

Azioni collettive: pochi benefici, molti pericoli

dossierpolitica

6 ottobre 2014

Numero 6

Protezione giuridica 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 giuridico e lo scarico dei costi di rischio supplementari sui consumatori comporterebbe 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 già a disposizione 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.

La posizione di economiesuisse

- ▶ Per le imprese, l'applicazione effettiva ed efficiente del diritto è altrettanto importante della certezza giuridica.
- ▶ Gli strumenti di tutela giuridica collettiva si allontanano dai principi della nostra cultura giuridica e costituiscono una minaccia per le procedure civili.
- ▶ Prima di sviluppare gli strumenti disponibili o crearne di nuovi, occorre chiarire, mediante un'analisi dei bisogni, perché le possibilità esistenti non sono utilizzate e come possono essere migliorate.
- ▶ I miglioramenti nell'ambito di una protezione giuridica collettiva devono vertere in primo luogo sugli strumenti già esistenti.
- ▶ 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 unire 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

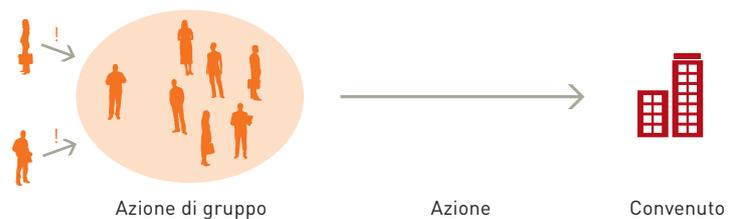
Azioni collettive

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 intentato da parte sua un'azione o meno. Si può fare una distinzione fra due tipi di azioni collettive:

Grafico 1

► Nel caso di un'azione collettiva di tipo opt-in, la persona lesa deve dichiarare espressamente la sua entrata nel gruppo degli attori.

Azione collettiva di tipo opt-in

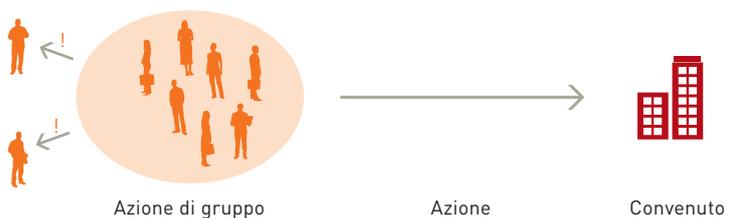


Fonte: presentazione propria.

Grafico 2

► Nel caso di un'azione collettiva di tipo opt-out, la persona lesa deve dichiarare espressamente la sua uscita dal gruppo degli attori.

Azione collettiva di tipo opt-out



Fonte: presentazione propria.

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

► I fondi speciali per potenziali attori sono destinati a ridurre il rischio di spese processuali e aumentano così la probabilità di un'azione.

► Il rapporto dell'Amministrazione mette in evidenza le lacune della protezione giuridica collettiva, ma il Consiglio federale rinuncia ad agire.

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

► Nel progetto di legge sui servizi finanziari, il Consiglio federale propone per la prima volta degli strumenti di tutela giuridica collettiva totalmente estranei alla nostra cultura giuridica.

Accordo di gruppo

L'accordo di gruppo può essere concepito 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.

Azioni delle associazioni

Le associazioni e le altre organizzazioni che sono abilitate, in conformità con i propri statuti, a difendere gli interessi di un determinato gruppo di persone possono, a loro nome, agire in caso di violazione dei doveri di diritto privato dei membri di questo gruppo.

Fondi per le spese processuali

Le spese processuali e il rischio di spese processuali in generale possono scoraggiare un attore a rivendicare davanti ad un tribunale un importo che gli spetta di diritto. Per questo è sorta l'idea di creare un fondo per le spese processuali. I potenziali attori sono legalmente tenuti ad alimentare un fondo appositamente creato per finanziare le spese del processo, il quale potrà essere utilizzato per avviare dei processi contro di essi in caso di liti.

Evoluzione in Svizzera

A seguito di casi isolati, come quello del fallimento della banca d'investimenti Lehman Brothers nel 2008, le pressioni per migliorare la tutela giuridica collettiva si sono rafforzate.

