



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives

Rapport du Conseil fédéral

Berne, le 3 juillet 2013

Condensé

L'exercice collectif des droits a pour objectif de permettre le règlement judiciaire des prétentions en dommages-intérêts d'un grand nombre de personnes lésées de façon identique ou similaire en regroupant leurs intérêts et leurs ressources dans des procédures communes. Elle repose sur divers instruments.

Instruments d'exercice collectif des droits

La collectivisation des prétentions a lieu principalement en cas de dommages collectifs ou dispersés. Il est question de dommages collectifs lorsqu'un grand nombre de personnes sont touchées de façon identique ou similaire par des dommages et que chacune d'entre elles est lésée considérablement. Il est question de dommages dispersés lorsqu'un grand nombre de personnes sont lésées, mais que les dommages sont de faible valeur. Tandis qu'en matière de dommages collectifs, les instruments d'exercice collectif des droits visent l'efficacité des procédures, il s'agit en matière de dommages dispersés de garantir la compensation du préjudice et de prévenir les comportements illicites. Dans les deux cas, il s'agit aussi d'imposer efficacement le droit objectif.

La mise en œuvre collective des droits doit être considérée en opposition à la procédure individuelle en tant que modèle traditionnel de procédure judiciaire. Il faut en outre distinguer les instruments d'exercice collectif des droits prenant la forme de procédures individuelles des véritables actions collectives. Ces dernières constituent plutôt une exception dans le droit suisse, où on les trouve par exemple dans le droit des sociétés. Il existe parallèlement plusieurs instruments permettant une collectivisation de la protection juridique, en particulier le cumul d'actions objectif et subjectif, l'action des organisations et l'action modèle ou action test fondée sur des conventions de droit privé. Par contre, à l'inverse de nombreux Etats, il n'existe pas en Suisse d'action de groupe générale représentative, même si elle serait parfaitement compatible avec le droit en vigueur.

Etat des lieux et droit comparé

L'analyse des instruments du droit suisse, comparé aux droits étrangers, montre leur insuffisance voire leur inadéquation à permettre une mise en œuvre efficace et effective des droits en cas de dommages collectifs ou dispersés. Il en résulte un système de protection juridique lacunaire, qui peut entraver l'accès au juge. En particulier, les règles en vigueur sur les frais judiciaires et le peu d'usage qui est fait de la possibilité de recourir au financement de la procédure font obstacle aux actions par exemple de petits placeurs ou de consommateurs suite à des dommages collectifs. L'action des organisations dans sa forme actuelle apparaît comme insuffisante en cas de dommages collectifs ou dispersés, du fait des limitations de son champ d'application matériel et fonctionnel. Ces insuffisances sont particulièrement perceptibles dans les domaines du droit des consommateurs ou de l'égalité. La comparaison avec le droit d'autres pays montre que plusieurs d'entre eux ont instauré des instruments plus poussés d'exercice collectif des droits pour remédier aux défauts de protection juridique, surtout au cours des dernières décennies. Ces instruments ont fait leurs preuves.

Il serait bon de tenir compte des expériences étrangères dans la perspective de l'instauration éventuelle de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits en Suisse. En particulier, le modèle développé en Autriche, dans lequel des organisations spécifiques font valoir des

prétentions collectivisées, le modèle allemand de loi sur les procédures modèles et le modèle néerlandais de transaction de groupe pourraient servir d'inspiration.

Il ne s'agit pas seulement de garantir une protection juridique efficace: il s'agit également d'assurer le bon fonctionnement du système judiciaire en cas de dommages collectifs et, dans le contexte international, de promouvoir l'attractivité de la place judiciaire suisse.

S'agissant de l'action en responsabilité relevant du droit des sociétés, on pourra transférer les modifications de loi déjà adoptées par le Parlement lors du vote sur le contre-projet indirect « contre les rémunérations abusives » dans les actes d'exécution élaborés suite à l'adoption de l'initiative, de manière à réduire le risque lié aux frais de procédure pour les actionnaires qui intentent une action. Une révision des dispositions du droit des sociétés sur la responsabilité permettrait d'améliorer encore les incitations financières pour les actionnaires désireux d'intenter une action. Les instruments généraux d'exercice collectif des droits ne sont pas adaptés.

Mesures possibles

Pour les instruments existants, il serait possible d'améliorer les dispositions sur les frais de procédure et éventuellement les possibilités de financement des procédures. Il serait possible également d'étendre le champ d'application matériel et fonctionnel de l'action des organisations. D'autres mesures sont envisageables dans le domaine de l'action en responsabilité relevant du droit des sociétés.

Il faudrait parallèlement examiner l'instauration de véritables instruments généraux d'exercice collectif des droits. Plusieurs instruments s'offrent à cet égard au vu des expériences pratiques faites à l'étranger: une procédure modèle ou une procédure test et une action de groupe avec option d'adhésion ou une procédure de transaction de groupe (ou éventuellement une combinaison des deux). Il faudrait, quoi qu'il en soit, adapter ces instruments au contexte suisse et accorder une attention particulière au financement des procédures et à la prévention des abus.

L'existence de divers instruments d'exercice collectif des droits permettant d'assurer l'efficacité et l'effectivité des actions en justice en cas de dommages collectifs ou dispersés est fondamentale pour assurer le bon fonctionnement du système de protection juridique. La présente analyse du droit en vigueur, de ses lacunes et des possibilités de l'optimiser constitue un premier pas dans l'amélioration de la protection juridique. Il en va de l'intérêt de chacun en tant que sujet de droit et de l'intérêt public général à bénéficier d'un système judiciaire efficace et fonctionnel.

Table des matières

1	Introduction	6
1.1	Contexte	6
1.2	Objet et but.....	7
1.3	Contenu	7
2	Notion et but de l'exercice collectif des droits	8
2.1	L'exercice collectif des droits comme notion générique	8
2.2	Objectif et buts de l'exercice collectif des droits.....	9
2.2.1	Economie de procédure	9
2.2.2	Compensation et prévention des comportements illicites	12
2.2.3	Mise en œuvre effective du droit objectif.....	13
2.3	Actions collectives proprement dites et protection juridique collective sous forme d'actions individuelles.....	13
2.4	Exercice collectif des droits en Suisse	14
3	Instruments d'exercice collectif des droits en Suisse et à l'étranger.....	15
3.1	Cumul d'actions subjectif et objectif.....	15
3.1.1	Cumul d'actions subjectif et objectif (art. 71 et 90 CPC).....	15
3.1.2	Jonction des causes, suspension de la procédure et renvoi (art. 125, let. c, 126 et 127 CPC)	16
3.1.3	L'action collective d'inspiration autrichienne en tant que forme pratique particulière de cumul objectif d'actions: un modèle pour la Suisse?	17
3.1.4	Appréciation et conclusions	19
3.2	Actions des organisations	22
3.2.1	Droit d'action général des organisations (art. 89 CPC).....	22
3.2.2	Droits d'action spéciaux des organisations	23
3.2.3	Droits d'action généraux et de nature également réparatoire des organisations à l'étranger.....	25
3.2.4	Appréciation et conclusions	25
3.3	Actions modèles ou actions test	28
3.3.1	Actions modèles ou actions test en droit positif suisse	28
3.3.2	<i>Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz</i> allemand : un modèle pour la Suisse ?	29
3.3.3	Appréciation et conclusions	30
3.4	Actions de groupe	32
3.4.1	Pas d'action de groupe générale en Suisse	32
3.4.2	Instruments semblables à l'action de groupe en Suisse	33
3.4.3	Les actions de groupe à l'étranger	37
3.4.4	Transactions de groupe aux Pays-Bas : un concept pour la Suisse ?	39
3.4.5	Appréciation et conclusions	40

4	Questions spécifiques	43
4.1	Financement des procédures: opportunités et risques pour l'exercice collectif des droits	43
4.1.1	Coût et financement de la procédure en cas de dommages collectifs et de dommages dispersés	43
4.1.2	Appréciation et conclusions	45
4.2	Difficultés procédurales dans l'exercice des droits en responsabilité dans le domaine du droit des sociétés anonymes	46
4.2.1	Action en responsabilité dans le domaine du droit des sociétés anonymes.....	46
4.2.2	Difficultés procédurales.....	47
4.2.3	Appréciation et conclusions	48
4.3	Assurer le bon fonctionnement du système judiciaire en cas de dommages collectifs	50
4.3.1	Dommages collectifs en tant que risque pour le bon fonctionnement de la justice	50
4.3.2	Appréciation et conclusions	50
4.4	Contexte international	51
4.4.1	Parties suisses à des procédures collectives étrangères: la place judiciaire suisse pâtit-elle des insuffisances des instruments d'exercice collectif des droits?	51
4.4.2	Difficultés de reconnaissance et d'exécution en Suisse de décisions étrangères faisant suite à des procédures collectives	51
4.4.3	Exercice collectif des droits dans la législation de l'UE.....	52
4.4.4	Appréciation et conclusions	52
5	Conclusions	54
5.1	Des instruments insuffisants pour faire valoir concrètement des dommages collectifs ou dispersés	54
5.2	Mesures possibles pour améliorer la mise en oeuvre des droits en cas de dommages collectifs ou dispersés	55
	Bibliographie	57

1 Introduction

1.1 Contexte

Dans le droit (privé) suisse en vigueur, un ou plusieurs demandeurs peuvent faire valoir leurs prétentions à l'encontre d'un ou de plusieurs défendeurs dans le cadre de procédures individuelles. Les demandeurs sont directement parties à la procédure, intentent l'action en leur propre nom et défendent leurs propres intérêts, indépendamment de toute autre partie et de toute autre procédure. Certains instruments, comme le cumul d'actions ou l'action des organisations, permettent de défendre des droits collectivement. En dehors de ceux-ci, il n'existe pas en droit suisse d'instruments procéduraux permettant de demander collectivement la réparation d'un dommage subi¹.

Un examen juridique s'impose suite à différents événements et développements de ces dernières années. Ils incitent le Conseil fédéral à faire vérifier s'il ne serait pas judicieux de prévoir des instruments pour intenter des actions en justice et défendre des intérêts collectifs dans le domaine de la responsabilité en droit des sociétés anonymes². L'examen ne devrait toutefois pas se cantonner à ce domaine précis, mais s'étendre à tous les domaines où des lésés ont des prétentions identiques ou similaires et des intérêts communs qui semblent pouvoir faire l'objet d'une action commune³, notamment celui des marchés financiers et des marchés des capitaux, de la protection des consommateurs, du droit des cartels, de la protection de la personnalité, de l'égalité⁴ et de la protection des données⁵.

La motion 11.3977 Birrer-Heimo « Plaintes collectives: simplification des procédures judiciaires », que le Parlement n'a pas encore traitée, va plus loin que ces objectifs, puisque l'auteur de la motion charge le Conseil fédéral de présenter un projet de loi qui rende plus simples les conditions permettant à un grand nombre de personnes lésées au même titre de faire valoir collectivement leurs prétentions devant un tribunal. De même, dans sa motion 13.3052 « Droit d'action collective en cas de viol de la protection des données, en particulier sur internet », le conseiller national Schwaab enjoint au Conseil fédéral d'élaborer un projet de base légale de la plainte collective en droit civil dans le domaine de la protection des données, en particulier sur internet et les réseaux sociaux. Le Conseil fédéral, estimant qu'il était nécessaire de procéder à un examen préalable - lequel a débouché sur le présent rapport -, a proposé au Parlement de rejeter les deux motions⁶.

¹ Définitions au ch. 2.

² Avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011, 3263, 3305.

³ Intervention de la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga du 6 décembre 2010 en réponse à la question 10.5511 Bischof Pirmin « Des actions collectives en Suisse? », BO N 2010, 1826.

⁴ Avis du Conseil fédéral du 30 novembre 2011 relatif à la motion 11.3977 Birrer-Heimo. « Plaintes collectives: simplification des procédures judiciaires ».

⁵ Avis du Conseil fédéral du 8 mai 2013 sur la motion 13.3052 Schwaab. « Droit d'action collective en cas de viol de la protection des données, en particulier sur internet ».

⁶ Avis du Conseil fédéral du 30 novembre 2011 relatif à la motion 11.3977 Birrer-Heimo. « Plaintes collectives: simplification des procédures judiciaires »; avis du Conseil fédéral du 8 mai 2013 relatif à la motion 13.3052 Schwaab. « Droit d'action collective en cas de viol de la protection des données, en particulier sur internet ».

1.2 Objet et but

Le présent rapport décortique les instruments permettant de mettre en œuvre des prétentions de droit matériel en Suisse et à l'étranger. Les prétentions elles-mêmes et les bases légales qui les sous-tendent ne sont pas traitées dans le présent rapport. Il y est question uniquement de la sauvegarde de ces prétentions et des moyens collectifs de les faire valoir. Il s'agit principalement de prétentions relevant du droit privé, c'est-à-dire de prétentions qu'un acteur privé fait valoir à l'encontre d'un autre acteur privé en se fondant sur le droit privé. Les prétentions de droit public que des particuliers font valoir collectivement, notamment à l'encontre de non-particuliers, c'est-à-dire de sujets de droit dotés de compétences souveraines, ne sont pas traitées dans le présent rapport. Il n'y est pas question non plus des instruments de médiation, de la résolution alternative des litiges (en anglais *Alternative Dispute Resolution* [ADR]) ni de l'arbitrage. Seuls les aspects judiciaires sont pris en compte.

Le but du présent rapport est double. Il vise premièrement un état des lieux de l'exercice collectif des droits dans la législation en vigueur et l'identification des lacunes. Une analyse comparée des instruments juridiques - semblables ou différents - existant à l'étranger, par essence non exhaustive, est effectuée en parallèle. Le rapport vise deuxièmement l'évaluation de ces instruments et la déduction de mesures possibles.

1.3 Contenu

La première partie du rapport définit la notion d'exercice collectif des droits, ses fonctions et les deux notions centrales de dommages collectifs et de dommages dispersés (ch. 2). La deuxième partie expose et évalue les instruments juridiques suisses et étrangers permettant de faire valoir des droits collectivement (ch. 3). La troisième partie porte sur les problèmes spécifiques à l'exercice collectif des droits et s'arrête en particulier sur les actions en responsabilité relevant du droit des sociétés anonymes (ch. 4). Enfin, la quatrième partie présente des conclusions sur le droit en vigueur et sur les possibilités d'instaurer de nouveaux instruments (ch. 5).

2 Notion et but de l'exercice collectif des droits

2.1 L'exercice collectif des droits comme notion générique

La notion générique d'exercice collectif des droits⁷ désigne et regroupe différents instruments procéduraux qui permettent le règlement judiciaire collectif des prétentions (en réparation du dommage, en cessation ou en constatation) d'un grand nombre de personnes touchées ou lésées de façon identique ou similaire, en regroupant leurs intérêts et leurs ressources dans *une seule* (ou un nombre très limité de) *procédure(s) commune(s)*⁸. La notion d'exercice collectif des droits doit donc être considérée en opposition à celle d'exercice individuel des droits (cf. toutefois la relativisation nécessaire au ch. 2.3 ci-après)⁹.

Pour la mise en œuvre des prétentions et des créances de droit privé, la voie qui s'impose traditionnellement est celle de la défense individuelle des intérêts. La *procédure civile* a été conçue autour de l'idée d'une *mise en œuvre individuelle des droits*, en vue de l'exécution de *prétentions individuelles*, entre une partie demanderesse et une partie défenderesse, qui s'opposent dans la procédure¹⁰. Les parties ont des droits individuels, notamment celui d'être informées, d'être entendues, de participer à l'administration des preuves et d'accéder au dossier, prévus par l'art. 53, al. 1, CPC¹¹, et qui découlent déjà des art. 29, al. 2, Cst.¹² et 6, al. 1, CEDH^{13,14}. Conformément à l'objectif premier du droit de procédure civile, qui est de garantir les droits subjectifs individuels, c'est le principe de disposition (art. 58, al. 1, CPC) qui s'applique dans ce domaine du droit : le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse. En même temps, du point de vue subjectif, la force de chose jugée d'une décision judiciaire dans un litige opposant des parties se limite en principe aux parties – dont les droits subjectifs faisaient l'objet du procès ; ce n'est que pour ces dernières que la décision est contraignante, et elles seules doivent s'y conformer¹⁵. Les tiers qui ne sont pas parties à la procédure ne sont en revanche pas liés par la décision, et ne sont pas touchés par elle dans leurs droits. Ils ne peuvent pas non plus prétendre en retirer un avantage¹⁶. Les règles de procé-

⁷ En anglais, il est souvent question de «*collective redress*». Cette expression a été forgée par les autorités de l'UE. Elle est aujourd'hui couramment employée en son sein. Cf. également DICKENMANN, p. 467 ss.

⁸ Cf. p. ex. BERNET/HESS, p. 451 ss; DROESE, p. 116 s, ainsi que pour le droit étranger WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, p. 41 ss; KOCH, Internationaler kollektiver Rechtsschutz, p. 55 ss; BRUNS, p. 401. Cf. également COMMISSION EUROPEENNE, Recours collectifs, p. 3 s.; PARLEMENT EUROPEEN, Overview, p. 6.

⁹ Cf. MELLER-HANNICH/HÖLAND, Kollektiver Rechtsschutz, p. 164 ss.

¹⁰ JEANDIN, Consortit , p. 163 s.; BSK ZPO-Oberhammer, art. 89 N 1. Les procédures non contentieuses de la juridiction gracieuse (art. 248, let. e, CPC), dans lesquelles il y a normalement uniquement un demandeur, constituent une exception; c'est pourquoi la juridiction gracieuse n'est pas visée ici.

