favorevole. Tutti i tentativi di riforma sono finora falliti ^[25]: U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Unstable Foundation, Our Broken Class Action System and How to Fix It, ottobre 2017.

Anche in Australia, un altro ordine giuridico anglosassone dove l'azione collettiva è ampiamente diffusa, la forma concreta e la pratica delle azioni collettive è vista in modo sempre più critico ^[26].

→ L'introduzione di elementi estranei al nostro sistema minaccerebbe il buon funzionamento di tutto il sistema.

Inconvenienti della tutela giuridica collettiva

Minaccia sull'ordine giuridico

Il diritto svizzero della procedura civile è un sistema equilibrato di diritti concessi agli attori e ai convenuti, che si basa su un'ampia giurisprudenza. L'introduzione di elementi relativi alle azioni collettive di altri sistemi giudiziari, e dunque estranei al sistema elvetico, minerebbe il buon funzionamento di tutto il sistema giudiziario svizzero e creerebbe un'incertezza giuridica dannosa. Una combinazione tra l'iniziativa «Per imprese responsabili», la sollecitazione di una giustizia gratuita da parte di ricorrenti stranieri e l'implementazione di strumenti di tutela giuridica collettiva secondo l'AP-CPC ^[27] sarebbe particolarmente pericolosa.

→ L'esercizio collettivo dei diritti comporta diverse falle inerenti al sistema.

Le esperienze buone e cattive fatte con le azioni collettive – soprattutto negli Stati Uniti – mostrano che questo tipo di azioni ha numerosi effetti secondari indesiderabili ed inevitabili, dovuti alla natura del sistema. Alcuni meccanismi automatici inducono delle distorsioni sorprendenti ^[28].

→ Problema strutturale I: conflitti d'interesse tra gli attori, gli avvocati e il giudice (problema del principale agente).

Ognuno per sé

Per quanto concerne le pretese nel loro insieme, l'azione collettiva è efficace per far valere numerose pretese individuali. Anche nel caso di una simile azione, una persona deve prendere l'iniziativa di raccogliere le informazioni, di preparare l'azione e, infine, di intentare una causa. Questo rappresenta un onere, in particolare finanziario, considerevole. Il rappresentante di un gruppo di attori si trova dunque

preso in un conflitto d'interessi. In una situazione di rappresentanza complessa, come le azioni collettive, ciò ha per conseguenza che un rappresentante, generalmente un avvocato, non è più in grado di difendere in maniera ottimale gli interessi dei propri clienti. Questo è il caso sia che egli decida, per ragioni di costo, di fare meno di quanto sarebbe necessario per rappresentare gli interessi dei clienti, sia che cerchi di ottimizzare i suoi guadagni trovando un accordo con il convenuto il più rapidamente possibile. In nessuno dei due casi esso cerca di ottenere il massimo nell'interesse delle persone lese ^[29].

→ **Problema strutturale II: I «blackmail settlements» comportano rischi elevati per l'impresa.**

Estorsioni e ricatti

Un'impresa alla quale vengono chieste delle pretese elevate in una procedura civile si trova confrontata ad anni d'incertezza (obbligo di costituire delle riserve, preoccupazioni degli investitori e dei partner commerciali, importanti costi interni ed esterni di difesa). Più il processo è lungo, più i rischi e i costi sono importanti. Questi ultimi non sono mai totalmente compensati, nemmeno in caso di vittoria ^[30]. Il rischio finanziario di un'azione collettiva supererà spesso le possibilità del convenuto. Quest'ultimo non vorrà o non potrà generalmente attendere una decisione in ultima istanza. Egli si sforzerà al contrario di accelerare il processo e di concludere una transazione, ciò che sarà possibile soltanto se gli attori sono d'accordo. Ciò comporta un notevole potenziale di ricatto e una pressione sproporzionata per concludere una transazione estremamente sfavorevole per lui.

La dottrina e la giurisprudenza americane hanno ammesso che da decenni questa situazione è ampiamente sfruttata. Non esiste una reale soluzione al problema.

→ **Problema strutturale III: Delle transazioni unilaterali penalizzano una parte o dei terzi.**

Transazioni unilaterali

Un «sweetheart deal» o «sweetheart settlement», che si potrebbe tradurre con «intesa collusiva», è un accordo estremamente favorevole ad un'altra parte o che esclude e penalizza fortemente un terzo. Il rischio di un accordo di transazione unilaterale si pone soprattutto quando esiste un gran numero di attori. Questa non è giustizia.