Nel suo rapporto del 3 luglio 2013 intitolato «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», il Consiglio federale giunge alla conclusione che la tutela giuridica collettiva nel diritto privato svizzero può essere migliorata¹. Il rapporto evidenzia gli adattamenti legislativi auspicabili secondo il legislatore. Il rapporto si esprime favorevolmente sull'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 tuttavia rinunciato ad elaborare un progetto di legge.

Una mozione² fondata su questo rapporto è stata depositata e accettata dalle Camere federali. Il Consiglio federale è così 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 tratta da una parte di potenziare gli strumenti disponibili e, dall'altra, di crearne degli altri. Le misure proposte dovranno rispettare le particolarità svizzere, permettere di evitare gli abusi e ispirarsi all'esperienza di altri paesi europei. Dovrebbe dunque essere introdotta una procedura collettiva «deamericanizzata».

Legge sui servizi finanziari (LSF)

Nel progetto di legge sui servizi finanziari (LSF), posto in consultazione dal Consiglio federale, si trovano i primi elementi che vanno in questa direzione. Il Consiglio federale propone in particolare un'azione delle associazioni, che è stata unita ad una procedura per gli accordi di gruppo³. L'azione delle associazioni

¹ Exercice collectif des droits en Suisse : Etat des lieux et perspectives – Rapporto del Consiglio federale del 3 luglio 2013, p. 2.

² Mozione 13.3931 «Promozione e ampliamento degli strumenti di applicazione collettiva del diritto».

³ Art. 105 ss. progetto della LSF.

permette alle associazioni e alle altre organizzazioni di agire contro degli intermediari finanziari per violazione del diritto privato⁴. Una sentenza del tribunale in questo senso permetterebbe alle altre persone lese di avviare degli esperimenti di conciliazione con l'intermediario finanziario allo scopo di fissare l'ammontare dell'indennità finanziaria. Il risultato sarebbe in seguito dichiarato vincolante per tutti i clienti interessati. La LSF prevede inoltre un fondo per le spese processuali⁵ che permetterebbe di finanziare le eventuali azioni legali contro gli intermediari finanziari.

► La commissione di esperti ha rifiutato poco tempo fa l'introduzione di azioni collettive.

Esiste un codice civile moderno

Il codice di procedura civile svizzero è stato uniformato e riveduto recentemente. Nell'ambito di questa importante revisione ultimata nel 2011, l'introduzione di azioni collettive era stata chiaramente respinta, poiché questo strumento avrebbe, secondo la commissione di esperti, sollevato notevoli difficoltà⁶. A quel tempo era stato messo in evidenza che le possibilità esistenti di raggruppamento delle vertenze erano sufficienti⁷. Prima di introdurre nuovi strumenti, bisognerebbe acquisire esperienza con il nuovo sistema e consolidarlo con la giurisprudenza.

Anche oggi, i vari esperti giuridici sono del parere che le azioni collettive non trovano posto nel nostro sistema di diritto e mettono in guardia contro affrettati adattamenti della nostra legislazione⁸.

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

Punti forti e punti deboli del sistema svizzero

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 puntuali

L'applicazione di questo approccio tradizionale può scontrarsi con difficoltà per alcuni tipi di danni, in particolare nel caso di danni sparsi, quando un gran numero di persone sono lese in maniera identica o analoga e ciascuna di esse subisce un danno minimo in termini di valore. In un simile caso, non vale nemmeno la pena, per questioni di costo, di intentare un'azione legale.

⁴ Art. 101 ss. progetto della LSF.

⁵ Art. 85 s. progetto della LSF.

⁶ Rapporto sull'avamprogetto della commissione di esperti, giugno 2003, (FN 4), p. 45 s. e Leuenberger, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung - ein Überblick in AJP 2003, p. 1423.

⁷ Sutter-Somm, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I, 548 f (FN 1), 555.

⁸ Bohnet, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch, SZPZ 5/2013 p. 439 ss. e Bernet/Hess, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz - neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, Anwaltsrevue 10/2012 p. 451 ss.

► Problema sistemico I: Rapporto costi/benefici sfavorevole.

► Problema sistemico II: Davide contro Golia.

► Problema sistemico III: Numerosi danni minori.

► Problema sistemico IV: Costi da assumere in caso di perdita del processo.

► Problema sistemico V: Mancanza di motivazione ad intentare un'azione a seguito dello scarso importo del danno.