¹¹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272).

¹² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

¹³ Convention (européenne) du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

¹⁴ Cf. sur le droit d'être entendu en procédure civile BK ZPO-HURNI, art. 53 N 5 ss et les références citées.

¹⁵ Cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, introduction aux art. 236 à 242, N 21 et N 47.

¹⁶ Il existe des cas exceptionnels d'extension de la force de chose jugée à des tiers, notamment en cas de succession universelle, ou si le droit positif le commande, cf. BSK ZPO-

ture civile sur les frais doivent également être considérées à la lumière du but de la procédure civile en tant que procédure individuelle : dans la mesure où il s'agit de concrétiser les droits subjectifs des parties à la procédure, ces dernières doivent en principe supporter les frais engendrés par la mise en œuvre de leurs droits, en fonction de tarifs déterminés (cf. art. 96 CPC). Selon la règle de répartition – basée sur le principe dit du résultat – prévue à l'art. 106 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante. Cette réglementation se base en effet sur la présomption selon laquelle c'est cette dernière qui est à l'origine des frais de la mise en œuvre du droit¹⁷.

Le but premier de la procédure civile est de garantir la mise en œuvre des droits *individuels* : le droit privé attribue aux individus des droits subjectifs et la procédure civile sert à les concrétiser, l'objectif étant d'assurer la justice matérielle dans les cas individuels. En même temps, la procédure civile a pour but la mise en œuvre de l'ordre juridique en tant que droit objectif, c'est-à-dire notamment le maintien ou la création d'un contexte de paix et de sécurité juridique¹⁸. L'Etat, en tant que détenteur de la puissance publique en matière de droit et de justice, doit garantir une protection juridique complète. Il va de soi que cela vaut également pour le droit privé. Conformément à la garantie d'accès au juge inscrite aux art. 29, al. 1 et 29a Cst. et à l'art. 6, ch. 1, CEDH, tout individu bénéficie du droit d'accéder à un juge et de voir la justice garantie par les autorités judiciaires¹⁹.

2.2 Objectif et buts de l'exercice collectif des droits

L'*objectif* de l'exercice collectif des droits est de permettre une *mise en œuvre du droit plus efficace et effective* que ce que permettent les actions individuelles, grâce à la collectivisation des intérêts et des ressources, dans les cas de mise en œuvre d'un grand nombre de prétentions se basant sur un complexe de faits identique ou similaire et dirigées contre une seule (ou un petit nombre de) personne(s). On peut ainsi mentionner l'économie de procédure, la compensation, la prévention de certains comportements illicites, ainsi que la mise en œuvre efficace du droit objectif au nombre des *buts* visés par l'exercice collectif des droits. En fonction de la signification objective ou subjective de la prétention en question pour son titulaire, l'un ou l'autre de ces buts revêt une plus grande importance. Souvent, les circonstances sous-jacentes aux différents buts – en particulier les dommages collectifs et les dommages dispersés (cf. ci-après) – se recoupent²⁰.

2.2.1 Economie de procédure

En général

Dans l'idée d'une mise en œuvre efficace des droits, l'exercice collectif de ces droits – dans une perspective purement *quantitative* – est censé assurer un fonctionnement efficace de la justice en faveur de tous les protagonistes. Les instruments d'exercice collectif des droits ne permettent un règlement judiciaire rapide des dommages que lorsqu'un grand nombre

OBERHAMMER, préambule aux art. 236 à 242 N 48 ss.

¹⁷ De façon générale, le principe selon lequel la partie succombante paie (tous) les frais engendrés par une procédure et en particulier les montants que la partie adverse a dû déboursier dans le cadre du procès est désigné par les expressions « *loser pays all* » ou « *loser pays* ». Ce principe est également appelé « *English Rule* », par opposition à l'« *American Rule* », qui prévoit que chaque partie supporte ses propres frais.

¹⁸ Cf. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 1, ch. 2 à 4; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ch. 1.3 ss; SCHILKEN, p. 24.

¹⁹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 1, ch. 8.

²⁰ Cf. DOMEJ, p. 422.

d'actions sont introduites au même moment, sur la même base, auprès du (même) tribunal, comme cela arrive par exemple en cas de dommages collectifs.

La possibilité d'un exercice efficace des droits est conforme, d'une part à l'intérêt général au bon fonctionnement de la justice, et d'autre part à l'intérêt individuel du lésé à la mise en œuvre efficace de ses droits et à la réparation du dommage subi en particulier²¹. En termes d'efficacité, il existe aussi des avantages pour la partie défenderesse, dans la mesure où l'issue de la procédure devient également liante pour des personnes qui n'y ont pas pris part, ce qui permet de remédier entièrement et de façon contraignante à une situation d'insécurité juridique²². En même temps, des décisions différentes – voire contradictoires – sur des questions de droit ou de fait identiques peuvent être évitées²³.

Dommages collectifs

Il est question de dommage collectif lorsque les droits et les biens juridiquement protégés d'un grand nombre de personnes sont touchés de façon identique ou similaire par un événement dommageable (ou plusieurs sources de dommage identiques), par un comportement illicite ou de façon plus générale par *une* même cause, si les différents lésés le sont considérablement et ont subi un *dommage matériel ou patrimonial* important – dépassant le seuil d'un dommage négligeable et de faible valeur²⁴.

Il y a lieu de souligner que la terminologie employée est loin d'être unifiée. Si l'expression « dommage collectif » est parfois employée comme notion générale²⁵, il arrive aussi que sa portée soit à l'inverse limitée²⁶. En tout état de cause, il y a lieu de différencier les dommages collectifs ou de grande envergure des dommages dispersés (cf. ci-après).

Les *dommages collectifs* sont causés par les grands accidents, comme les catastrophes ferroviaires ou aériennes, les accidents de télécabines et autres remontées mécaniques, les explosions et les grands incendies²⁷. Entrent également dans la catégorie des dommages collectifs les dommages en série causés par les défauts dans des produits tels que les médicaments et en général les dommages causés par la toxicité d'une substance, tels ceux résultant des rayonnements radioactifs ou de l'exposition à l'amiante²⁸.

²¹ KOCH, *Sammelklage*, p. 442; WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 47 ss.

²² Cf. DROESE, p. 118.

²³ DROESE, p. 118; BERNET/GROZ, p. 78.

²⁴ Cf. pour le droit suisse GORDON-VRBA, p. 6 et 9 s.; BRUNNER, *Zur Verbands- und Sammelklage*, p. 39, qui ne fait toutefois pas de différence entre les dommages collectifs et les dommages dispersés; SCHALLER, ch. 169; STARK/KNECHT, p. 53. Cf. également pour le droit étranger WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 54; WAGNER, *Collective Redress* p. 65. Les expressions « *grands dommages* » (« *Grossschäden* ») et « *dommages accumulés* » (« *Kumulschäden* ») sont parfois également utilisées, cf. p. ex. GORDON-VRBA, p. 6 et 9 s., ou KLAUSER, *Massenschäden*, p. 19.

²⁵ Cf. p. ex. VON BAR, p. A 9 ss.

²⁶ La notion de dommage collectif a été introduite en droit suisse au moment de l'élaboration de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (aLfors; RO 2000 2355), aujourd'hui remplacée par le code de procédure civile. L'art. 27 aLfors prévoyait un for spécial pour les dommages collectifs. Selon le message, « par dommages collectifs, il faut entendre les événements qui touchent un grand nombre de personnes, une *foule* de gens » (FF 1999, 2628). La notion de dommage collectif ayant été jugée trop imprécise et difficilement justiciable, ce for n'a pas été repris dans le CPC (FF 2006, 6902; cf. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, art. 36 N 2; critique à ce sujet: DROESE, p. 133 s.).

²⁷ HAGER/LEONHARD, p. 303 ss.

²⁸ Dans les milieux juridiques anglo-américains, il est question de « *toxic mass torts* ».

Plus récemment, les dommages collectifs sont apparus dans le domaine des *marchés financiers et de capitaux* sous la forme de dommages causés aux investisseurs, par exemple lorsqu'un grand nombre de ces derniers subissent des pertes à cause de fausses informations ou en raison d'une absence d'information²⁹. Des dommages collectifs peuvent également être causés par les défauts du conseil ou du courtage en placement ou le manque de diligence général ou structurel qui touchent un grand nombre de lésés d'une façon identique ou similaire. Ainsi, les cas de dommages subis en 2008 par un grand nombre d'investisseurs du fait de l'insolvabilité des établissements financiers Lehman Brothers Holding Inc., de tout le groupe Lehman et du groupe Kaupthing entrent également dans le cadre de la notion de dommage collectif³⁰.

Dans le *droit des cartels*, les dommages collectifs recouvrent les situations dans lesquelles des ententes cartellaires causent un préjudice à grand nombre de concurrents, d'acheteurs et de fournisseurs. Par ailleurs, on peut envisager des cas de dommages collectifs en *droit de la concurrence déloyale*, par exemple en cas d'utilisation de conditions générales abusives auprès d'un grand nombre de consommateurs. Il est également possible que des violations (systématiques) du *droit de l'égalité entre hommes et femmes* – en particulier en raison d'inégalités salariales – commises au préjudice d'un grand nombre de personnes constituent des cas de dommage collectif. En outre, de tels cas peuvent survenir en *droit du travail* et en *droit du bail*.

Dans les cas de dommages collectifs, la mise en œuvre du droit est caractérisée par trois problématiques particulières :

1. D'une part, la personne concernée a subi un dommage matériel ou patrimonial qu'elle ne considère pas comme quantitativement négligeable, mais dont elle estime à l'inverse qu'il est suffisamment important pour faire l'objet d'une action en justice. Cette personne n'est pas la seule à se trouver dans cette situation : il existe *de nombreux autres lésés* se trouvant dans la même situation, certaines différences entre ces derniers pouvant toutefois porter sur la valeur concrète du dommage subi, les circonstances concrètes du cas dommageable, ainsi que sur leur marge de manœuvre individuelle du point de vue juridique et financier (connaissance du droit, éventuelle assurance de protection juridique, situation financière, etc.).
2. D'autre part, un ou plusieurs éventuels auteurs et responsables du dommage et défendeurs potentiels sont confrontés à un grand nombre de prétentions identiques ou similaires et donc (du moins potentiellement) à un *grand nombre de procédures judiciaires*, ce qui peut constituer à plusieurs égards un défi considérable, même lorsque le ou les défendeurs potentiels sont de grandes organisations ou entreprises.
3. Il en résulte – au moins potentiellement – une sollicitation massive du tribunal ou des tribunaux compétent(s), par des procédures soulevant dans une large mesure des questions similaires, mais pouvant toutefois mettre en danger le fonctionnement du système judiciaire en raison du *grand nombre de cas* à traiter.

²⁹ WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, p. 54; KOLLER, p. 63 ss; KALSS, Massenverfahren, p. 322.

³⁰ Cf. p. ex. la motion 11.3977 Birrer-Heimo : « Plaintes collectives. Simplification des procédures judiciaires ».

2.2.2 Compensation et prévention des comportements illicites

En général

Les instruments d'exercice collectif des droits permettent d'assurer les fonctions de prévention, d'influence des comportements et de régulation du *droit objectif*³¹. La fonction d'influence des comportements revêt une importance particulière dans les cas d'actions en raison de dommages dispersés. Ces actions ne sont en effet *économiquement viables* que par l'exercice collectif des droits³².

La *compensation* et la *prévention* constituent également les buts principaux visés par l'exercice collectif des droits, au vu de la possibilité de *dommages infligés aux biens collectifs*, c'est-à-dire de préjudices portés à des biens juridiques ou à des intérêts qui ne peuvent être attribués directement à aucun sujet de droit, mais qui appartiennent à la communauté ou à la société dans son ensemble, comme en particulier l'environnement³³. Dans la mesure où il s'agit là toutefois de problématiques relevant pour l'essentiel du droit public, ces questions ne seront pas abordées plus avant dans le cadre du présent rapport.

Dommmages dispersés

Selon la conception générale, l'expression « dommages dispersés » désigne – comme pour les dommages collectifs – les préjudices causés à un grand nombre de personnes, touchées de façon identique ou similaire par un même événement ou par une « cause centrale ». Les dommages dispersés se différencient toutefois des dommages collectifs dans la mesure où les lésés ne subissent *que des dommages matériels ou patrimoniaux de faible valeur*³⁴. Une distinction basée sur la valeur du préjudice financier subi par les lésés individuels et sur le rapport des intérêts en jeu est parfois faite entre les cas de très petits dommages d'une part, et les cas (un peu plus importants bien que toujours modestes) de petits dommages d'autre part³⁵.

Les *dommages dispersés* peuvent par exemple être causés par des pratiques commerciales contraires au droit de la concurrence ou déloyales de certaines entreprises envers les consommateurs³⁶. En droit des cartels, il s'agira avant tout de dommages causés à un grand nombre de consommateurs ayant payé des prix trop élevés en raison d'ententes cartellaires ou d'autres restrictions illicites de la concurrence. De façon comparable, un comportement déloyal envers un grand nombre d'acheteurs peut causer des dommages d'une valeur négligeable, par exemple lorsque des bénéfices illicites sont obtenus par des méthodes déloyales. Les petits dommages subis par les investisseurs sur les marchés financiers sont également parfois qualifiés de dommages dispersés³⁷. Le même qualificatif est parfois employé pour les violations de la protection des données sur Internet³⁸.

Par rapport aux dommages collectifs, l'exercice des droits des personnes touchées par les dommages dispersés se heurte à deux difficultés supplémentaires :

³¹ KOCH, *Sammelklage*, p. 442 s.; WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 47 ss; DROESE, p. 119.

³² DROESE, p. 118 s.; WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 73 ss.

³³ Cf. WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 50.

³⁴ Cf. pour le droit suisse DICKENMANN, p. 468; DROESE, p. 118 s.; GORDON-VRBA, p. 6 et 9 s.; FISCHER, p. 53 s.; HEINEMANN, p. 21; cf. pour le droit étranger p. ex. WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 51 ss.

³⁵ Cf. GORDON-VRBA, p. 10; BERNET/HESS, p. 452.

³⁶ Cf. p. ex. EBBING, p. 27; WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 52 ss.

³⁷ P. ex. GORDON-VRBA, p. 10; EBBING, p. 27.

³⁸ Cf. motion 13.3052 Schwaab. « Droit d'action collective en cas de viol de la protection des données, en particulier sur internet ».

1. Le préjudice financier subi par le lésé individuel étant *très modeste* et parfois négligeable, ce dernier renonce généralement à le faire valoir en justice, car l'investissement nécessaire est plus grand que le gain maximal espéré à l'issue de la procédure. On parle dans ce cas de « *désintéressement rationnel* » ou d'« *apathie rationnelle* », dans la mesure où le lésé, sur la base d'un calcul économique, renonce à exercer ses droits ou à faire valoir ses prétentions³⁹.
2. De son côté, l'auteur d'un dommage n'a *pas de raison de craindre que les lésés fassent valoir leurs droits*. Il tiendra compte de cette réflexion qui contribuera à déterminer son futur comportement, ce qui ne semble souhaitable ni dans une perspective économique générale, ni du point de vue de la régulation.

2.2.3 Mise en œuvre effective du droit objectif

D'un point de vue *qualitatif*, l'exercice collectif des droits sert à l'application effective du droit objectif, dans la mesure où il permet aux lésés de faire valoir des prétentions individuelles particulières – ou parfois des prétentions collectives – par le biais de procédures judiciaires efficaces, moins coûteuses et donc attractives du point de vue économique. Il constitue ainsi le complément nécessaire aux actions individuelles en vue d'une véritable concrétisation de la garantie d'accès à la justice (cf. ch. 2.1 ci-dessus), et sert également à une meilleure concrétisation de l'Etat de droit.

2.3 Actions collectives proprement dites et protection juridique collective sous forme d'actions individuelles

Dans le cadre de la définition donnée (cf. ch. 2.1 ci-dessus) et des buts et objectifs fixés (cf. ch. 2.2 ci-dessus), il y a lieu d'opérer une distinction parmi les instruments de protection juridique collectifs entre, d'une part, ceux qui servent à un *exercice collectif des droits proprement dit*, certaines prétentions étant exercées collectivement, et d'autre part, ceux par lesquels, malgré un effet essentiellement individuel, un *certain degré de collectivisation de la protection juridique peut être atteint sous forme d'action individuelle*. Certains instruments de protection juridique collective, en fonction de leur configuration concrète, peuvent être utilisés soit pour une mise en œuvre collective de droits proprement dite, soit conduire à un simple exercice individuel « collectivisé » de droits ; cela vaut en particulier pour les actions des organisations ainsi que pour les procédures-modèle (*Musterverfahren*) ou les procédures-test. Cette distinction revêt une signification dans le cadre de la présentation, figurant ci-après, des différentes formes et instruments d'exercice collectif des droits. Il faut toutefois relever que les distinctions faites par la doctrine entre les différents instruments d'exercice collectif des droits varient parfois significativement les unes par rapport aux autres en fonction des domaines et des champs d'application, et qu'on ne peut procéder à leur généralisation qu'avec une certaine réserve⁴⁰.

³⁹ Cf. HIRTE, p. 148 ss; MELLER-HANNICH/HÖLAND, Europäische Sammelklage, p. 170, 175; VAN DEN BERGH/KESKE, p. 20 s.; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, p. 55 ss.

⁴⁰ P. ex. KOCH, Sammelklage, p. 439.