→ **Problema strutturale IV: Delle pretese sono formulate anche in mancanza di danni individuali.**

Comportamento opportunistico

Infine, esiste il fenomeno degli opportunisti: una persona che, a seguito delle circostanze è implicata nell'oggetto di un'azione collettiva può, senza contribuirvi e anche se essa non ha realmente subito dei danni, ottenere un indennizzo in occasione della sentenza o della transazione conseguente ad un'azione collettiva. Ciò è contrario al senso del diritto secondo il quale soltanto una persona che ha effettivamente subito un danno e che lo percepisca come tale, deve avere diritto ad un indennizzo. Inoltre, come già spiegato in precedenza, questo favorirebbe una cultura del conflitto indesiderata.

→ **Problema strutturale V: Nessun diritto ad essere ascoltato nonostante la garanzia costituzionale.**

Perdita del diritto ad essere ascoltato

Durante l'esercizio collettivo dei diritti, i diritti dell'individuo sono fortemente limitati a favore del gruppo; in effetti, partecipando ad un'azione collettiva, l'individuo rinuncia per così dire al suo diritto individuale ad essere ascoltato davanti ad un tribunale. La Costituzione federale ^[31], nonché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ^[32], accordano ad ognuna delle parti il diritto di essere ascoltati. Questo significa che un avente diritto, anche se il danno subito è minimo, ha il diritto di esprimersi in una procedura. Tuttavia, questo diritto è incompatibile con le azioni importanti atte a far valere dei diritti sulla base di danni sparsi.

→ **Le esperienze di altri Paesi europei mostrano che l'introduzione di nuovi strumenti corrisponde ad introdurre dei corpi estranei nel sistema.**

Conclusione: una «deamericanizzazione» delle azioni collettive è impossibile

Se si tiene conto del sistema messo in vigore in altri Paesi europei, si constata che gli inconvenienti propri agli strumenti di un «reale» esercizio collettivo dei diritti non possono essere eliminati. La Danimarca aveva ad esempio previsto di introdurre un'azione collettiva di tipo opt-in. Questo tentativo ha avuto così poco successo che ha dovuto essere completato da un'azione collettiva del tipo optout. In Polonia e in Italia, gli strumenti creati per la tutela giuridica collettiva si sono rivelati essere dei fiaschi. Misure troppo deboli non sono attrattive e sono inutilizzate. Strumenti troppo forti sono problematici, siano essi azioni collettive, accordi di gruppo o lo sviluppo del diritto d'azione delle associazioni. Il legislatore che introduce nuovi strumenti per la protezione giuridica collettiva si ritrova confrontato ad un dilemma: o indebolisce i meccanismi di protezione, o crea degli strumenti incisivi, sapendo che questi ultimi costituiranno un inconveniente importante per la piazza economica e peseranno sulle imprese e i consumatori ^[33].

La posizione dell'economia

→ Il codice di diritto processuale civile non dev'essere completato con elementi estranei al sistema.

→ Un'eventuale espansione dovrebbe avvenire sulla base degli strumenti esistenti.

→ Le nuove leggi devono cercare di limitare i danni e non di sviluppare l'apparato giudiziario.

→ Se esistono delle lacune, occorre colmarle prima di tutto attraverso il diritto in vigore. Bisogna esaminare altre possibilità come lo sviluppo di organi di mediazione privati e altre procedure di conciliazione private.

→ I rischi vengono principalmente addossati ai consumatori. Questo comporta un aumento generale dei prezzi.

Applicazione moderata del diritto con strumenti che hanno dato prova di efficacia

Il diritto e la procedura civile riflettono l'evoluzione della società e si sviluppano costantemente. In caso di adeguamento della legislazione e in particolare del sistema giuridico, occorre sempre tener conto del suo buon funzionamento e dunque del contesto storico e della tradizione sulla quale il sistema è basato. Occorre concedere particolare attenzione a questi aspetti quando si tratta di introdurre in Svizzera nuovi strumenti giuridici di cui non si conoscono i risultati.