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. Tuttavia, il diritto svizzero offre già oggi delle soluzioni alle persone lese per le quali un accesso ai tribunali è importante. Infatti, i procedimenti davanti a un tribunale del lavoro concernenti un valore litigioso che non supera i 30'000 franchi e gli esperimenti di conciliazione in materia di locazione sono già gratuiti.

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.

Squilibrio legato alla frammentazione delle rivendicazioni

Il fenomeno chiamato «small stake in a large controversy» descrive bene la situazione: abbiamo da un lato un gran numero di danni o di pretese e dall'altro, un unico convenuto che si difende. Un individuo non ha grande interesse a far valere i suoi diritti, mentre è molto interessante per il convenuto opporsi alle pretese, poiché le numerose rivendicazioni isolate, una volta cumulate, rappresentano un importo elevato.

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.

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).

► Le pretese giuridiche possono essere cedute a terzi specializzati.

Cessione dei crediti

In determinate condizioni⁹, è possibile già oggi cedere un credito ad un terzo, che lo fa poi valere a suo nome. Questa prassi è anche denominata cumulo oggettivo di azioni. È dunque possibile cedere ad un'impresa specializzata delle pretese derivanti da danni di massa o anche da danni sparsi. Quest'ultima indemnizza gli attori in funzione dell'esito della vertenza. Gli ostacoli¹⁰ alla cessione di crediti esistenti attualmente potrebbero essere eliminati dal legislatore a costi inferiori a quelli generati dall'introduzione di «reali» strumenti di esercizio collettivo dei diritti.

Grafico 3

► Nel caso di una cessione globale, i creditori cedono le loro pretese giuridiche ad un terzo, che intenta in seguito un processo a nome proprio.

Funzionamento della cessione globale



Fonte: presentazione propria.

► Le parti lese possono unirsi in litisconsorzio.

Cumulo oggettivo di azioni

Il cumulo oggettivo di azioni¹¹ 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, sarebbe possibile rimediare alle difficoltà¹² che si pongono per gli attori con un costo legislativo ragionevole.

Grafico 4

► Nel caso di un raggruppamento delle azioni, le diverse parti lese si uniscono per inoltrare insieme un'azione davanti allo stesso tribunale.

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 diritto professionale 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. L'accordo secondo cui l'onorario dell'avvocato si

⁹ Art. 164 CO e Art. 90 CPC.

¹⁰ Condizioni secondo l'art. 90 let. a e b CPC.

¹¹ Art. 71 CPC.

¹² In particolare le difficoltà derivanti dall'art. 106 cpv 3 CPC (responsabilità solidale dei costi) e degli art. 71 cpv. 2 e 93 CPC (nessuna procedura uniforme quando l'importo della lite è inferiore o superiore alla soglia fissata per le procedure semplificate).

fonda esclusivamente sul buon esito dell'affare è vietato¹³. 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 «La potenza della massa su Internet»).

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

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

► Sono possibili altre vie procedurali, ad esempio l'azione parziale o ancora il coordinamento delle procedure.

Azioni di massima / azioni test

Nell'ambito di un'azione di massima o test, una persona lesa chiede individualmente 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 di massima non si lancerà per principio in altri processi e accetterà un compromesso. Un attore può chiedere il sostegno di un'associazione o di altre persone lese interessate a chiarire la questione. Le analoghe controversie in corso possono inoltre essere sospese durante la durata del processo principale.

La potenza della massa su Internet

Grazie alle possibilità offerte da Internet, ad esempio attraverso le reti sociali, i blog o i forum, gli individui possono entrare in contatto con numerose persone che condividono lo stesso punto di vista e unirsi a loro. I gruppi così formati possono organizzarsi e coordinare la loro azione¹⁴.

Si presentano così possibilità completamente nuove per far valere le pretese analoghe di numerose persone. Anche l'azione di costatazione dei fatti intentata da un'associazione, come pure l'azione di massima o test giocano già oggi un ruolo considerevole e permettono – a condizione che siano bene orchestrate – di fare pressione su un convenuto. Un convenuto non rischierà di essere oggetto di un giudizio sfavorevole in un'azione test o un'azione in costatazione dei fatti se può attendersi che questo giudizio sia in seguito considerato come un precedente per numerosi altri processi. Egli tenterà in primo luogo di regolare il caso cercando un compromesso con tutte le persone lese. Le associazioni e gli altri gruppi d'interesse possono così intraprendere un processo test o lasciare che una persona lesa intenti un'azione di massima, poi utilizzare il risultato per un gran numero di altri attori lesi.