2.4 Exercice collectif des droits en Suisse

Partant d'une conception traditionnelle de la procédure civile en tant que procédure individuelle servant à l'exercice individuel des droits et à la défense individuelle des intérêts, le législateur suisse – tout comme la doctrine et la jurisprudence – a jusqu'ici montré une *grande réserve* à l'égard de toute forme d'action collective proprement dite. Ainsi, lors de l'élaboration du CPC, c'est à dessein que le législateur a renoncé à concevoir et à inscrire dans le code de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits. Il a expressément rejeté en particulier la création d'une véritable action collective (*class action*). Selon sa volonté, l'idée d'un exercice collectif des droits devait être servie en premier lieu par les instruments existants du cumul d'actions et du droit d'action des organisations⁴¹. Ce rejet en bloc avait été critiqué à plusieurs égards, surtout par la doctrine, mais également par des praticiens⁴².

Cela mis à part, il existe aujourd'hui en Suisse différents instruments procéduraux permettant l'exercice collectif des droits, dans la mesure où ils permettent au moins une forme de défense collectivisée des intérêts. Il s'agit toutefois en général d'instruments prenant la forme d'actions individuelles, et non à proprement parler d'instruments collectifs de mise en œuvre des droits (cf. ch. 2.3). À côté des instruments généraux prévus par le CPC, il existe également des instruments particuliers prévus par les lois spéciales. Ces deux formes sont présentées en détail ci-après (cf. ch. 3).

⁴¹ Cf. à ce sujet le rapport sur l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 45; Classement des réponses à la procédure de consultation sur l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse, 2004, p. 7, 230 ss; message relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006, 6844 et 6902; BO 2008, CN 632.

⁴² Cf. BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 308; JEANDIN, *Parties au procès*, p. 143 ss; SCHWANDER, p. 14; BÜHLER, p. 21; FISCHER, p. 54 ss.

3 Instruments d'exercice collectif des droits en Suisse et à l'étranger

3.1 Cumul d'actions subjectif et objectif

3.1.1 Cumul d'actions subjectif et objectif (art. 71 et 90 CPC)

Le *cumul subjectif d'actions* (également appelé consorité simple) prévoit que plusieurs actions juridiquement indépendantes les unes des autres, mais reposant sur des faits ou des fondements juridiques semblables, peuvent être regroupées dans un même procès par plusieurs demandeurs ou défendeurs⁴³. La consorité simple est volontaire – en tout cas du point de vue de la partie/des parties demanderesse(s) – et a lieu dans un but d'efficacité⁴⁴. Elle est censée favoriser l'économie de procédure et l'harmonie des décisions⁴⁵. Il s'agit toujours de conclusions indépendantes, pour lesquelles les conditions de recevabilité et les prétentions invoquées doivent être examinées et tranchées indépendamment ; la décision déploie toujours un effet entre les différentes parties uniquement, et non dans les rapports entre les consorts⁴⁶. Nonobstant la lettre peu claire de l'art. 71, al. 3, CPC sur ce point, chaque consort agit toujours de façon autonome et indépendante des autres, et peut disposer indépendamment de l'objet du litige, sans que les actes de procédure des autres consorts ne l'obligent d'une quelconque façon⁴⁷.

Selon l'art. 71, al. 1 et 2, CPC, le cumul d'actions subjectif est lié à trois conditions. Premièrement, les prétentions invoquées doivent résulter de faits ou de fondements juridiques semblables, c'est-à-dire qu'il doit exister entre elles un rapport de connexité ou un lien suffisant⁴⁸. Deuxièmement, toutes les prétentions doivent relever de la même procédure. Troisièmement, il existe également une exigence (tacite⁴⁹) de compétence identique à raison de la matière et du lieu, l'art. 15, al. 1, CPC prévoyant à ce sujet que plusieurs consorts peuvent être attirés devant le tribunal compétent à l'égard de l'un des défendeurs, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for⁵⁰.

En cas de *cumul objectif d'actions*, en revanche, une seule et même partie demanderesse réunit plusieurs prétentions procéduralement indépendantes les unes des autres dans une seule action contre le même défendeur⁵¹. Il en résulte un cumul⁵² de plusieurs objets de litige

⁴³ Cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 1 et les références citées.

⁴⁴ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006, 6895.

⁴⁵ Cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 1 et GORDON-VRBA, p. 170, et les références citées dans les deux cas; cf. aussi GULDENER, p. 301 ss.

⁴⁶ Cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 1, 8; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 30 ss.

⁴⁷ Cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 8 ss; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 30 ss; CPC-JEANDIN, art. 71 N 10 ss.

⁴⁸ Cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 2 s.; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 14 s.

⁴⁹ Dans ce sens au moins pour la compétence matérielle BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 17.

⁵⁰ Pour la question de savoir s'il est nécessaire que les compétences à raison du lieu et de la matière soient identiques, cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 5 s.; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 70 N 8 ss.

⁵¹ BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 90 N 1; ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, art. 90 N 3; BK ZPO-MARKUS, art. 90 N 1.

⁵² Le fait de présenter des *conclusions subsidiaires* est également considéré comme un cas de cumul objectif d'actions, cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 90 N 1; DIKE-Komm. ZPO-FÜLLEMANN, art. 90 N 2.

dans une même procédure, ce qui – en application du principe de disposition – est autorisé mais pas obligatoire pour le demandeur⁵³. Conformément à l'art. 90 CPC, les conditions du cumul objectif d'actions sont, d'une part (let. a) une même compétence du tribunal à raison de la matière (une même compétence à raison du lieu étant également exigée tacitement), et d'autre part (let. b), que toutes les prétentions cumulées soient soumises à la même procédure. Dans la mesure où l'art. 15, al. 2, CPC prévoit une compétence à raison du lieu commune pour les prétentions présentant un lien de connexité, un cumul objectif d'actions est en principe envisageable dès lors qu'il existe un tel lien de connexité et que la même procédure⁵⁴ est applicable.

C'est ainsi, par exemple, que les locataires d'un immeuble peuvent, dans le cadre d'un cumul subjectif d'actions, contester ensemble une augmentation de loyer⁵⁵, ou que des employés peuvent agir ensemble contre un licenciement collectif injustifié. On peut également envisager que des consommateurs subissent des dommages liés à un même produit défectueux, un médicament par exemple, et agissent ensemble contre le fabricant, ou que plusieurs employées forment une consorité simple pour agir contre leur employeur commun en raison de discriminations salariales. La consorité simple a non seulement pour effet la mise à disposition d'un for commun (art. 15, al. 1, CPC) mentionnée ci-dessus, mais elle entraîne également un calcul de la valeur litigieuse basé sur l'ensemble des prétentions (art. 93, al. 1, CPC), la répartition des frais (art. 106, al. 3, CPC ; cf. également ch. 4.1.1), ainsi qu'en particulier la possibilité pour les consorts de commettre un représentant commun (art. 72 CPC)⁵⁶. Les différentes prétentions peuvent également être réunies dans les mains d'un demandeur déterminé et ensuite faire l'objet d'une seule action par la voie du cumul objectif d'actions : des locataires peuvent céder leurs prétentions à une association de défense des locataires, des employées agissant en raison de discriminations salariales peuvent céder leurs prétentions à un syndicat, ce qui simplifie la conduite du procès et peut permettre des économies. La cession des prétentions à un groupe d'intérêt créé pour l'occasion est également envisageable.

3.1.2 Jonction des causes, suspension de la procédure et renvoi (art. 125, let. c, 126 et 127 CPC)

Les possibilités de joindre les causes, de suspendre et de renvoyer la procédure, en relation avec les possibilités de cumul objectif ou subjectif d'actions avant tout, peuvent servir à l'exercice collectif des droits.

⁵³ BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 90 N 1 s.

⁵⁴ Plusieurs auteurs sont d'avis qu'il est satisfait à l'exigence de même procédure selon l'art. 90, lit. b CPC lorsque le CPC prévoit des procédures différentes pour plusieurs prétentions (c'est-à-dire la procédure ordinaire ou la procédure simplifiée), mais que cette différenciation n'est basée que sur la valeur litigieuse, ce qui justifie tout de même un traitement commun des prétentions, rationnel et conforme à l'économie de procédure. En ce sens notamment GASSER/RICKLI, art. 90 N 11; DIKE-Komm. ZPO-FÜLLEMANN, art. 90 N 6; CPC-BOHNET, art. 90 N 8 s.

⁵⁵ Cf. p. ex. BOHNET, p. 167.

⁵⁶ Indépendamment de cela, le tribunal peut toutefois ordonner la division des causes sur la base de l'art. 125, lit. b CPC, pour des motifs d'économie de procédure, cf. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ch. 348. Comme il s'agit de prétentions indépendantes, il est toujours possible qu'elles fassent l'objet de décisions différentes, cf. KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71 N 1; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 41; DIKE-Komm. ZPO-BORLA-GEIER, art. 71 N 21; CPC-JEANDIN, art. 71 N 11.

Selon l'art. 125, let. c, CPC, le tribunal peut ordonner la *jonction* de plusieurs causes lorsque cela permet de simplifier le procès. Les conditions devant être respectées sont, premièrement, que les causes relèvent de la compétence à raison du lieu du même tribunal⁵⁷ et, deuxièmement, que la même procédure soit applicable⁵⁸. Il découle ensuite de la condition selon laquelle la jonction doit permettre de simplifier le procès qu'il doit exister un rapport entre les différentes causes. Ce rapport devrait être de nature matérielle dans la plupart des cas, dans la mesure où les faits et les questions de droit à trancher sont similaires⁵⁹. L'art. 126, al. 1, CPC prévoit ensuite pour le tribunal la possibilité de *suspendre* la procédure lorsque des motifs d'opportunité le commandent, et notamment lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès. En dérogation au principe de célérité qui prévaut généralement, une procédure doit pouvoir être interrompue, par une décision formelle⁶⁰, lorsque cela favorise une application uniforme du droit et en particulier lorsque cela permet d'éviter des contradictions, ou lorsqu'il en résulte une simplification de la procédure⁶¹. Lorsque plusieurs actions connexes sont introduites devant des tribunaux différents, conformément à l'art. 127, al. 1, CPC, tout tribunal saisi ultérieurement peut *transmettre* l'action au tribunal saisi en premier lieu, avec l'accord de celui-ci. La coordination et la concentration de ces actions auprès d'un seul tribunal doit permettre d'obtenir des décisions les moins contradictoires possibles dans un esprit d'économie de procédure⁶².

Les trois possibilités que constituent la jonction des causes, la suspension de la procédure et le renvoi permettent à un tribunal saisi de plusieurs procédures de coordonner les différents procès dans un but d'économie de procédure. Ces possibilités doivent également être vues dans la perspective de l'utilisation d'autres instruments, comme les procédures-modèle ou les procédures-test (cf. ch. 3.3.1). En tout état de cause, il y a lieu de trancher les différentes prétentions et le sort des différentes actions de façon indépendante et séparée, les parties restant indépendantes dans leur conduite du procès, et leurs actes ne valant que dans le cadre de la procédure en question⁶³. Il *n'en résulte pas* de mise en œuvre du droit collective ou collectivisée – du moins pas du point de vue des parties. Une certaine collectivisation peut toutefois être perçue par les tribunaux, lorsque plusieurs actions sont réunies en une procédure.

3.1.3 L'action collective d'inspiration autrichienne en tant que forme pratique particulière de cumul objectif d'actions: un modèle pour la Suisse?

A partir de bases juridiques comparables à celles qu'offre le droit suisse, une forme d'exercice collectif des droits s'est mise en place dans la pratique autrichienne depuis 2001, souvent désignée comme l'action collective de droit autrichien, ou d'inspiration autrichienne. Cette dénomination est doublement trompeuse dans la mesure où, d'une part, il ne s'agit précisément pas d'une action collective et, d'autre part, cet instrument ne se base pas en

⁵⁷ Cf. KUKO ZPO-WEBER, art. 125 N 5 s.

⁵⁸ Ainsi, de façon explicite, BSK ZPO-BORNATICO, art. 125 N 15; KUKO ZPO-WEBER, art. 125 N 5 ss.

⁵⁹ BSK ZPO-BORNATICO, art. 125 N 14 ss; KUKO ZPO-WEBER, art. 125 N 5 s.; DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, art. 125 N 16.

⁶⁰ La loi prévoit la suspension des procès en cours, p. ex. l'art. 207 LP en cas de faillite d'une partie. Il y a également suspension en cas de décès d'une partie, ou d'incapacité de discernement, jusqu'à la nomination d'un représentant légal selon l'art. 67, al. 2, CPC.

⁶¹ BSK ZPO-BORNATICO, art. 126 N 2 ss; KUKO ZPO-WEBER, art. 126 N 2 ss; DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, art. 126 N 4 ss.

⁶² Cf. BSK ZPO-BORNATICO, art. 127 N 3 ss; KUKO ZPO-WEBER, art. 127 N 1 ss; DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, art. 127 N 3 ss.

⁶³ DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, art. 125 N 17.

premier lieu sur des particularités du droit autrichien⁶⁴. Dans le cadre de cette action, un seul « demandeur collectif » fait valoir contre un défendeur un grand nombre de prétentions de même nature par cumul objectif d'actions – les prétentions lui ayant été préalablement cédées par les créanciers et potentiels demandeurs individuels. Une certaine controverse entoure toutefois la question de savoir s'il est licite de *faire valoir un grand nombre de prétentions dans une perspective de recouvrement* à la simple condition qu'il existe un lien de connexité, c'est-à-dire pour l'essentiel que les prétentions soient basées sur des motifs semblables dans tous les cas, et que les mêmes questions de fait et de droit – préjudicielles ou principales – se posent⁶⁵. Bien que cela ne soit pas impératif, les demandeurs sont surtout des associations, et en particulier l'Association pour l'information des consommateurs (VKI), association de consommateurs indépendante et d'utilité publique cofinancée par l'Etat, agissant parfois sur mandat du Ministère fédéral du travail, des affaires sociales et de la protection des consommateurs (BMASK). Dans la plupart des cas, *la procédure collective est financée* par un tiers indépendant, en échange d'une participation aux gains (de 30 à 40%)⁶⁶.

L'action collective de droit autrichien revêt une importance pratique notamment dans le cadre de l'exercice des droits à l'encontre des voyagistes⁶⁷, des banques et autres prestataires de services financiers⁶⁸, ainsi que dans le domaine de la santé⁶⁹⁷⁰. Pour cela, cet instrument est qualifié de « béquille utile »⁷¹. Il y a lieu d'ajouter que des efforts ont été entrepris en Autriche en vue d'instaurer, en complément, des procédures de groupe ainsi que des procédures-modèle⁷².

⁶⁴ Cf. DOMEJ, p. 430.

⁶⁵ Cf. en particulier Oberster Gerichtshof (OGH), décision du 12 juillet 2005, 4 Ob 116/05w.

⁶⁶ Cf. KODEK, Möglichkeiten, p. 323; MICKLITZ/PURNHAGEN, p. 28.

⁶⁷ Cette forme de mise en œuvre collectivisée du droit a été utilisée pour la première fois pour faire valoir des dommages-intérêts à la suite de maladies de l'intestin contractées à l'occasion de vacances « tout inclus » en Turquie (affaire Bodrum I) ; il y a ensuite eu d'autres cas dans le domaine du droit des voyages (l'affaire Bodrum II, l'affaire du voyage de maturité, l'affaire des droits des passagers d'avions, etc.).

⁶⁸ P. ex. la procédure collective dans le cadre de ce qui a été appelé le scandale WEB, en raison des certificats MEL et à l'encontre du prestataire de services financiers AWD.

⁶⁹ Affaire MAS (appareils de thérapie par champ magnétique) et affaire des implants mammaires PIP.

⁷⁰ Cf. à ce sujet l'étude sur le thème des actions collectives de mai 2009 de l'association autrichienne pour l'information des consommateurs (VKI, *Studie zum Thema Sammelklagen*), réalisée sur mandat du Ministère fédéral du travail, des affaires sociales et de la protection des consommateurs (BMASK), consultable sous http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI_Studie_Sammelklage_02.pdf [31.5.2013], ainsi que KOLBA, *Erfahrungsbericht*, p. 53 ss.

⁷¹ Cf. KOLBA, *Rechtsdurchsetzung*, p. 459.

⁷² En 2007, un projet ministériel pour la mise en place de procédures de groupe et de procédures-modèle a été présenté, prévoyant d'une part une procédure groupée pour le traitement des questions communes de fait et de droit lorsqu'au moins trois demandeurs collectifs faisaient valoir au moins 50 prétentions individuelles contre le même défendeur, et d'autre part la possibilité pour les associations autorisées à agir dans le domaine de la protection des consommateurs de faire de véritables procédures-modèle. (cf. Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem die Zivilprozessordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Rechtsanwaltsstarifgesetz geändert werden [Zivilverfahrens-Novelle 2007], 70/ME [XXIII. GP] [consultable sous: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00070/index.shtml]). Dans l'actuel programme du gouvernement, l'institution d'une action collective est toujours d'actualité. Des seuils minimaux de EUR 20 000 de valeur litigieuse d'ensemble et de 100 demandeurs au moins sont prévus [cf. Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode [consultable sous: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32966>][31.5.2013]].

Selon l'opinion la plus répandue, ce modèle – éprouvé par la pratique – de mise en œuvre collective des droits pour les dommages collectifs est *possible, licite et donc transposable en Suisse*⁷³. A ce jour, il n'a cependant pas acquis d'importance pratique⁷⁴. Cela pourrait tenir moins à des raisons juridiques qu'à des circonstances factuelles ayant trait à deux éléments fondamentaux de cet outil : d'une part, il n'existe pas en Suisse d'organisations comparables au VKI et disposant des ressources, des moyens financiers et du savoir-faire nécessaires pour mener de telles procédures collectives. D'autre part, le financement professionnel de procès par des tiers en échange d'une participation aux gains (bien que licite, cf. ch. 4.1.1) est peu développé en Suisse et y existe à peine⁷⁵.