A condizione che vi sia un'esigenza corrispondente, l'attenzione deve sempre concentrarsi sull'espansione sulla base degli strumenti esistenti e consolidati. Il fatto che uno strumento giudiziario esistente non venga utilizzato non significa necessariamente che esso non sia sufficientemente attrattivo. La mancanza d'interesse suscitata può spiegarsi con la mancanza di necessità. In questo caso non ha molto senso aumentare l'attrattività dello strumento. I vantaggi concreti di alcuni strumenti dedicati alle azioni collettive non sono evidenti: ad esempio un'azione collettiva secondo il tipo opt-in si distingue solo in maniera marginale dalla possibilità, già esistente nel sistema giudiziario elvetico, di cedere dei crediti²⁵. Siccome la cessione di crediti è meno facilmente strumentalizzabile, essa comporta anche meno inconvenienti rispetto all'azione collettiva.

No alle sperimentazioni

L'economia parte dal principio che il consumatore decida coscientemente, usando la sua libertà di scelta e sulla base di informazioni corrette, di investire in un prodotto o un servizio. Sarebbe possibile evitare numerose decisioni sbagliate se gli individui fossero più attenti. Oggi è facile procurarsi delle informazioni. Le nuove leggi devono dunque cercare di limitare i danni e non potenziare l'apparato giudiziario.

Se esistono dei problemi concreti, comportanti delle disuguaglianze manifeste nell'applicazione del diritto, l'economia auspica di risolverli mediante il diritto in vigore. Sarebbe possibile sopprimere degli ostacoli, adattando l'obbligo di anticipare ad esempio le spese processuali. Alcune modifiche minori del codice di diritto processuale civile (concretamente, come indicato sopra, art. 71 e 90 AP-CPC) permetterebbero di coordinare meglio le varie procedure. Si può inoltre esaminare la possibilità di sviluppare e di promuovere delle procedure di mediazione e altre procedure di conciliazione. L'economia si oppone all'introduzione affrettata di strumenti giudiziari non concreti, come la procedura di transazione di gruppo o il diritto esteso d'azione delle organizzazioni.

I consumatori prendono a carico i costi

Degli adattamenti legislativi che a prima vista possono sembrare «equi» o «moderni» aumentano i costi per compensare i rischi degli operatori. Ciò rincara i prodotti, ostacola la concorrenza e si traduce infine in un'offerta più ristretta e in costi superiori per il consumatore finale.

1. Cf. Peter Matthis, Kollektiver Rechtsschutz im Vorentwurf zur Änderung der ZPO, in PCEF 46/2019
2. Gli art. 89 e 89a AP-CPC prevedono così di estendere notevolmente l'azione attuale delle organizzazioni aprendola al diritto privato nel suo insieme e permettendo di invocare dei diritti di natura riparatrice.
3. A proposito del finanziamento delle procedure, cf. ATF 131 I 223 ss. e Isaak Meier, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, in PCEF 45/ 2019 / pp. 3 ss: precisando che in Svizzera, la stima del rischio del processo si basa su un approccio per casi individuali per valutazione ed esperienza, mentre negli Stati Uniti si basa su modelli e tecniche speciali (cf. p. 4, op. cit.)
4. Cf. Lukas Wyss, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, Jusletter del 16 febbraio 2015, Cm 90 s.
5. Tutela giuridica collettiva in Svizzera: Situazione e prospettive – Rapporto del Consiglio federale del 3 luglio 2013, p. 2 (<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf>)
6. Mozione 13.3931 «Tutela giuridica collettiva – Promozione e sviluppo degli strumenti».
7. In questa logica, l'AP-CPC propone di ampliare l'azione delle organizzazioni (art. 89 e 89a AP-CPC) e di introdurre una procedura di transazione di gruppo (art. 352a ss. AP-CPC).
8. Rapporto accompagnante l'avamprogetto della commissione d'esperti, giugno 2003, (nota in basso a pagina n° 4), p. 45 s. e Leuenberger, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick dans AJP 2003, p. 1423
9. Sutter-Somm, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I, 548 f (nota in basso a pagina n° 1), 555
10. Bohnet, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch, SZP 5/2013, pp. 439 ss. e Bernet/Hess, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, Anwaltsrevue 10/2012 pp. 451 ss.; Christopher Hodges, European University Institute, EUI Working Papers, Law 2017/09, US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit, p. 43
11. Cf. <https://www.economiesuisse.ch/fr/publications/modification-du-code-de-procedure-civile-cpc>
12. Il diritto svizzero offre già oggi delle soluzioni alle persone lese per le quali è essenziale un accesso ai tribunali. Di fatto, le vertenze davanti a un tribunale di lavoro concernenti un importo litigioso che non supera i 30 000 franchi e le procedure di conciliazione in materia di diritto di locazione sono già gratuite.
13. Cf. anche il miglioramento a favore delle persone lese già previsto all'art. 90 AP-CPC
14. Art. 71 CPC
15. Art. 71 AP-CPC
16. Schiller, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, Revue de l'avocat 1/2010, p. 40 ss., cf. aussi ATF 143 III 600
17. L'azione modello o azione test non è oggetto di nessuna codificazione speciale nel CPC in Svizzera, contrariamente ad altri Paesi.
18. <https://www.lto.de/recht/zukunft-digitales/l/lg-berlin-66-s-18-18-legal-tech-weniger-miete-de-keine-unerlaubterechtsdienstleistung-abtretung-wirksam>; <https://www.srf.ch/news/panorama/legal-tech-auf-dem-vormarsch-maschinestatt-anwalt>; <https://www.handelszeitung.ch/konjunktur/ein-tabu-bricht-roboter-ersetzen-rechtsanwaette-1183141>; <https://www.beobachter.ch/konsum/dienstleistungen/rechtsberatung-der-anwalt-wird-digital>; https://www.itsl.uzh.ch/de/veranstaltungen/LegalTech_II.html; <https://www.flightright.de>; <https://www.bahn-buddy.de>
19. Cf. Alexander Wolf, Ist der Justizstandort Deutschland international wettbewerbsfähig? in RIW 2019 p. 262
20. Art. 86 CPC
21. Art. 125 let. c CPC