Altri strumenti

Il codice di diritto processuale civile svizzero 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. Queste spese dipendono in gran parte dall'importo preteso. Un attore che ritiene di avere delle pretese elevate non ha però l'obbligo di chiedere la totalità di questo importo. Il codice di procedura civile gli offre la possibilità di intentare un'azione parziale¹⁵, con la quale egli sceglie di portare in giudizio solo una parte delle richieste che sarebbe autorizzato a prendere in considerazione, riservandosi tuttavia un'ulteriore azione in seguito. È così di-

¹³ Schiller, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozess-gewinn ist verboten dans la Revue de l'avocat 1/2010, p. 40 ss.

¹⁴ Il gruppo «NoBillag» sostenuto da giovani politici in rete ha ad esempio trovato in poco tempo oltre 54'000 fans su Facebook (www.facebook.com/nobillag). Altre persone lese potrebbero scegliere questo strumento per far valere i loro diritti (ad esempio danni sparsi) e coordinarli contro l'autore del danno.

¹⁵ Art. 86 CPC.

sponibile uno strumento appropriato per ridurre il rischio di spese processuali. Infine, si aprono diverse possibilità a livello del coordinamento delle procedure. Un tribunale¹⁶ può così ordinare di unire delle liti individuali o rinviarle ad un tribunale già esistente quando le procedure sono legate tra di loro.

► 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.

► 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:

- Azioni di massima o test
- Impostazione orchestrata e strategica del processo civile
- Procedure di mediazione specializzate specifiche ad un settore

► 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 rappresentanti di interessi, gli avvocati e le altre organizzazioni sarebbero i soli ad approfittarne. 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.

Vantaggi e inconvenienti della tutela giuridica collettiva

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

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. Questo 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 ciò sia possibile.

¹⁶ Art. 125 let. c CPC.

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

► Le azioni collettive sono contro-verse anche negli Stati Uniti, poiché esse pongono numerosi problemi. Varie riforme sono fallite.

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. 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»).

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 falliti¹⁸.

¹⁷ Questo sistema d'applicazione del diritto da parte dei privati è noto sotto il nome di «private attorney general» negli Stati Uniti.

¹⁸ Hopt/Kulms/von Hein, 2006, *Rechtshilfe und Rechtsstaat: die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland*, p. 23 s.

Inconvenienti della tutela giuridica collettiva

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

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

► Problema strutturale I:
Ognuno per sé; vi sono dei conflitti d'interesse tra gli attori, gli avvocati e il giudice.

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

La tutela giuridica collettiva minaccia il sistema giudiziario in vigore

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.

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.

La «teoria dell'agenzia»

L'azione collettiva è efficace per far valere la pretesa totale, corrispondente a 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 lese¹⁹.

Ciò non fa che rinviare il problema: se delle parti non sono ben difese dal loro avvocato durante un processo e desiderano perseguirlo per la sua pessima difesa, ci si ritrova nella stessa situazione di partenza, ossia che l'attore cerca di far valere una pretesa. Vi è tuttavia una differenza: nel caso di un'azione collettiva di grande portata (che può teoricamente implicare diverse centinaia di milioni di franchi), l'avvocato che rappresenta gli attori non sarà probabilmente in grado di indennizzare le parti lese.

L'intervento di un tribunale che esaminerebbe un'eventuale transazione non cambierebbe nulla: la «teoria dell'agenzia» esiste anche nella relazione fra un giudice e un gruppo.

«Blackmail settlements»

Un'impresa alla quale vengono chieste delle pretese elevate in una procedura civile si trova confrontata ad anni d'incertezza. Essa deve, tra l'altro, costituire delle riserve, far fronte all'incertezza degli investitori e dei partner commerciali, nonché assumere dei costi interni ed esterni considerevoli per la propria 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 vittoria²⁰. 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.

¹⁹ Casper, 2009, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, p. 28.