3.1.4 Appréciation et conclusions

Les cumuls d'actions objectifs et subjectifs constituent des instruments de protection juridique collective prenant la forme d'actions individuelles, et existent sous une forme semblable dans de nombreux droits étrangers comparables au droit suisse⁷⁶. Il est d'une part possible de procéder par cumul subjectif d'actions (consortité), lorsque plusieurs personnes agissent ensemble et parviennent ainsi à obtenir certaines facilités financières et procédurales, ce qui conduit à une certaine « collectivisation ». Il est d'autre part possible de procéder par cumul objectif d'actions, surtout par la cession des différentes prétentions d'un grand nombre de personnes à un seul demandeur les faisant toutes valoir de façon groupée, ce qui permet également d'obtenir un règlement collectif du litige⁷⁷.

L'utilité spécifique des cumuls d'actions subjectifs et objectifs pour l'exercice collectif des droits dépend toutefois de leur *organisation concrète*. Ces cumuls d'actions permettent certes de réduire les frais de procès, en particulier en cas de représentation commune. En principe cependant, chacun des consorts mène son procès indépendamment des autres. En cas de cumul d'actions objectif également, une décision distincte doit être rendue pour chacune des prétentions. Il n'y a de résolution collectivisée du litige que lorsqu'ensuite de la cession de leurs différentes prétentions par un certain nombre de personnes, un demandeur unique les fait toutes valoir ensemble⁷⁸. Dans ces cas toutefois, la mise en œuvre du droit, en particulier, reste toujours limitée aux personnes et aux prétentions ayant été les parties et les objets du procès⁷⁹. Les cumuls d'actions subjectifs et objectifs n'ont ainsi qu'une utilité limitée

⁷³ Cf. DOMEJ, p. 430; BERNET/HESS, p. 456; BOHNET, p. 199, et pour le droit des cartels HEINEMANN, p. 65 s.

⁷⁴ Cf. DOMEJ, p. 430 renvoyant à deux arrêts du Tribunal fédéral, dans lesquels l'association Action internationale des gitans pour la reconnaissance et la compensation faisait valoir par cession des dommages-intérêts en faveur des intéressés contre l'entreprise IBM (ATF 131 III 153 et 132 III 661).

⁷⁵ Cf. DÄHLER et DOMEJ, note de bas de page 162.

⁷⁶ Ainsi pour le droit suisse p. ex. BERNET/HESS, p. 452; DASSER/STOLZKE, p. 266 s.; DICKENMANN, p. 469 s.; DROESE, p. 135 ss; GORDON-VRBA, p. 170 ss; BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 7; THEVENOZ, p. 137 s.; TOPAZ DRUCKMANN, p. 91 ss; WALTER, p. 376 s. Cf. pour le droit étranger, en particulier pour le cumul d'actions objectif ensuite de la cession des prétentions à un demandeur, p. ex. HESS, Private law enforcement, p. 72 s.; KOCH, Sammelklage, p. 441 et en particulier au sujet de l'«action collective d'inspiration autrichienne» KLAUSER, Sammelklage, p. 805 ss; KLAUSER, Group litigation; KODEK, Sammelklage, p. 615 ss; KODEK, Collective Redress, p. 86 ss; NIMMERRICHTER, p. 247 ss; STADLER/MOM, p. 202 ss.

⁷⁷ Cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 7; HESS, Private law enforcement, p. 72 s.; KOCH, Sammelklage, p. 441.

⁷⁸ Cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 7; HESS, Private law enforcement, p. 72 s.; KOCH, Sammelklage, p. 441.

⁷⁹ Cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 7.

dans la mise en œuvre des prétentions découlant de dommages collectifs ou de dommages dispersés, pour les raisons suivantes⁸⁰ :

De grandes exigences en matière d'organisation et de gestion de la procédure pour un effet de coordination et de coopération limité

Il ne fait pas de doute qu'un cumul subjectif d'actions peut créer des synergies considérables dans le cadre de l'établissement des faits, d'une éventuelle procédure probatoire ou de la négociation d'une éventuelle transaction⁸¹. De l'avis général, le cumul subjectif d'actions pose de grandes exigences en matière d'organisation et de gestion de la procédure pour les personnes impliquées, et en particulier pour le représentant commun au sens de l'art. 72 CPC – dont le rôle est parfaitement sensé mais dont la désignation n'est pas obligatoire⁸² – qui est généralement appelé à jouer un rôle central⁸³. En même temps, il est nécessaire qu'il y ait une initiative personnelle suffisante et un minimum de collaboration de la part de lésés⁸⁴ entre lesquels il n'existe précisément souvent aucun lien, et parmi lesquels il se peut même que des opinions différentes soient représentées⁸⁵. C'est pourquoi le cumul subjectif d'actions peut être utile *au mieux pour la mise en œuvre procédurale d'un nombre limité de prétentions*, mais pas dans les cas de dommages collectifs⁸⁶ à proprement parler, comme les préjudices portés à un grand nombre de consommateurs ensuite de violations du droit des cartels ou de la concurrence déloyale, ou pour les dommages causés aux investisseurs. Ceux-ci présentent, en plus des problèmes et des risques particuliers liés au fardeau de la preuve, des risques considérables pour ce qui est des frais de procédure. Pour leur part, les mécanismes spéciaux existants, et notamment les procédures auprès de l'ombudsman des banques suisses et devant le tribunal arbitral d'un organisme d'autorégulation selon la loi sur le blanchiment d'argent et la loi sur les placements collectifs, ne se sont pas avérés être suffisamment efficaces⁸⁷. Cette opinion est confortée par la comparaison avec l'étranger, où ces dernières années, dans ce domaine précisément, de plus en plus d'instruments d'action collective ont été développés, pour garantir une protection juridique efficace⁸⁸.

En principe, le cumul d'action objectif apparaît plus adapté pour l'exercice collectivisé de prétentions découlant d'un dommage collectif. Un grand nombre de prétentions individuelles sont alors réunies, par cession (en vue d'un recouvrement), en les mains d'un demandeur unique. Si ce dernier profite des frais de procédure dégressifs, il doit toutefois supporter seul tous les risques liés aux coûts du procès – sauf si un financement est mis en place (cf. ch. 4.1.1). En fin de compte, un cumul d'actions objectif ne peut être envisagé dans le cadre du

⁸⁰ BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 337 ss; BERNET/HESS, p. 452; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER, art. 89 N 1; DROESE, p. 135 s.; GORDON-VRBA, p. 170 ss.

⁸¹ Cf. DOMEJ, p. 427; DROESE, p. 136.

⁸² Cf. toutefois l'art. 11a, al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), selon lequel l'autorité peut exiger qu'il y ait une représentation commune si plus de 20 personnes présentent des requêtes collectives ou individuelles pour défendre les mêmes intérêts.

⁸³ DOMEJ, p. 427 ss.

⁸⁴ DOMEJ, p. 428; STOFFEL, p. 503.

⁸⁵ STARK/KNECHT, p. 53; cf. également BOHNET, p. 171, qui indique qu'il n'existe souvent aucune relation sociale entre les consommateurs.

⁸⁶ Dans ce sens BERNET/HESS, p. 452; BRUNNER, *Zur Verbands- und Sammelklage* p. 41; DASER/STOLZKE, p. 267; CONTRATTO, *Alternative Streitbeilegung*, p. 225; GORDON-VRBA, p. 225 s.; BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 338 ss.

⁸⁷ CONTRATTO, *Alternative Streitbeilegung*, p. 220 ss, renvoyant en particulier également à des avis partiellement divergents. Cf. également le rapport de la FINMA « Distribution de produits financiers 2010 », p. 36, 43.

⁸⁸ Cf. également KALSS, *Zeit für gebündelte Verfahren*, p. 133 ss.

règlement de dommages collectifs *qu'en présence des personnes et des institutions adéquates*, prêtes à s'engager dans les démarches nécessaires et disposant du savoir-faire organisationnel et juridique nécessaire. En l'absence de tels intervenants, un cumul objectif d'actions peut même être de nature à mettre en danger les intérêts des lésés⁸⁹. L'expérience a montré qu'en pratique, ces intervenants étaient tout au plus des associations⁹⁰. On pense en particulier aux associations professionnelles et corporatives, aux syndicats et aux associations de locataires et de consommateurs. On ne peut toutefois en déduire que le cumul d'action objectif est adapté de manière générale pour assurer l'exercice collectif de prétentions découlant de dommages collectifs, d'autant plus qu'il ne permet jamais d'obtenir un effet allant au-delà des personnes directement impliquées et qu'il ne débouche sur aucune véritable décision collective.

Il résulte de ce qui précède que la solution consistant à fonder un groupe d'intérêts dans un but d'exercice commun des droits – qui a lieu en première ligne dans le cadre d'un cumul subjectif d'actions – est très peu adaptée pour les véritables cas de dommages collectifs. Pour les raisons mentionnées, cette façon de procéder ne permet que de gagner très peu en efficacité, et nécessite une grande volonté de coordination et de coopération. Dans la mesure où tout cela exige une initiative personnelle particulière, les exemples pratiques⁹¹ doivent plutôt être considérés comme des exceptions positives que comme la preuve qu'il existe de véritables instruments de protection juridique collective⁹².

Des économies limitées pour un risque plus élevé quant au coût du procès

Conformément à l'art. 93, al. 1, CPC, pour le calcul de la valeur litigieuse, les prétentions sont additionnées. Dans la mesure où les *tarifs des frais* sont *dégressifs*⁹³, les participants ne profitent de tarifs proportionnellement moins élevés qu'en cas d'action purement individuelle. Ces économies sont ensuite contrebalancées par les frais liés à l'organisation et à la gestion de la procédure, qui peuvent déjà les annuler entièrement⁹⁴. En même temps, la réglementation prévue par l'art. 106, al. 3, CPC, selon laquelle le tribunal peut tenir les participants pour solidairement responsables du paiement des frais au-delà du montant de leur part, a pour effet que la consorité subjective implique un risque lié aux frais considérablement plus élevé – ce risque dépendant en particulier de la situation financière des consorts individuels et rendant la démarche peu attractive pour les consorts les plus solides financièrement⁹⁵.

Caractère inadapté pour l'exercice de prétentions découlant de dommages dispersés

Malgré certains effets en matière de coordination et de coopération, les cumuls d'action subjectif et objectif s'avèrent inadaptés pour la mise en œuvre de prétentions découlant de

⁸⁹ Cf. à ce sujet pour les raisons inhérentes au droit autrichien DOMEJ, p. 430, 446 ss.

⁹⁰ Au sujet de cette pratique présente en Autriche avant tout, et connue sous le nom imprécis d'« action collective d'inspiration autrichienne », cf. ch. 3.1.3, DOMEJ, p. 429 s. et BERNET/HESS, p. 454 s.

⁹¹ Cf. p. ex. l'association d'aide aux investisseurs victimes de la faillite du groupe Lehman (www.anlage-opfer.ch [31.5.2013; apparemment plus disponible en ligne]).

⁹² Il en va ainsi du point de vue du résultat, par exemple, dans le cas du règlement des dommages causés par la faillite Lehman, CONTRATTO, *Alternative Streitbeilegung*, p. 219 ss; cf. également DOMEJ, p. 430 s. BERNET/HESS, p. 455 et en particulier DICKENMANN, p. 469 s., portent toutefois un jugement plus positif sur ces démarches.

⁹³ Selon l'ATF 120 la 171, consid. 4, les tarifs des frais ne peuvent pas être fonction de la valeur litigieuse uniquement, sans quoi ils seraient disproportionnés et prohibitifs. L'application des principes de couverture des frais et d'équivalence conduit également à des tarifs dégressifs. Cf. également le message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6904, 6905.

⁹⁴ Cf. DOMEJ, p. 428 et les références citées.

⁹⁵ Cf. DROESE, p. 135; DICKENMANN, p. 470.

dommages dispersés : l'« apathie rationnelle » inhérente à la notion de dommages dispersés (cf. ch. 2.2) a précisément pour effet que l'exercice de prétentions découlant de dommages dispersés, dans le cadre d'un litige individuel entre le lésé et l'auteur du dommage, n'a en réalité pas lieu pour des raisons financières et économiques, car il conduirait toujours à une perte. Ainsi, tous les instruments de mise en œuvre du droit, collectifs ou collectivisés, basés sur l'idée d'un exercice individuel des droits s'avèrent inappropriés pour la mise en œuvre en droit privé de prétentions découlant de dommages dispersés⁹⁶. Cela est particulièrement visible dans les domaines du droit des cartels et de la concurrence déloyale. C'est ainsi que dans ces deux domaines, dans le cadre des révisions en cours ou déjà achevées, l'adoption de mesures permettant une amélioration de la protection offerte par le droit civil a été envisagée⁹⁷. Dans ce cadre, il fallait et il faut examiner la question de savoir si – et le cas échéant dans quelle mesure – les *instruments qu'offre actuellement le droit public*, dans un but de régulation avant tout, constituent des moyens suffisants pour exercer les prétentions découlant de dommages dispersés, ou si ces instruments devraient être adaptés, complétés ou révisés en conséquence. Cela pose la question de principe du rapport entre la mise en œuvre privée et l'application publique du droit dans les cas de dommages dispersés⁹⁸.

Résultat

Dans l'ensemble, les cumuls d'actions subjectifs et objectifs se sont révélés être *des instruments très mal adaptés* pour l'exercice de prétentions découlant de dommages collectifs – et en particulier de dommages dispersés. Cela est visible de façon tout à fait exemplaire en droit des marchés financiers, en droit de la protection des consommateurs, en droit des cartels et de la concurrence déloyale et en droit de l'égalité entre hommes et femmes. Une amélioration limitée pourrait être obtenue ici par le biais d'une adaptation de la réglementation sur les frais et par une meilleure et plus fréquente pratique du financement des procès (cf. ch. 4.1). C'est sur la base d'une situation analogue que l'Autriche a développé une *forme pratique particulière de cumul objectif d'actions*. Pour améliorer la possibilité d'agir collectivement dans le cadre d'actions individuelles, par le biais d'« actions collectives improprement dites » basées sur un système de cession des prétentions ou de cumul d'actions, il y aurait lieu d'envisager de créer – par des mesures de soutien essentiellement financières mais également organisationnelles – les conditions cadres propices à ce que certaines institutions et associations capables de mener de telles actions collectives représentatives soient mieux en mesure de soutenir des procès. Des subventions directes ou indirectes à certaines associations ou organisations qui remplissent des conditions prédéfinies seraient envisageables. Dès lors qu'il ne serait sans doute pas question que le risque du procès soit entièrement supporté par l'Etat, il y aurait toutefois lieu d'examiner comment faire en sorte de développer le marché du financement des procès (cf. à ce sujet le ch. 4.1).

3.2 Actions des organisations

3.2.1 Droit d'action général des organisations (art. 89 CPC)

Dans le cadre du droit d'action des organisations, un demandeur constitué en « organisation » agit dans l'intérêt collectif d'un certain groupe de personnes dont il défend les intérêts, et fait valoir de façon autonome une certaine prétention contre un défendeur, ce qui a, ou

⁹⁶ Cf. WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 73 s.

⁹⁷ Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence du 22 février 2012, FF 2012, 3663; message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009, 5568.

⁹⁸ Cf. p. ex. HODGES, *Collective redress*, p. 374.

peut avoir un certain effet pour les membres du groupe en question. L'art. 89, al. 1, CPC est une codification de la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral, selon laquelle les organisations sont autorisées à agir en cas d'*atteintes à la personnalité*⁹⁹, et si l'organisation est d'importance nationale ou régionale et qu'elle est habilitée aux termes de ses statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé¹⁰⁰. C'est donc une forme de légitimation active particulière qui est accordée à ces organisations¹⁰¹.

Selon l'art. 89, al. 2, CPC, les organisations ne peuvent requérir qu'une interdiction de faire, une cessation du trouble ou la constatation de l'illicéité. Toute demande de réparation en particulier (dommages-intérêts, tort moral ou remise du gain) est exclue¹⁰². Selon l'art. 89, al. 3, CPC, les dispositions spéciales sont réservées ; il en existe notamment dans les lois sur l'égalité, sur la participation, sur la protection des marques, et contre la concurrence déloyale (cf. ch. 3.2.2)¹⁰³. Les actions des organisations n'ont *pas d'effet pour les membres du groupe de personnes en question* ; ce n'est que par ricochet que dans les faits, un éventuel jugement peut avoir un effet sur toutes les personnes touchées, si par exemple tous profitent d'un jugement prononçant une interdiction de faire ou d'un jugement constatatoire¹⁰⁴. Les lésés individuels restent toutefois toujours légitimés à introduire une action indépendante, leurs différentes actions devant être le cas échéant coordonnées en application des dispositions générales (cf. ch. 3.1.2)¹⁰⁵.

L'art. 89 CPC permettrait par exemple à une association de naturistes d'agir contre un média en interdiction et en constatation du caractère illicite de la publication et de la diffusion d'images montrant ses membres nus. En revanche, d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral devraient toujours être mises en œuvre individuellement par les lésés eux-mêmes, qui pourraient faire usage des possibilités qu'offrent la consorité et le cumul d'actions¹⁰⁶.