22. Cf. anche gli studi di Christopher Hodges; ad. es. Christopher Hodges, *Delivering Collective Redress*, 2018 DOSSIERPOLITICA #15/19 17
23. Una citazione degna di nota a tal proposito deriva da Antonin Scalia, giudice della Corte suprema americana molto noto al di là del proprio Paese, il quale afferma che il progresso e la prosperità di un Paese non sono da attribuire agli avvocati, bensì agli ingegneri. Invece che servire la sola applicazione obiettiva del diritto, le procedure giudiziarie dovrebbero anche mirare ad un interesse sociale superiore che bisogna sempre tenere a mente quando si introducono nuovi strumenti di tutela giuridica collettiva. Per la Svizzera, il gioco di precursore europeo in materia di tutela giuridica collettiva non vale la candela da un punto di vista macroeconomico (Wyss, *Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten der Schweiz*, Jusletter, 16 febbraio 2015, Cm 138
24. Questo sistema di applicazione del diritto da parte dei privati è noto con il nome di «private attorney general» negli Stati Uniti.
25. Hopt/Kulms/von Hein, 2006, *Rechtshilfe und Rechtsstaat: die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland*, pp. 23 s.; Christopher Hodges, in *European University Institute, EUI Working Papers, Law 2017/09, US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit*, p. 32
26. Australian Law Reform Commission (ALRC) Report «Integrity, Fairness and Efficiency – An Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation Funders» [Report 134, 2018, cf. <https://www.alrc.gov.au/news/inquiry-into-classaction-proceedings-final-report/>]
27. Cf. Andreas Bohrer, *Diese Initiative schadet der Schweiz*, NZZ del 22 maggio 2019
28. Cf. Christopher Hodges, in *European University Institute, EUI Working Papers, Law 2017/09, US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit*
29. Casper, 2009, *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, p. 28
30. Gli onorari degli avvocati superano in generale ampiamente l'indennizzo delle parti concesso dal tribunale, in particolare nelle vertenze complesse. Durante le transazioni, le spese a carico delle parti sono spesso lasciate da parte: ogni parte assume le proprie spese.
31. Art. 29, cpv. 2 Cst.
32. Art. 6 CEDH 33. Art. 352a ss. AP-CPC 34. Art. 89 e 89a AP-CPC
33. It is naïve to think that you can create a new legal market in a European country and that no one will use that market commercially in the same way as it is used in the USA»; The Stockholm School of Economics in its response to the Swedish Government regarding the Swedish Class Action proposal in 2001; The Stockholm School of Economics is the Swedish equivalent of Harvard Business School and it is rated as 12th best business school in the world according to the Financial Times 2018.