²⁰ Gli onorari degli avvocati superano di regola ampiamente l'indennizzo delle parti concesso dal tribunale, in particolare nelle liti complesse. Durante le transazioni, le spese sopportate dalle parti sono spesso lasciate da parte: ogni parte assume le proprie spese.

- I partecipanti ad un'azione collettiva possono permettersi di far durare il processo.
- Un convenuto corre un rischio finanziario ma mette in gioco anche il futuro della società.
- Questo crea un potenziale ricatto e una pressione sproporzionata a favore della conclusione di una transazione.

La dottrina e la giurisprudenza americane hanno ammesso che da decenni questa situazione è ampiamente sfruttata. Non esiste una reale soluzione al problema. Il fenomeno è noto sotto il termine di «blackmail settlement»²¹. In una simile situazione, l'attore è pronto a stipulare una transazione estremamente sfavorevole per lui in presenza di una presunta pretesa o quando un'azione collettiva è stata intentata contro di lui, senza attendere la sentenza del tribunale.

«Sweetheart deals» o «sweetheart settlements»

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. Un'intesa collusiva può essere il frutto di un «blackmail settlement», ma può anche succedere che un convenuto decida, per altre ragioni, di concludere un accordo di questo tipo con un gruppo di attori meno aggressivi o meno organizzati²². Dopo che l'accordo è in vigore, questo gruppo non ha più la possibilità di far valere delle pretese verso il convenuto. Questa non è giustizia.

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.

Perdita del diritto ad essere sentito nelle vertenze rappresentative

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 di essere sentito davanti ad un tribunale. La Costituzione federale²³, nonché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁴, accordano ad ognuna delle parti il diritto di essere sentiti. Questo significa che un avente diritto, anche se il danno subito è minimo, ha il diritto di esprimersi in una procedura.

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

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

► Problema strutturale V: Nessun diritto di essere sentito nonostante la garanzia costituzionale.

²¹ Harel/Stein, 2004, Auctioning for Loyalty: Selection and Monitoring of Class Counsel, p. 81 s. und Sherwyn/Estreicher (Hrsg.), 2009, Employment Class and Collective Actions: Proceedings of the New York University 56th Annual Conference on Labor, Band 56, p. 320 s. e rinvio alla giurisprudenza americana.

²² Charlotte S. Alexander, 2010. „Would an Opt In Requirement Stop Class Action Strike Suits and Sweetheart Deals? Evidence from the Fair Labor Standards Act“, scaricato il 30 settembre 2014 sotto http://works.bepress.com/charlotte_alexander/1

²³ Art. 29, al. 2 Cst.

²⁴ Art. 6 CEDH.

► Le azioni collettive sono innanzitutto una fonte di sfide strutturali. Anche se la prassi è diversa in Svizzera, esistono dei casi in cui le pretese per il risarcimento di danni sono enormi.

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

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

► Una valutazione dei bisogni mostra perché non vengono utilizzati gli strumenti in vigore.

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

Risarcimento dei danni: pretese elevate anche in Svizzera

Anche in Svizzera, il risarcimento di danni elevati è possibile. Gli importi esorbitanti non sono solo appannaggio del sistema giudiziario americano (caratteristiche punitivo e processo davanti ad un giudice), l'importo delle indennità dipende anche dalle modalità di calcolo. In Svizzera, contrariamente a quanto avviene negli Stati Uniti, si aggiungono sistematicamente gli interessi maturati dopo che la pretesa è esigibile. Quando i processi durano diversi anni possono dunque essere concessi risarcimenti di danni molto elevati.

Conclusione: una «deamericanizzazione» 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 opt-out. 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.

La posizione dell'economia

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.

Oltre ad una chiara analisi dei bisogni, occorre comunque prestare attenzione agli 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 sba-

²⁵ Art. 90, let. A, CPC + Art. 164 CO.

gliate, 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.

► Occorre esaminare altre possibilità come lo sviluppo di organi di mediazione privati e altre procedure di conciliazione private.

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 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, per non dire sperimentali.

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

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.

Informazioni:

erich.herzog@economiesuisse.ch

Persone di contatto per la Cc-Ti:

Luca Albertoni, Direttore Cc-Ti
Avv. Michele Rossi, Cc-Ti

Impressum

economiesuisse, Federazione delle imprese svizzere
Hegibachstrasse 47, Casella postale, CH-8032 Zurigo
www.economiesuisse.ch