3.2.2 Droits d'action spéciaux des organisations

Selon l'art. 89, al. 3, CPC, les dispositions spéciales sur le droit d'action des organisations sont réservées. À côté du droit d'action des organisations prévu par l'art. 89 CPC, il existe les réglementations spéciales suivantes, qui peuvent être parfois plus restrictives, mais également parfois plus généreuses que la règle de l'art. 89 CPC :

- Selon l'**art. 7, al. 1, de la loi sur l'égalité (LEg)**¹⁰⁷, les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travail-

⁹⁹ Ces dernières comprennent également, en plus des art. 28 ss CC, les dispositions spéciales complétant ces articles. Cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 10; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 6 ss.

¹⁰⁰ Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6901; cf. également CPC-JEANDIN, art. 89 N 6; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 2; BERNET/HESS, p. 453.

¹⁰¹ BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 9; CPC-JEANDIN, art. 89 N 7 ss; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 4.

¹⁰² Cf. le message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6901.

¹⁰³ Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6901 s. ainsi que BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 22; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER, art. 89 N 19 ss; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 7.

¹⁰⁴ Cf. BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 20; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 21.

¹⁰⁵ BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 20; CPC-JEANDIN, art. 89 N 15; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER, art. 89 N 18; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 21.

¹⁰⁶ BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 2.

¹⁰⁷ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1).

- leurs ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. En vertu de cette disposition spéciale, il existe donc un droit d'action spécial pour certaines associations de travailleurs ou de promotion de l'égalité, leur permettant uniquement d'agir en constatation d'une discrimination basée sur le sexe, et les faisant bénéficier de certaines facilités procédurales (maxime d'office, simplification des preuves, gratuité)^{108,109}.
- Selon l'**art. 10, al. 2 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)**¹¹⁰, les associations professionnelles et économiques, et en particulier les associations de protection des consommateurs, peuvent intenter les actions prévues à l'art. 9, al. 1 et 2, LCD, et peuvent ainsi demander l'interdiction, la cessation ou la constatation du caractère illicite d'un comportement déloyal¹¹¹. Alors que les associations de protection des consommateurs – en tant qu'organisations – agissent en constatation de l'illicéité d'un comportement déloyal, les consommateurs font chacun valoir leurs prétentions financières individuelles.
 - Les associations professionnelles et économiques et les organisations de protection des consommateurs ont un droit d'action basé sur l'**art. 56, al. 1, de la loi sur la protection des marques (LPM)**¹¹² en relation avec les **art. 52 et 55**, leur permettant d'agir en constatation, en cessation, en interdiction ou en reddition de comptes en matière d'indication de la provenance, de marque de garantie ou de marque collective.
 - Selon l'**art. 15, al. 2, de la loi sur la participation**¹¹³, les associations d'employeurs et de travailleurs ont qualité pour agir en constatation de la violation de dispositions de cette loi.
 - L'**art. 357b CO**¹¹⁴ prévoit la possibilité de convenir d'un droit de mise en œuvre collective de prétentions individuelles découlant de conventions collectives concernant la conclusion, l'objet et la fin des contrats de travail – seule une action en constatation étant toutefois admissible.
 - L'**art. 9 de la loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand)**¹¹⁵ donne à certaines associations d'aide aux personnes handicapées un droit de recours et d'action qui, selon l'al. 3, let. a de cette disposition, permet d'agir en constatation d'une discrimination dans le cadre d'une procédure civile.

¹⁰⁸ Les actions individuelles visant l'obtention d'une prestation sont indépendantes de cela, raison pour laquelle une action des organisations – par exemple en constatation de l'illicéité d'un comportement – n'interrompt pas la prescription des prétentions pécuniaires individuelles en paiement d'un salaire non-discriminatoire, cf. ATF 138 II 1, consid. 4.3.

¹⁰⁹ Pour un avis exhaustif sur le sujet, cf. FREIVOGEL, art. 7 N 14 ss, ainsi qu'UEBERSCHLAG, ch. 686 ss.

¹¹⁰ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

¹¹¹ Cf. à ce sujet Jung/Spitz-JUNG/SPITZ, art. 10 N 20 ss.

¹¹² Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11).

¹¹³ Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14).

¹¹⁴ RS 220.

¹¹⁵ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3).

3.2.3 Droits d'action généraux et de nature également réparatoire des organisations à l'étranger

Les droits d'action des organisations, comme instruments de protection juridique collective, existent dans la plupart des ordres juridiques étrangers et en partie également en droit de l'UE¹¹⁶. Dans la plupart des cas, il existe deux *différences* importantes avec le droit suisse. Premièrement, on ne retrouve pas à l'étranger la limitation de la portée de l'action collective aux prétentions découlant d'atteintes à la personnalité, ou du moins pas sous la même forme. A l'inverse, dans de nombreux pays, les actions des organisations sont autorisées de façon générale, par exemple lorsqu'elles ont pour but la protection des consommateurs¹¹⁷. Deuxièmement, à la différence de la Suisse, mais également de l'Autriche¹¹⁸, de nombreux pays européens autorisent les organisations à faire valoir des prétentions de nature réparatoire¹¹⁹. En Allemagne par exemple, les associations de consommateurs au sens du § 8, al. 3, n° 3 *cum* § 10, de la loi contre la concurrence déloyale (UWG) ainsi que les organisations de promotion des intérêts commerciaux ou des intérêts professionnels indépendants au sens du § 34a *cum* § 33, al. 2, de la loi contre les entraves au commerce (GWB) peuvent faire valoir, dans les domaines du droit des cartels et de la concurrence déloyale, des prétentions globales (« *Abschöpfungsansprüche* »)¹²⁰. En France, il est admis que les organisations peuvent agir au nom de « *l'intérêt collectif des consommateurs* »¹²¹.

3.2.4 Appréciation et conclusions

Le droit d'action des organisations est un *instrument éprouvé et connu*¹²² depuis longtemps en droit suisse, permettant une mise en œuvre collectivisée du droit. En conséquence, il a aussi été codifié de façon générale lors de l'élaboration du CPC. En Suisse et sous sa forme actuelle, le droit d'action des organisations s'exerce parallèlement aux actions individuelles des lésés directs : l'organisation – sur la base d'un droit propre – peut introduire une action, qui déploiera également des effets (au moins indirects) pour et à l'encontre des membres d'un groupe de personnes. En revanche, il ne s'agit pas d'une véritable action représentative, par laquelle les différentes prétentions individuelles seraient réunies entre les mains de l'organisation¹²³. C'est pourquoi cette action, malgré un certain effet de collectivisation, s'ins-

¹¹⁶ Cf. p. ex. KOCH, *Verbandsklage*, p. 413 ss; PURNHAGEN, p. 497 s. et MICKLITZ/STADLER, *Verbandsklagerecht*, et les références citées dans les deux cas, ainsi que PARLEMENT EUROPEEN, *Overview*, p. 1 ss.

¹¹⁷ P. ex. en France (art. L. 421-1 et 422-1 du Code de la consommation; art. L. 211-3 du Code de l'action sociale et des familles; art. L. 452-1 du Code monétaire et financier), aux Pays-Bas (art. 3:305a *Burgerlijk Wetboek*), en Bulgarie ou en Lituanie; cf. PARLEMENT EUROPEEN, *Overview*, p. 1 ss ainsi que KOCH, *Verbandsklage*, p. 413 ss. Cf. dans ce contexte également la « directive sur les actions en cessation » (Directive 2009/22 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JO L 110 du 1.5.2009, p. 30), prévoyant sur le plan européen des droits pour les organisations d'introduire des actions en cessation dans l'intérêt collectif des consommateurs.

¹¹⁸ Cf. KLAUSER, *Massenschäden*, p. 16, et DOMEJ, p. 424.

¹¹⁹ BRUNS, p. 411 ss et les références citées.

¹²⁰ Ces dernières visant toutefois une restitution à l'Etat, elles ne peuvent pas être considérées comme opérationnelles sous cette forme; cf. DOMEJ, p. 424 et les exemples cités, ainsi que HEINEMANN, p. 30.

¹²¹ Cf. CAFAGGI/MICKLITZ, p. 24 s.; BEUCHLER, p. 66 s.; MAGNIER, p. 114 ss, indiquant toutefois que ces actions sont très peu utilisées en pratique.

¹²² Cf. BERNI, p. 60 ss; BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 316 ss.

¹²³ Sur le droit d'action des organisations, cf. BAUMGARTNER, *Switzerland*, p. 181 ss; DROESE, p. 134; KOCH, *Sammelklage*, p. 441; KOCH, *Verbandsklage*, p. 415; MICKLITZ/STADLER, *Gruppenklagen*, p. 253 ss; MICHAILIDOU, p. 69; WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 70 ss.

crit dans le *système des actions individuelles*¹²⁴. Il faut ajouter qu'en Suisse, traditionnellement, le droit d'action ou de recours des organisations joue précisément un rôle central dans l'application du *droit public*¹²⁵. Toutefois, le droit d'action des organisations n'a pas gagné de véritable importance pratique, pour les raisons exposées ci-dessous¹²⁶.

Impossibilité de faire valoir des prétentions pécuniaires

Selon l'art. 89, al. 2, CPC, les organisations ne peuvent requérir du juge que l'interdiction, la cessation ou la constatation du caractère illicite d'une atteinte. Elles ne peuvent en revanche faire valoir *aucune prétention pécuniaire, en dommages-intérêts, en réparation du tort moral ou en remise du gain*¹²⁷. Il est ainsi exclu qu'une organisation fasse valoir des prétentions découlant de dommages collectifs ou de dommages dispersés. Par ailleurs, comme exposé, les droits d'action contenus dans les lois spéciales n'autorisent pas plus les organisations à faire valoir des prétentions découlant de tels dommages. Cela ressort de façon exemplaire du droit d'action spécial prévu à l'art. 7 de la loi sur l'égalité, cette action ne pouvant porter que sur la constatation d'une discrimination – raison pour laquelle elle n'a eu jusqu'ici que peu d'importance en pratique¹²⁸. Il en va de même, par exemple, pour les actions d'organisations de défense des consommateurs selon l'art. 10, al. 2 LCD. En droit de la concurrence déloyale, le législateur a toutefois déjà pris certaines dispositions pour remédier à ces lacunes : à l'occasion de la dernière révision de la LCD, le droit d'action de la Confédération selon l'art. 10, al. 3, LCD en particulier a été étendu¹²⁹. La Confédération a ainsi une plus grande marge de manœuvre pour introduire des actions civiles en vue de l'interdiction, de la cessation ou de la constatation du caractère illicite d'une atteinte (mais pas de la réparation du dommage ou de l'obtention de dommages-intérêts), lorsque l'intérêt public est mis en danger ou atteint par des pratiques commerciales déloyales. Il existe un intérêt public en cas de violation des intérêts de plusieurs personnes ou d'autres intérêts collectifs ou lorsque ces intérêts sont menacés. Il s'agit là d'un autre moyen (de droit public) permettant d'assurer une mise en œuvre effective du droit.

La seule possibilité envisageable pour que les organisations puissent faire valoir des dommages-intérêts ou d'autres prétentions pécuniaires est la *cession* à l'organisation *des prétentions* par les lésés, pour qu'elle les fasse ensuite valoir par cumul objectif d'actions. Contrairement à ce qui s'observe en Autriche par exemple (cf. ch. 3.1.3), cette façon de faire valoir des prétentions individuelles de façon groupée par le biais d'organisations n'a presque aucune importance à ce jour dans la pratique suisse. Il faut toutefois partir du principe qu'un tel

¹²⁴ Cf. DOMEJ, p. 425.

¹²⁵ Ce droit est couramment appelé « droit de recours des organisations », cf. HAEFFELIN/MÜLLER/UHLMANN, ch. 1786 ss en les exemples cités; BAUMGARTNER, Switzerland, p. 183 ss.

¹²⁶ Cf. DOMEJ, p. 426; BRUNNER, Mangels Verband keine Klage, p. 144 s.; BAUMGARTNER, Class Actions, p. 326.

¹²⁷ Cf. le message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6901, 6902 ; BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 19; BRUNNER, Mangels Verband keine Klage, p. 141 ss; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 20; ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, art. 89 N 10; BERNET/HESS, p. 453; DROESE, p. 135.

¹²⁸ Cf. le rapport du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002 (FF 2006, 3076), selon lequel sur une période huit ans, seules 32 actions ont été introduites par des organisations (ce qui correspond à 12% à peine de toutes les actions), 29 de ces actions ayant porté sur des questions de droit public et seulement 3 sur des questions de droit privé.

¹²⁹ Cf. le message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009, 5568, ainsi que SUTTER/LÖRTSCHER, p. 95 ss; KUT/STAUBER, ch. marg. 132 ss.

rassemblement de prétentions individuelles permet d'atteindre une valeur litigieuse plus importante, de telle sorte qu'un financement du procès par un professionnel devrait également être possible¹³⁰.

Manque d'attractivité d'une démarche prévoyant parallèlement une action d'organisation et une action individuelle

Faute de droit d'action des organisations permettant de faire valoir des prétentions pécuniaires, on pourrait envisager qu'une organisation décide d'agir en justice dans l'intérêt d'un grand nombre de personnes touchées par un dommage collectif ou dispersé, et qu'*en parallèle*, sur la base des informations obtenues dans le cadre de cette procédure, les différents lésés fassent valoir individuellement leurs prétentions en réparation. Une telle démarche se heurte toutefois premièrement au problème d'un risque important lié au procès, que doit supporter l'organisation dans un tel cas, sans perspective de gains éventuels – ce qui exclut la possibilité d'un financement de la procédure. Les organisations disposant des moyens suffisants pour soutenir de tels procès sont très peu nombreuses. Les différents lésés pourraient faire valoir leurs prétentions individuelles, le cas échéant, uniquement et seulement après une issue positive de l'action de l'organisation¹³¹, ce qui permettrait aussi à certains d'en profiter indirectement sans avoir à en supporter les coûts. Un inconvénient supplémentaire vient du fait que la jurisprudence du Tribunal fédéral prévoit que les actions des organisations n'interrompent pas la prescription des prétentions individuelles¹³². Pour les dommages dispersés s'ajoute encore le fait qu'indépendamment d'un éventuel jugement constatatoire, les différents lésés, en raison d'une « apathie rationnelle », n'exerceraient pas leurs prétentions de faible valeur pécuniaire.

Limitation du droit d'action général des organisations aux atteintes à la personnalité

A l'exception des réglementations divergentes prévues dans les lois spéciales, le droit d'action des organisations est limité aux atteintes à la personnalité. Même si un sens large doit être donné à cette expression, qui englobe notamment d'autres dispositions¹³³ que les art. 28 ss CC, il en résulte une limitation du potentiel du droit d'action des organisations pour les dommages collectifs (et pour les dommages dispersés si l'action des organisations devait être envisageable) : ce n'est que si ces derniers constituent (également) une atteinte à la personnalité qu'une action des organisations est envisageable. L'art. 89 CPC exclut ainsi généralement toute action des organisations en cas, par exemple, de dommage collectif sur les marchés financiers (dommages causés aux investisseurs), mais également toute action émanant d'organisations de travailleurs ou de locataires et visant à faire valoir des prétentions de droit du travail ou de droit du bail.

Résultat

Il apparaît que l'actuelle limitation du droit d'action des organisations à la protection de la personnalité est *problématique et mérite d'être réexaminée*. En raison de cette limitation, en effet, l'instrument éprouvé par la pratique que constitue le droit d'action des organisations n'est précisément pas utilisable dans de nombreux cas de dommages collectifs et dispersés de nature purement économique, comme en cas de violation de la loi sur les cartels, ou dans les domaines du droit du travail, du droit du bail ou du droit de la protection des données.

¹³⁰ BERNET/HESS, p. 454.

¹³¹ BERNET/HESS, p. 454.

¹³² ATF 138 II 1, consid. 4.3, traitant d'une action d'organisation selon l'art. 7 LEg basée sur une discrimination salariale, en rapport avec l'action individuelle en paiement des arriérés de salaire d'une employée.

¹³³ BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 10; KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 6 s.; plus restrictif, BSK ZPO-MARKUS, art. 89 N 6; DIKE-Komm. ZPO-BRUNNER, art. 89 N 6.

Cette limitation, qui s'explique avant tout par des motifs d'histoire législative, resterait injustifiée même si l'on devait maintenir l'interdiction de faire valoir des prétentions pécuniaires dans le cadre des actions des organisations. Pour les dommages collectifs ne comprenant pas d'atteintes à la personnalité également (mais pas pour les dommages dispersés), une possibilité d'action purement constatatoire des organisations, combinée ensuite à des procédures individuelles parallèles pourrait contribuer, dans certains cas, à la mise en œuvre collective du droit.

Par ailleurs, un droit d'action des organisations permettant (au moins) de requérir la *remise du gain* serait de nature à améliorer ou à garantir une bonne application du droit dans des domaines dans lesquels – pour des raisons de droit ou de fait – les actions individuelles disponibles ne sont pas suffisamment utilisées et le droit n'est ainsi pas suffisamment bien appliqué, c'est-à-dire en particulier en cas de dommages dispersés¹³⁴. Une extension à toutes les *prétentions réparatoires* en général serait, elle aussi, compatible avec les principes de procédure traditionnels¹³⁵. L'action des organisations deviendrait alors un instrument très efficace et pertinent pour l'exercice de prétentions découlant de dommages dispersés, en particulier en droit de la protection des consommateurs¹³⁶ : des actions d'organisations visant une réparation, fondées sur une prétention propre de droit matériel, seraient de nature – à la différence du droit en vigueur – à assurer efficacement l'exercice des prétentions en remise du gain d'un grand nombre de lésés. Dans ce cadre, il vaudrait la peine d'envisager et d'examiner la possibilité de limiter aux dommages dispersés le droit de faire valoir des prétentions en réparation (par exemple en fixant un seuil maximal pour les prétentions des lésés individuels), pour éviter le plus possible les conflits avec les prétentions individuelles des lésés. De plus, l'étape de la désignation des organisations habilitées à faire valoir des prétentions de nature réparatoire étant déterminante dans un tel système, il y aurait lieu d'examiner comment faire différer fondamentalement ce droit d'action des organisations des actuels (qui visent avant tout la cessation du trouble), par exemple par un régime d'autorisation ou par un contrôle judiciaire des organisations¹³⁷.

3.3 Actions modèles ou actions test

3.3.1 Actions modèles ou actions test en droit positif suisse

L'action modèle ou action test permet de sauvegarder des intérêts collectifs en réalisant tout d'abord une seule « procédure modèle » typique (« cas modèle ») entre deux parties sur une question litigieuse précise, la décision rendue entre ces deux parties ayant valeur d'*exemple procédural*, en ce qui concerne certaines questions de fait ou de droit, pour certains litiges ultérieurs entre d'autres parties, de sorte que ces procédures ne doivent plus répondre à la même question litigieuse¹³⁸. Conceptuellement, l'action modèle, test, ou pilote est toujours une action individuelle du demandeur modèle, dont l'objectif à terme est que le règlement des questions de fait ou de droit dans la procédure modèle ait un effet externe pour une mul-

¹³⁴ BERNHARD, p. 231 s.; approuvant ce point de vue e droit des cartels, HEINEMANN, p. 68.

¹³⁵ KOCH, *Verbandsklage*, p. 441; cf. également FORNAGE, p. 407 ss, qui conclut qu'une telle extension ne serait pas opportune.

¹³⁶ ROTH, p. 128; WAGNER, *Neue Perspektiven*, p. A 134 s.

¹³⁷ Dans ce sens BERNI, p. 214. On peut par exemple envisager un contrôle et une surveillance judiciaire des organisations habilitées, cf. KOCH, *Verbandsklage*, p. 441.

¹³⁸ BAUMGARTNER, *Switzerland*, p. 185 ; BAUR, p. 15 ss ; GORDON-VRBA, p. 9, 163 ss ; CONTRATTO, *Access to Justice*, p. 184 ss. ; DICKENMANN, p. 470 ; DROESE, p. 138 s. ; SCHALLER, N 181 SS ; BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 1 ss, N 4 ss ; WALTER, p. 374 ; VON BAR, p. A 81 ss ; KOCH, *Sammelklage*, p. 442, ainsi qu'en détail JACOBY, p. 1 ss, 6 ss.

titude de cas¹³⁹. La condition préalable de cet *effet externe de la force de chose jugée* est l'existence soit d'une base légale correspondante, soit d'une convention correspondante entre les parties impliquées, étant entendu qu'il n'est souvent pas possible d'étendre la force de chose jugée aux cas parallèles¹⁴⁰. Le droit en vigueur ne contient pas de règles spéciales en matière d'actions modèles ou d'actions test. Par conséquent, un accord correspondant est toujours nécessaire entre les parties pour obtenir l'effet et le caractère obligatoire externes mentionnés. Selon l'art. 126 CPC, d'autres procédures peuvent être suspendues pour la durée d'une procédure modèle ou test ; en particulier, un contrat de procès modèle peut contenir une requête commune tendant à la suspension d'un grand nombre de procédures en faveur d'un procès pilote déterminé¹⁴¹.

3.3.2 *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* allemand : un modèle pour la Suisse ?

A la différence de la Suisse, l'Allemagne dispose depuis le 1^{er} novembre 2005, avec le *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG)¹⁴², d'une loi spéciale prévoyant une procédure modèle pour la mise en œuvre collective des droits en matière de publicité sur le marché des capitaux. L'origine de cette loi spéciale, tout d'abord limitée à une durée de cinq ans, entre-temps prolongée jusqu'en 2020 suite à des expériences positives¹⁴³, remonte au cas de la Deutsche Telekom AG. Celle-ci été actionnée, entre 2000 et 2003, par environ 13 000 demandeurs en raison de la diffusion, sur le marché des capitaux, d'informations prétendument inexactes en lien avec une augmentation de capital.

Une telle procédure modèle peut avoir lieu sur requête d'au moins dix demandeurs, afin de constater la réalisation de conditions fondant ou excluant l'existence d'un droit ou pour élucider des questions de droit. Les requêtes doivent être déposées dans les six mois dès la publication de la première requête de procédure modèle. Les requêtes de procédure modèle sont publiées dans un registre des actions sur Internet. Après une décision judiciaire d'admission de la procédure modèle, la procédure proprement dite se déroule devant un *Oberlandesgericht* (cour d'appel d'un *Land*, [n.d.t.]) entre l'un des demandeurs modèles sélectionnés et le défendeur (modèle) ainsi que d'autres demandeurs éventuels pouvant participer à la procédure modèle comme intervenants. Pendant ce temps, toutes les procédures pendantes ou introduites après coup, dans lesquelles le jugement dépend du but de la constatation de la procédure modèle, sont suspendues. La décision modèle est opposable à toutes les parties à la procédure modèle et à toutes les autres parties impliquées dans les procédures suspendues. Dans une dernière phase, les procédures individuelles sont ensuite liquidées sur la base de la décision modèle, c'est-à-dire qu'elles règlent le droit à une éventuelle réparation. Depuis 2012, si une transaction est conclue dans la procédure modèle, les autres demandeurs peuvent déclarer ne pas être liés par celle-ci dans le délai d'un mois dès

¹³⁹ VON BAR, p. A 81 ; HESS, *Private law enforcement*, p. 69.

¹⁴⁰ Dans ce sens, pour le droit suisse, BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 1 ss, N 4 ; BAUMGARTNER, *Switzerland*, p. 185 ; BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 342 ss ; DICKENMANN, p. 470 ; DROESE, p. 138 s. ; apparemment d'un autre avis GORDON-VRBA, p. 165, selon qui la décision dans la procédure modèle peut contenir l'ordre explicite d'étendre la force de chose jugée ; cf., de même pour le droit allemand, p. ex. REUSCHLE, p. 278 avec réf. et pour le droit autrichien, p. ex. KODEK, *Möglichkeiten*, p. 319.

¹⁴¹ Cf. à ce sujet, parmi d'autres, BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 4 ss.

¹⁴² *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* du 19 octobre 2012 (BGBl. I p. 2182), modifié par l'article 9 de la loi du 19 octobre 2012 (BGBl. I p. 2182).

¹⁴³ Cf. le projet de loi du Gouvernement fédéral allemand, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*, impression 17/8799 (29 février 2012), p. 1, 21 ss.

la notification de la transaction. En ce qui concerne les frais, une clé de répartition proportionnelle est appliquée aux procédures individuelles concernées. Après la fin de la procédure modèle, les procédures individuelles suspendues sont reprises et liquidées sur la base de la décision modèle (opposable à toutes les parties).

Jusqu'à présent¹⁴⁴, selon le registre des actions, 253 requêtes constatatoires modèles ont été soumises, sur la base desquelles 16 procédures modèles ont eu lieu ou sont encore pendantes (ce qui représente un nombre nettement supérieur de procédures individuelles) et 13 procédures ont fait l'objet d'une décision modèle¹⁴⁵. Les exemples les plus connus sont les procédures modèles contre Deutsche Telekom AG, Daimler Chrysler AG, Informatec IIS AG, MLP AG et Hypo Real Estate Holding AG¹⁴⁶. La procédure modèle selon le KapMuG est majoritairement jugée positive en Allemagne¹⁴⁷. Par conséquent, des auteurs plaident déjà pour la généralisation et l'extension de son champ d'application, sous la forme d'une procédure modèle générale¹⁴⁸. Sur cette base, l'introduction d'une procédure modèle selon l'exemple du droit allemand a aussi été souhaitée en Suisse, en particulier dans le domaine du droit financier et des marchés de capitaux¹⁴⁹.

3.3.3 Appréciation et conclusions

Le droit suisse reconnaît la possibilité de l'action modèle ou test comme instrument d'action collective sur la base d'une procédure individuelle. Pourtant, jusqu'à présent, sa *portée pratique* pour la réparation des dommages collectifs et des dommages dispersés est restée *faible*. L'une des exceptions sont les cas de dommages collectifs avec une implication directe ou indirecte de l'Etat¹⁵⁰. Le fait que les actions modèles ou test se soient révélées pratiquement inefficaces en Suisse est principalement dû aux raisons exposées ci-dessous:

Nécessité d'une attitude coopérative du défendeur

Faute de dispositions légales spéciales, *il revient aux parties impliquées et intéressées* de décider si un règlement collectif des droits aura lieu par le biais d'une procédure modèle ou test. Cela limite fortement l'importance pratique de la procédure-modèle ou de la procédure-test, puisque les défendeurs (potentiels) n'y sont généralement pas prêts¹⁵¹. Même si cette manière de procéder peut paraître avantageuse pour les défendeurs du point de vue des frais, on observe en pratique que ceux-ci espèrent obtenir des *avantages tactiques* dans les procédures en traitant et en réglant les cas de dommages dans le cadre de procédures indi-

¹⁴⁴ Etat le 31 mai 2013.

¹⁴⁵ Cf. le registre des procédures dans le *Bundesanzeiger* (publié par le *Bundesministerium der Justiz*), partie judiciaire (consultable sous <https://www.bundesanzeiger.de> [31.5.2013]).

¹⁴⁶ Cf. CONTRATTO, Access to Justice, p. 184 ss ; MELLER-HANNICH, KapMuG, p. 181.

¹⁴⁷ Cf. HALFMEIER/FEESS/ROTT ; HESS, Verbesserung, p. 81 ; critiques, en revanche, p.ex. DITTRICH, p. 15 ; GOTTWALD, Extension, p. 484 ss STACKMANN, p. 3185 ss.

¹⁴⁸ Cf. l'évaluation de HALFMEIER/FEESS/ROTT, p. 91 ss, 103 ss ; MELLER-HANNICH, KapMuG, p. 190.

¹⁴⁹ Cf. en particulier CONTRATTO, Access to Justice, p. 189 s. ; CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, p. 242.

¹⁵⁰ Ainsi, en ce qui concerne les actions contre la Confédération selon la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983 (LRCN ; RS 732.44) après la catastrophe de Tchernobyl (cf. à ce sujet ATF 116 II 480) et dans le contexte de l'accès au dernier kilomètre dans le domaine des télécommunications (cf. à ce sujet ATF 131 II 13, en part. p. 18) ainsi que contre le canton de Soleure pour une violation de l'égalité des salaires (cf. ATF 125 II 385) et contre l'aéroport de Zurich pour des prétentions en responsabilité due au bruit des avions (cf. ATF 134 II 49 et 134 II 476) ; cf. également à ce sujet DROESE, p. 139 ; GORDON-VRBA, p. 175 s. ; DICKENMANN, p. 470 s.

¹⁵¹ Cf. BERNET/HESS, p. 452 ; DOMEJ, p. 431 s. ; DROESE, p. 138 s.

viduelles et qu'ils sont par conséquent peu enclins à coopérer¹⁵². Il y a là une différence manifeste avec l'Etat ou les institutions partiellement détenues par l'Etat. Ainsi, en Suisse, ces procédures pilotes n'ont eu lieu que dans des cas de dommages collectifs avec une implication étatique directe ou indirecte¹⁵³.

Effet préjudiciel purement matériel

Même si, dans un cas particulier, un accord est trouvé sur la réalisation d'une procédure modèle ou test, son effet reste limité, faute de dispositions légales spéciales : La décision dans le procès pilote n'acquiert la force de chose jugée que pour le cas particulier correspondant, mais pas pour tous les autres cas. Selon le droit en vigueur, l'action modèle ou test a uniquement des effets de droit privé. Au-delà de cette portée, elle n'a qu'un « *effet préjudiciel matériel* »¹⁵⁴. Dans l'ensemble, cela implique donc une insécurité pour les deux parties.

Sélection problématique du « cas pilote »

La sélection d'un « cas pilote » pour une action modèle ou test sur une pure base de droit privé est *problématique* à deux égards. D'une part, les autres personnes concernées ne peuvent pas participer à la procédure modèle ou test, même si le résultat de cette procédure a un effet préjudiciel matériel, ce qui est quelque peu en contradiction avec le droit d'être entendu et la garantie de l'accès au juge. D'autre part, la sélection du cas pilote approprié et déterminant soulève des questions d'égalité de traitement et s'accompagne toujours d'un fort effet préjudiciel dans la mesure où les éventuelles particularités du cas pilote acquièrent une portée dépassant le cadre de ce cas particulier.

Résultat

Puisque les procédures modèles basées sur un accord purement privé n'ont *pas de véritable portée collective* au contraire de la situation en Allemagne, le modèle allemand du *Kapitalanleger-Musterverfahren*, dans sa forme révisée, semble constituer une option à examiner pour améliorer l'efficacité des litiges de masse en Suisse. Comme il repose sur le principe du recours individuel à la justice, un tel modèle s'inscrirait bien, en principe, dans le système judiciaire suisse. En revanche, une procédure modèle ou test ne serait pas judicieuse en cas de dommages dispersés, parce qu'elle ne permet pas de surmonter l'« apathie rationnelle » spécifique¹⁵⁵. Seule une telle base légale spéciale permettrait de collectiviser efficacement la sauvegarde des droits par le biais d'une procédure modèle ou test, car seule une base légale pourra étendre la force de chose jugée du résultat obtenu.

Lors de l'examen et de la conceptualisation d'une procédure modèle ou test suisse, il faudrait tenir compte de *trois aspects* en particulier. Premièrement se poserait la question du *champ d'application matériel* d'une telle procédure, c'est-à-dire des domaines dans lesquels elle serait économiquement raisonnable et adéquate du point de vue de l'Etat de droit. Dans le droit des marchés des capitaux et des marchés financiers, son champ d'application pourrait sûrement être défini plus largement que dans le *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG), mais il pourrait éventuellement comprendre aussi d'autres domaines juridiques, comme le droit à l'égalité des sexes ou le droit du travail en général. Deuxièmement, il faudrait se demander comment la *procédure devrait être conçue* pour être à la fois conciliable avec les principes de procédure suisses et assez efficace pour être plus avantageuse que

¹⁵² Cf. REUSCHLE, p. 278, du même avis BERNET/HESS, p. 454.

¹⁵³ Cf. note de bas de page 147.

¹⁵⁴ Cf. DOMEJ, p. 428 avec réf. et DICKENMANN, p. 471 ainsi que BSK ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N 4 ; d'un autre avis en ce qui concerne les décisions du Tribunal fédéral BAUR, p. 23.

¹⁵⁵ Cf., parmi d'autres, WAGNER, *Neue Perspektiven*, p. A 122.

des procédures individuelles¹⁵⁶. Il faudrait examiner comment les participants et les personnes touchées qui ne sont pas les demandeurs modèles pourraient participer à la procédure modèle ou test afin d'exercer leur droit d'être entendu, sans pour autant relativiser à nouveau l'économie de procédure visée. Par contre, il semblerait raisonnable et défendable de promouvoir la conclusion de transactions au moyen d'une option de retrait (*opt-out*). Troisièmement, il s'agirait de développer une *procédure adaptée* à la structure judiciaire et procédurale suisse, où il faudrait envisager, pour des motifs d'économie et de compétence, une concentration des procédures modèles ou test, par exemple devant une juridiction cantonale unique selon l'art. 5 CPC, qui devrait occuper une position centrale dans la procédure afin de garantir une procédure équitable. Il serait également nécessaire de clarifier l'organisation de la gestion d'un « registre des actions modèles ou test » pour toute la Suisse. Il faudrait également se demander quelles conditions devraient être fixées quant au nombre, aux similarités factuelles ou juridiques et à la capacité pour introduire une procédure modèle ou test. Enfin, des règles spéciales en matière de frais judiciaires et dépens seraient nécessaires afin que ces procédures modèles ou test présentent également des avantages pour toutes les parties impliquées du point de vue des frais.

3.4 Actions de groupe

3.4.1 Pas d'action de groupe générale en Suisse

De manière générale, les actions de groupe sont des actions représentatives, où les prétentions individuelles sont regroupées de par le fait qu'un demandeur du groupe agit en faveur d'autres personnes, qui ne sont pas formellement parties à la procédure, mais qui participent tout de même au résultat (aussi bien dans le sens positif que négatif), car la force de chose jugée s'étend également à leurs prétentions¹⁵⁷. La forme la plus connue d'action de groupe est l'action collective d'inspiration américaine (« *class action* »). Selon la manière dont les tiers participent au résultat de la procédure aux côtés du demandeur de groupe, on distingue les actions de groupe avec option d'adhésion (*opt-in*) et les actions de groupe avec option de retrait (*opt-out*). La participation à une action de groupe à *opt-in* présuppose toujours que la partie concernée déclare activement son adhésion au groupe. A l'inverse, dans l'action de groupe à *opt-out*, chaque membre du groupe doit devenir actif lui-même et déclarer sa « sortie » s'il ne souhaite pas participer à la procédure. Alors que dans la procédure à *opt-out*, l'aspect essentiel pour l'admissibilité de l'action de groupe est l'existence d'intérêts communs ou d'un lien de connexité matériel¹⁵⁸, dans la procédure à *opt-in*, la déclaration d'adhésion est également déterminante¹⁵⁹. Ensuite, les deux modèles prévoient une procédure d'information des membres (potentiels) du groupe, réglée spécialement, celle-ci ayant toutefois une portée très différente dans les deux modèles. Outre les personnes individuelles touchées, des associations (à but idéal) ou des autorités peuvent également entrer en ligne de compte en tant que demandeurs de groupe. En principe, les demandeurs de groupe sont soumis à des exigences particulières parce qu'ils agissent, au-delà de leurs propres intérêts,

¹⁵⁶ Cf. également CONTRATTO, Access to justice, p. 187 ss, ainsi que BOHNET, p. 188 ss et FORNAGE, p. 422 ss, 441 s., qui indique en particulier qu'il faudrait attendre de connaître l'évolution en Allemagne.

¹⁵⁷ KOCH, Sammelklage, p. 441 ; MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, p. 251 ss. En principe, la représentation par un défendeur de groupe est également possible, ce qui est toutefois exceptionnel.

¹⁵⁸ Ceux-ci peuvent être aussi bien de nature juridique que factuelle et avoir des caractéristiques variables.

¹⁵⁹ KOCH, Sammelklage, p. 441.

en tant que représentants du groupe et que leurs actes ont des effets pour tous les membres du groupe¹⁶⁰.

Selon de nombreux auteurs, les actions de groupe ne sont pas conciliables avec le concept traditionnel en Suisse du recours individuel à la justice. Lors de la rédaction du CPC, le législateur a par conséquent renoncé explicitement à instituer une action de groupe générale. En particulier, l'action de groupe sous la forme de la « *class action* » d'inspiration américaine (cf. ch. 3.4.3) a été unanimement rejetée. Cet instrument d'action collective a été rejeté car étranger au droit suisse, contesté même aux Etats-Unis, partiellement inefficace et exposé à des abus¹⁶¹.

3.4.2 Instruments semblables à l'action de groupe en Suisse

Il faut garder à l'esprit que le droit suisse connaît bien des instruments, réglés par des lois spéciales, qui produisent une *satisfaction collective des droits* par le biais d'un représentant, aux *effets comparables* à ceux d'une action de groupe:

Action en examen des parts sociales et du sociétariat selon l'art. 105 de la loi sur la fusion (LFus)¹⁶²

Selon l'art. 105, al. 1, LFus, chaque associé des sujets participants peut exiger que le juge fixe une indemnité adaptée, si les parts sociales ou les droits de sociétariat n'ont pas été maintenus de manière adéquate ou si le dédommagement n'était pas adéquat en cas de fusion, de scission ou de transformation. Cette action permet de vérifier si le principe de la continuité du sociétariat a été respecté du point de vue économique et de fixer une soulte adéquate en cas de non-respect. Selon l'art. 105, al. 2, LFus, le jugement a effet sur tous les associés du sujet participant pour autant qu'ils aient le même statut juridique que le demandeur¹⁶³. L'action en contestation du rapport d'échange d'un (seul) associé a ainsi des effets en faveur et en défaveur de tous les sociétaires ayant le même statut juridique sans que ces autres associés n'aient de véritable possibilité d'*opt-out* afin de se prémunir contre cet effet ; la seule possibilité serait éventuellement d'introduire soi-même une action, dans la mesure où cela est encore possible¹⁶⁴. C'est pour cette raison que cette action est considérée comme l'institution du droit suisse se rapprochant fonctionnellement le plus de l'action de groupe ou de la *class action*¹⁶⁵. En raison de la règle spéciale de répartition des frais¹⁶⁶ à la charge du sujet reprenant, prévue à l'art. 105, al. 3, LFus, il a également été souligné qu'une telle action ne pouvait avoir que des effets favorables pour les associés non impliqués¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Cf. p. ex. BEUCHLER, p. 114.

¹⁶¹ Cf. le message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6902.

¹⁶² Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus) (RS 221.301).

¹⁶³ Cf. à propos de l'art. 105 LFus, BSK FusG-DUBS, art. 105 N 1 ss ; ZK FusG-MEIER-DIETERLE, art. 105 N 1 ss ; Comm. LFus-BAHAR, art. 105 N 1 ss ; AMSTUTZ/MABILLARD, art. 105 N 1 ss.

¹⁶⁴ DROESE, p. 140.

¹⁶⁵ Cf. DOMEJ, p. 433 s. ainsi que BÖCKLI, § 3 N 260a ; se référant en particulier à la répartition des frais parfois sévère à la charge du demandeur (cf. à ce sujet en particulier l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_341/2011 du 21 mars 2012) ; DASSER/STOLZKE, p. 268 ; DICKENMANN, p. 471 ; DROESE, p. 140.

¹⁶⁶ Cf., au sujet de la répartition des frais, la jurisprudence du Tribunal fédéral aux ATF 135 III 603, consid. 2, 137 III 507, consid. 8 et dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_547/2011 du 16 février 2012, consid. 4 ; cf. à ce sujet, critiques, VISCHER/WEHINGER, p. 455 ss.

¹⁶⁷ Dans ce sens : GORDON-VRBA, p. 189.

Représentant de la communauté des investisseurs selon l'art. 86 de la loi sur les placements collectifs (LPCC)¹⁶⁸

Pour les actions en restitution¹⁶⁹ selon l'art. 85 LPCC, l'art. 86 LPCC prévoit que le tribunal nomme un représentant de la communauté des investisseurs sur requête d'un investisseur. Les investisseurs doivent rendre vraisemblables des prétentions en responsabilité envers un placement collectif ouvert. Selon l'art. 86, al. 3 et 4, LPCC, un représentant nommé de la sorte a les mêmes droits (procéduraux) que les investisseurs. Si le représentant intente une action en restitution selon l'art. 85 LPCC, l'art. 86, al. 4, LPCC interdit aux investisseurs individuels d'intenter une telle action. En même temps, un jugement obtenu par le représentant est opposable à tous les investisseurs, c'est-à-dire que la force matérielle de chose jugée s'étend également à eux. En complément, l'art. 86, al. 5, LPCC prévoit que les frais du représentant sont en principe à la charge de la fortune collective, en dérogation aux principes généraux, sous réserve d'une répartition différente par le tribunal dans le cas particulier¹⁷⁰. Avec cette règle inspirée de l'art. 28 aLFP¹⁷¹, l'action en restitution prévoit une forme d'action collective. Un représentant désigné par le juge peut agir pour tous les investisseurs, qui sont, en même temps, empêchés d'intenter une action individuelle et liés par le jugement obtenu par le représentant. Dans cette forme d'action représentative, les investisseurs n'ont pas non plus de possibilité d'*opt-out*, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas sortir du groupe¹⁷².

Communauté des créanciers d'emprunts par obligations (art. 1157 ss CO)

Les créanciers d'un emprunt par obligations, c'est-à-dire de papiers-valeurs offerts en souscription publique et générant des intérêts, forment, de plein droit, une communauté de créanciers en vertu de l'art. 1157, al. 1, CO. Celle-ci n'est pas une personne morale, mais dispose de la capacité d'ester. Ainsi, le représentant de la communauté des créanciers, qui est soit déterminé par les conditions de l'emprunt, soit élu par une assemblée des créanciers, peut faire valoir les droits des créanciers s'il en a reçu les pouvoirs de la part de l'assemblée des créanciers, ce qui exclut en même temps l'exercice indépendant de leurs droits par les créanciers (art. 1159, al. 3, CO)¹⁷³. Il s'agit donc d'une véritable action de groupe, qui permet la défense et la satisfaction collectives des droits des créanciers dans une seule procédure, par un représentant commun, avec un jugement opposable à tous les créanciers. Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette action vise la défense et la satisfaction d'intérêts communs (et donc des dommages indirects des créanciers d'emprunts par obligations), mais n'est pas ouverte pour la satisfaction de dommages directs

¹⁶⁸ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31). La révision partielle de la loi du 28 septembre 2012 sur les placements collectifs de capitaux (FF 2012, 7601) n'a pas modifié l'art. 86 LPCC.

¹⁶⁹ Selon l'art. 85 LPCC, les investisseurs d'un placement collectif ouvert peuvent intenter une action en restitution des avoirs détournés ou des avantages patrimoniaux prélevés illicitement au placement collectif ouvert lésé. Selon l'art. 8, al. 1, LPCC les placements ouverts sont des fonds de placement contractuels au sens des art. 25 ss LPCC et des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV, art. 36 ss LPCC). Cette action est soit une action en responsabilité selon les art. 145 ss LPCC contre les personnes responsables, soit une action en responsabilité délictuelle ou en exécution contre des tiers, qui tend dans les deux cas à la réparation du dommage indirect des investisseurs en faveur du placement collectif. Cf. à ce sujet BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, art. 85 N 2 ss.

¹⁷⁰ BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 86 N 2 ss.

¹⁷¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (loi sur les fonds de placement ; RO 1994, 2523, 2000, 2355 annexe ch. 27, 2004, 1985 annexe ch. II 4 (abrogée par la loi sur les placements collectifs de capitaux [LPCC])). Cf. à ce sujet GAUTHIER, p. 47 ss.

¹⁷² Cf. DROESE, p. 141 ; GORDON-VRBA, p. 186 ; DASSER/STOLZKE, p. 266 s.

¹⁷³ Cf. ATF 113 II 283, consid. 2 et BSK Wertpapierrecht-REUTTER/STEINMANN, art. 1157 N 13. Au sujet de la communauté des créanciers dans le contexte des actions collectives, cf. également STARK/ KNECHT, p. 56 ss.

des créanciers, p.ex. en raison d'une responsabilité de l'auteur de prospectus selon l'art. 752 CO¹⁷⁴. Comme l'unanimité des créanciers est en principe nécessaire pour autoriser le représentant à faire valoir leurs droits, il s'agit en fait d'une action de groupe à *opt-in*, avec une condition qualifiée¹⁷⁵ : soit il y a une action de groupe pour tous les créanciers de l'emprunt avec l'accord de tous, soit il n'y pas d'action de groupe du tout.

Sur la base de cette forme de mise en œuvre collective des droits connue depuis longtemps par le droit suisse, des *propositions* relatives à un *instrument d'exercice collectif des droits généralement accessible* ont été faites. Ainsi, STARK/KNECHT ont proposé l'instauration d'une communauté obligatoire pour les dommages collectifs (indépendamment de leur cause) touchant au moins 100 lésés, dont chacun a une prétention d'au moins CHF 10 000 et ont formulé un projet de loi en ce sens, comptant 14 articles. La formation d'une telle communauté obligatoire serait ordonnée par un tribunal du domicile ou du siège du responsable, sur requête d'un auteur ou d'un lésé. Tous les lésés deviendraient, de plein droit, membres de cette communauté obligatoire. Dans une première phase, un commissaire élu et disposant de compétences étendues tenterait d'obtenir une transaction entre le responsable et la communauté. La communauté serait dissoute par la conclusion et l'acceptation de la transaction par une assemblée des lésés ; les lésés pourraient ensuite faire valoir individuellement leurs éventuelles prétentions résiduelles. A défaut de transaction ou d'acceptation de celle-ci, la majorité pourrait décider d'engager une procédure dans le but d'obtenir un jugement en constatation de la responsabilité de l'auteur, qui lierait tous les lésés¹⁷⁶.

Dispositions spéciales pour le traitement des prétentions en responsabilité pour des dommages d'origine nucléaire (art. 20 ss nLRCN¹⁷⁷)

Les dommages dus à des incidents nucléaires causés par des centrales nucléaires ou au transport de substances nucléaires constituent des cas typiques de dommages collectifs. Afin de simplifier le traitement du nombre potentiellement élevé de dommages et de procédures qui en découlent, des dispositions spéciales ont été instituées. La loi prévoit une conservation spéciale des preuves par les autorités (art. 20 nLRCN), le traitement par une juridiction cantonale unique (art. 5, al. 1, let. e, CPC), l'application de la maxime d'office et de la maxime inquisitoire (art. 22 nLRCN) et des règles spéciales pour les frais judiciaires et les dépens (art. 23 nLRCN). Il n'y a toutefois pas de regroupement proprement dit : toutes les prétentions doivent en principe être invoquées et appréciées individuellement, étant entendu que des simplifications sont prévues du point de vue de l'organisation¹⁷⁸.

ROMY a fait une proposition de *procédure collective générale en matière de dommages de masse* pour la Suisse inspirée de cette réglementation spéciale, quoique dans son ancienne

¹⁷⁴ Cf. ATF 113 II 283, consid. 5 ; CR CO II-ZUFFREY, art. 1164 N 7 ss ; CONTRATTO, Access to Justice, p. 183 ; GORDON-VRBA, p. 181 s. avec références aux critiques de la doctrine à cet égard ; THÉVENOZ, p. 138 s. ; TOPAZ DRUCKMANN, p. 94.

¹⁷⁵ Du même avis, DROESE, p. 140 (indiquant qu'il s'agit même d'une action excluant toute possibilité d'*opt-out* si l'on part du principe que même des décisions majoritaires suffisent à autoriser le représentant de la communauté des créanciers) ; GORDON-VRBA, p. 182.

¹⁷⁶ STARK/KNECHT, p. 51 ss ; cf. également à ce sujet ROMY, Litiges de masse, p. 262 ss et JEANDIN, Parties au procès, p. 146 ss. Concernant ces propositions, cf. également FORNAGE, p. 428 ss.

¹⁷⁷ La loi fédérale du 13 juin 2008 sur la responsabilité civile en matière nucléaire, FF 2008, 4845, pas encore entrée en vigueur, désignée ci-après par « nLRCN », remplacera vraisemblablement la loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983 (RS 732.44) en 2014. Cette dernière contient des dispositions quasiment identiques aux art. 22 à 28 LRCN

¹⁷⁸ Cf. DROESE, p. 140 ; GORDON-VRBA, p. 178 ss.

version¹⁷⁹. Basée sur les trois piliers de l'unité de juridiction pour toute la Suisse, du regroupement de toutes les prétentions et de la division du procès en deux phases, une loi spéciale sur les procédures en matière de dommages collectifs instituerait une autorité spéciale exclusivement compétente dans toute la Suisse, qui trancherait les litiges de masse lorsqu'ils soulèvent des questions de fait ou de droit communes, que la jonction d'un grand nombre de procédures est impraticable et que le cas de dommage de masse a pour conséquence des dommages matériels, corporels ou économiques importants. Dans une première phase, l'autorité spéciale rendrait un jugement collectif, liant tous les lésés, sur les questions de fait et de droit communes à tous les lésés actuels et futurs (en particulier les questions de causalité et d'illicéité) et rendrait un jugement en constatation de la responsabilité générale. Dans une deuxième phase, il s'agirait d'apprécier l'indemnisation de chaque lésé. Sur la base de cette proposition, JEANDIN a suggéré, dans le contexte de l'élaboration du CPC, une *procédure spéciale pour les dommages de masse* dans un cadre juridique tout d'abord minimal, devant une commission spéciale pour juger les dommages collectifs, rattachée au Tribunal fédéral¹⁸⁰. En cas de dommages collectifs (définis par la loi), cette commission serait compétente exclusivement et pour toute la Suisse. Dans une première phase, elle trancherait la question de la responsabilité et du droit de principe à une réparation par le biais d'un jugement en constatation opposable à tous les lésés. Dans une seconde phase, l'indemnisation concrète serait tranchée dans une procédure individuelle.

Cession des prétentions dans la faillite au sens de l'art. 260 LP¹⁸¹

Selon l'art. 260 LP, chaque créancier peut demander à la masse en faillite la cession d'une prétention que la masse a renoncé à faire valoir et se désintéresser prioritairement sur un éventuel produit. Il ne s'agit pas d'une cession au sens du droit civil ; le créancier obtient simplement le droit de faire valoir en justice les droits de la masse et un droit de satisfaction préférentiel afin de l'encourager à agir¹⁸². Il agit donc sur la base d'un *mandat procédural*, en son propre nom, mais aussi en faveur des autres créanciers¹⁸³. Ainsi, la décision de l'assemblée des créanciers de renoncer à faire valoir une créance en justice et la décision de l'administration de la faillite de céder la prétention lie tous les créanciers ; toute décision (ou transaction) relative aux prétentions lie non seulement le créancier qui agit et son adversaire, mais aussi les autres créanciers et la masse en faillite¹⁸⁴. Bien que le créancier qui agit fasse (aussi) valoir les droits des autres créanciers et qu'une décision à cet égard lie chaque créancier individuel (qui n'est pas nécessairement connu), il ne s'agit pas à proprement parler d'une action collective visant la satisfaction de droits individuels¹⁸⁵.

¹⁷⁹ ROMY, Litiges de masse, p. 273 ss ; cf. également à ce sujet JEANDIN, Parties au procès, p. 154 ss.

¹⁸⁰ JEANDIN, Parties au procès, p. 158 ss.

¹⁸¹ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 2281.1).

¹⁸² ATF 122 III 176, consid. 6 ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 4 ss.

¹⁸³ ATF 132 III 342, consid. 2.2 ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 56 ; FAVALLI/MATTHEWS, p. 626.

¹⁸⁴ ATF 113 III 135, consid. 3 ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 20 ss.

¹⁸⁵ Apparemment d'un autre avis, FAVALLI/MATTHEWS, P. 627 s., qui soulignent les parallèles avec la *class action*.

3.4.3 Les actions de groupe à l'étranger

La forme d'action de groupe la plus connue, mais aussi la plus controversée¹⁸⁶, est la *class action* américaine¹⁸⁷. Il s'agit d'une action représentative introduite par un ou plusieurs demandeurs, par laquelle celui-ci (ou ceux-ci) mène un procès en tant que représentant d'un groupe de membres (*class*), délimité selon certaines caractéristiques, et fait valoir l'intégralité des droits des membres envers le défendeur. Le résultat de cette procédure représentative lie tous les membres de la *class*, sans pour autant qu'ils aient formellement la qualité de parties. La *class action* interdit les actions individuelles séparées des membres contre le défendeur, à moins qu'ils ne déclarent explicitement leur exclusion de la procédure (*opt-out*), pour autant que cela soit admissible¹⁸⁸. Appliquées à l'origine principalement dans le domaine des actions relatives aux *civil rights*, les *class actions* s'appliquent aujourd'hui typiquement dans le domaine du droit de la consommation, des dommages collectifs, du droit des cartels et de la concurrence déloyale, du droit des marchés des capitaux, du droit du travail et de l'environnement¹⁸⁹. La forme sans doute la plus connue et aussi la plus fréquente¹⁹⁰ de *class action* est la *common question class action* selon la Rule 23 (b), ch. (3), FRCP¹⁹¹, instituée par le droit fédéral, tendant généralement à une indemnisation. Dans la plupart des cas, les *class actions* sont liquidées par une transaction¹⁹². C'est justement cet aspect qui fait dire que les risques d'abus sont importants, car elle contraindrait les défendeurs à transiger (notion de *legal blackmail*)¹⁹³. Selon la doctrine majoritaire, le potentiel d'abus de la *class action* américaine relève moins de la nature de celle-ci que des conditions-cadre matérielles et procédurales aux Etats-Unis, en premier lieu l'*American rule* (pas de droit au remboursement des frais de la partie qui a gain de cause), des *jury trials* (débats devant un banc de jurés composé de profanes), de la possibilité de condamner le responsable à des *punitive damages* (indemnités punitives correspondant à un multiple du dommage effectif) et de la possibilité de la (*pretrial*) *discovery* (obtention et recherche de preuves par les parties avec des droits et devoirs étendus en matière d'information, d'accès aux pièces et de remise de pièces)¹⁹⁴. Ce cadre juridique est même parfois défini comme un *toxic cocktail*¹⁹⁵.

Des actions de groupe représentatives existent actuellement dans de nombreux pays européens. En 2003, la Suède a été le premier pays de tradition juridique continentale¹⁹⁶ à faire

¹⁸⁶ A propos de la réputation parfois douteuse des *class actions* US, cf. p. ex. BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 114 ss ; GORDON-VRBA, p. 69 ss. ainsi que Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6841, 6902 et PARLEMENT EUROPÉEN, décision du Parlement européen du 2 février 2012 sur le thème : « Vers une approche européenne cohérente du recours collectif » (2011/2089[INI]).

¹⁸⁷ Des formes de *class action* similaires à celles des USA existent p. ex. au Canada et en Australie, cf. HESS, *Aktuelle Tendenzen*, p. 144 ainsi que, en détail, MULHERON, *Class Action*.

¹⁸⁸ Cf. en détail sur l'institution de la *class action* (américaine) BAETGE/EICHHOLTZ, p. 287 ss ; BEUHLER, p. 27 ss ; EICHHOLTZ, p. 29 ss ; GORDON-VRBA, p. 12 ss ; GOTTWALD, *Class Actions* p. 1 ss ; GREER, p. 1 ss ; HOHL, p. 14 ss ; KLONOFF, p. 9 ss ; KOCH, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 1 ss ; PERUCCHI, *Class actions*, p. 489 ss ; PERUCCHI, *Anerkennung und Vollstreckung*, p. 5 ss ; ROMY, *Litiges de masse*, p. 87 ss ; ROMY, *Class actions*, S. 785 ss ; YEAZELL, p. 1 ss. Cf. GORDON-VRBA, p. 27 ss ; BRUNS, p. 402.

¹⁸⁹ Cf. à ce sujet p. ex. GORDON-VRBA, p. 48, selon laquelle plus de 50 % de toutes les *class actions* sont des actions en réparation selon la Rule 23(b)(3) FRCP.

¹⁹⁰ Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) (Etats-Unis).

¹⁹¹ Plus de 90 % de toutes les *class actions* sont liquidées par transaction aux Etats-Unis ; cf. p. ex. HESS, *Anerkennung*, p. 373 ; MURRAY, p. 98.

¹⁹² Dans le même sens, message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6902.

¹⁹³ Cf., parmi d'autres, en doctrine suisse, BÜHLER, p. 21, DOMEJ, p. 444, 449 s. et BOHNET, p. 185 ainsi que EBBING, p. 51 ; STADLER, *Wider die Mär*, p. 79 ; BRUNS, p. 407 ss.

¹⁹⁴ P. ex. STADLER, *Wider die Mär*, p. 79.

¹⁹⁵ Cf. LINDBLOM, *Group litigation*, p. 27 et MICKLITZ/STADLER, *Gruppenklagen*, p. 141. Cf. toutefois

entrer en vigueur une loi relative à une procédure de groupe¹⁹⁷, qui prévoit une action de groupe avec un mécanisme d'*opt-in*. Actuellement, les pays suivants prévoient au moins des actions groupées sectorielles pour l'invocation de dommages collectifs et de dommages dispersés : la Bulgarie¹⁹⁸, le Danemark¹⁹⁹, la Finlande²⁰⁰, l'Italie²⁰¹, la Norvège²⁰², la Pologne²⁰³, le Portugal²⁰⁴, l'Espagne²⁰⁵ et le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)²⁰⁶.

A l'exception du Portugal et de la Bulgarie, il s'agit là d'actions de groupe à *opt-in* (voir à ce sujet le ch. 3.4.1). Au Danemark et en Norvège, des actions de groupe à *opt-out* sont également admises pour faire valoir (certains²⁰⁷) dommages dispersés. Selon la doctrine majoritaire, les mécanismes d'*opt-in* sont considérés comme mieux conciliables avec la tradition européenne²⁰⁸. Les Etats européens répondent de manières diverses et controversées à la question de savoir si les actions représentatives avec un mécanisme d'*opt-in* sont conciliables avec les garanties de procédure constitutionnelles, en particulier aussi avec l'art. 6 CEDH et le principe de disposition²⁰⁹. Si l'on compare les taux de participation des actions de groupe à *opt-in* avec ceux des actions à *opt-out*, une analyse mondiale révèle que ce taux est très haut dans les modèles à *opt-out*, au moins 60 % dans la plupart des cas, et jusqu'à

également la règle au Portugal, entrée en vigueur plus tôt (cf. à ce sujet la note de bas de page 201).

197 SFS 2002 :599 Lagen om grupprättegång (consultable en anglais sous <http://www.government.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf> [31.5.2013]). Cf. à ce sujet LINDBLOM, Suède, p. 231 ss ; LINDBLOM, Group litigation, p. 7 ss ; VIITANEN, p. 219 ss ; MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, p. 140 ss ; DROESE, P. 124 s. ; GORDON-VRBA, p. 98 ss.

198 Chap. 33, art. 379 à 388 de la loi de procédure civile bulgare, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2008 ; cf. à ce sujet BAUER/PETER/KOLLMANN, p. 210 ss et PARLEMENT EUROPÉEN, Overview, p. 1 ss.

199 Chap. 23a « Gruppessøgsmål » (§§ 254a–254k) de la loi d'organisation judiciaire, selon loi de modification 181/2008, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008.

200 Loi finnoise sur les actions de groupe « Ryhmäkannelaki » (444/2007), en vigueur depuis octobre 2007.

201 Art. 140bis du Codice del Consumo, dans la version selon la loi n° 99 du 23 juillet 2009, en vigueur depuis janvier 2010 ; cf. à ce sujet TOGO, p. 132 ss, ainsi que BOHNET, p. 185 ss.

202 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) [loi de procédure civile], chap. 35. Gruppessøgsmål (disponible en anglais sous <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-20050617-090-eng.pdf> [31.5.2013]).

203 Ustawa o dochodzeniu roszczen w postepowaniu grupowym (« loi sur les actions de groupe ») du 17 décembre 2009, en vigueur depuis le 18 juillet 2010.

204 La loi n° 83/95 du 31 août 1995 prévoit une « action populaire » (ação popular). Celle-ci est entrée en vigueur avant la loi suédoise sur les actions de groupe et constitue le premier modèle à *opt-out* en Europe ; cf. MULHERON, Building blocks, p. 313 ainsi qu'ANTUNES, p. 161 ss.

205 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [loi de procédure civile], en vigueur depuis 2001 ; cf. à ce sujet GUTIÉRREZ CABIEDES, p. 170 s.

206 Civil Procedure Rules (CPR) Part 19 III (Group litigation), en vigueur depuis le 1^{er} avril 2000 (disponible à l'adresse <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#IDA2PMCC> [31.5.2013]) ; cf. à ce sujet notamment MULHERON, Reform.

207 Au Danemark, seulement pour les cas concernant moins de DKK 2'000, où seul l'*ombudsman* peut agir en tant que représentant ; en Norvège, seulement lorsque le montant par membre du groupe est si faible qu'une majorité considérable de demandeurs potentiels n'introduirait pas d'action individuelle et qu'en même temps, l'action de groupe ne soulève aucune question rendant nécessaire une audition individuelle.

208 MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, p. 253 ; HODGES, From class actions, p. 66 ; VALGUARNERA, p. 1 ss ; DROESE, p. 133 s. ; DOMEJ, P. 444 ; BERNET/GROZ, p. 85 s. ; PARLEMENT EUROPÉEN, Overview, p. 40.

209 Cf. à ce sujet du point de vue Suisse DOMEJ, p. 438 ss avec réf. pour l'admissibilité de modèles à *opt-out* ; avec le même résultat également KÖLZ, p. 64 s. ; PERUCCHI, Class actions, p. 501 s. ; ROMY, Class actions, p. 797 ; DÖRIG, Anerkennung, p. 442 ss ; opposé aux modèles à *opt-out*, STOFFEL, p. 503 ss.

plus de 87 % de tous les membres possibles du groupe, alors que les actions de groupe à *opt-in* présentent certes de grandes différences (de 0.1 % à 100 %), mais que régulièrement, seule une petite proportion, d'environ 33 % des demandeurs potentiels, se rallie à l'action de groupe²¹⁰.

Apparemment, jusqu'à présent²¹¹, l'appréciation des différentes actions de groupe est globalement *neutre ou même positive*, dans tous les pays européens. D'une part, les craintes négatives précédant les mises en vigueur ne se sont pas confirmées. D'autre part, l'utilisation des nouvelles procédures a été en partie moins importante que prévu, de sorte que plusieurs pays songent déjà à adapter et améliorer leur système²¹².

3.4.4 Transactions de groupe aux Pays-Bas : un concept pour la Suisse ?

Depuis juillet 2005 et l'entrée en vigueur de la loi concernant la liquidation collective des dommages de masse²¹³, les Pays-Bas disposent de règles spéciales de transaction de groupe en vue de la mise en œuvre collective des droits. Cette loi découle des difficultés qu'avaient eues des entreprises pharmaceutiques et plusieurs milliers de femmes lésées à transiger les cas de dommages en lien avec le diéthylstilbestrol (DES). A la différence des formes usuelles d'actions de groupes, la loi règle une *procédure spéciale de transaction* entre un ou plusieurs responsables (présumés) d'une part et une association ou une fondation agissant dans l'intérêt commun de tous les lésés d'autre part. Dans cette procédure, une transaction conclue au préalable entre ces parties peut être remise de manière centralisée au tribunal d'appel d'Amsterdam pour que celui-ci la déclare généralement opposable. Le tribunal vérifie, dans le cadre d'une procédure spéciale dont tous les lésés doivent être individuellement informés, si la transaction est matériellement adaptée, si elle est formellement équitable, si elle est conforme aux règles de procédure et si elle est efficace. Puis, si le tribunal déclare la transaction obligatoire, un délai est fixé aux lésés pour déposer une déclaration de sortie écrite (*opt-out*), faute de quoi ils sont liés et obligés par la transaction²¹⁴.

Cette règle particulière, inspirée des *class action settlements* américains et unique sous cette forme suscite l'intérêt et a acquis une grande importance, en particulier dans le contexte international. Au total, au moins six cas ont mené à de telles transactions de groupe opposables à tous les lésés²¹⁵. Du point de vue international, et en particulier du point de vue suisse, il est important de relever que, dans quatre de ces cas, la compétence des tribunaux

²¹⁰ Cf. les statistiques et évaluations détaillées chez MULHERON, *The Case*, p. 409 ss ; MULHERON, *Reform* ainsi que HENSLER, *Class action dilemmas*.

²¹¹ La doctrine indique à raison que les actions de groupe se trouvent encore au « stade expérimental » dans la plupart des pays européens, cf., parmi d'autres, JANSSEN, p. 6 s.

²¹² Cf. p. ex. pour la Suède LINDBLÖM, *Sweden*, p. 240 et PERSSON, p. 355 ss ; pour le Royaume-Uni MULHERON, *Reform* et MULHERON, *Impetus*, p. 387 ss.

²¹³ Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade) (WCAM) (disponible en anglais sous <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html> [31.5.2013]).

²¹⁴ Cf. à ce sujet VAN BOOM, p. 171 ss ; KORTMANN/BREDENOORD-SPOEK, p. 13 ss ; KRANS, p. 141 ss ; MICKLITZ/STADLER, *Gruppenklagen*, p. 134 ss ; PURNHAGEN, p. 502 s.

²¹⁵ Il s'agit des cas DES (Tribunal d'appel d'Amsterdam, 1^{er} juin 2006, NJ [2006], 461, LJN : AX6440), Dexia (Tribunal d'appel d'Amsterdam, 25 janvier 2007, NJ [2007], 427, LJN : AZ7033), Vie d'Or (Tribunal d'appel d'Amsterdam, 29 avril 2009, NJ [2009], 448, LJN : BI2717), Shell (Tribunal d'appel d'Amsterdam, 29 mai 2009, NJ [2009], 506, LJN : BI5744), Vedior (Tribunal d'appel d'Amsterdam, 15 juillet 2009, JOR [2009], 325, LJN : BJ2691) et Converium (Tribunal d'appel d'Amsterdam, 17. janvier 2012).

néerlandais et donc l'admissibilité de cette procédure de transaction de groupe, a été confirmée également *en ce qui concerne les lésés étrangers*. Ainsi, le cas « Converium », issu d'une procédure de *class action* aux USA, réglée par transaction, concernait au total 12 000 lésés connus hors des USA, dont seuls 200 étaient domiciliés aux Pays-Bas, mais dont 1500 se trouvaient en Grande-Bretagne et 8500 en Suisse ; les deux sociétés suisses SCOR Holding (Switzerland) SA et Zurich Financial Services SA étaient aussi impliquées dans l'affaire²¹⁶. Dans ce contexte, se posent en particulier des questions de compétence internationale et de reconnaissance et d'exécution de ces transactions de groupe, déclarées opposables à tous les lésés par un juge²¹⁷. En même temps, la procédure néerlandaise s'est révélée attrayante au niveau international. C'est aussi pour cela qu'il a été dit qu'elle méritait d'être étudiée pour la Suisse²¹⁸. Il convient d'ajouter que les Pays-Bas font clairement des efforts pour réviser cette loi et en particulier étendre son champ d'application au domaine des litiges liés à l'insolvabilité.

3.4.5 Appréciation et conclusions

Selon l'opinion prépondérante, les actions de groupe représentatives peuvent constituer un moyen efficace et adapté d'exercer collectivement des droits pour obtenir la réparation de dommages collectifs et de dommages dispersés²¹⁹. Spécialement pour les dommages collectifs, dans lesquels il est important de préserver et de garantir l'efficacité des procédures et de la justice, les actions de groupe constituent un élément capital d'un système judiciaire fonctionnel. Certes, à l'heure actuelle, le droit suisse ne connaît pas d'action de groupe représentative générale. Cela ne doit toutefois pas occulter le fait que des formes de litige représentatif, dont les effets sont très proches de ceux d'une action de groupe, existent déjà selon le droit en vigueur. Dans le but de garantir et d'améliorer le recours à la justice pour faire valoir et obtenir la réparation de dommages collectifs et de dommages dispersés, trois aspects méritent d'être signalés:

Rejet du système de *class action* américain et des actions de groupe à *opt-out*

Jusqu'à présent, le système des *class actions* comme il existe surtout aux Etats-Unis a toujours été *rejeté unanimement* et vigoureusement²²⁰. Invoquant les fonctions et les avantages de la *class action* américaine, seul PERUCCHI, semble-t-il, a proposé son adoption et son inclusion quasi intégrale dans le droit suisse²²¹. Même si les critiques s'adressent moins aux *class actions* comme actions représentatives qu'aux autres spécificités du droit américain qui y sont liées (voir au sujet de ce « *toxic cocktail* » le ch. 3.4.3)²²², les *class actions* selon le modèle américain n'apparaissent ni nécessaires, ni souhaitables comme instrument d'exer-

²¹⁶ Cf. également ALLEMEERSCH, p. 368 ss ; BERNET/HESS, note de bas de page 43 et les informations supplémentaires sur www.converiumsettlement.com [31.5.2013].

²¹⁷ Cf. à ce sujet Dasser/Oberhammer-DASSER, art. 2 N 24 ss ; KRANS, p. 141 ss ; STADLER, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz, p. 121 ss ; ALLEMEERSCH, p. 369 ss.

²¹⁸ DROESE, p. 146 s.

²¹⁹ Cf. notamment WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, p. 85 s. ; DOMEJ, p. 437 ss.

²²⁰ Cf. le message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6902 ; motion 11.3977 Birrer-Heimo. Plaintes collectives. Simplification des procédures judiciaires.

²²¹ Sous le titre marginal *class action*, un nouvel art. 89a CPC reprendrait le contenu des Rules 23 (a) et 23 (b) 3 du FRCP américain. En parallèle, pour de telles *class actions*, l'obligation de verser une avance de frais judiciaires (art. 98 CPC) et l'obligation faite à la partie qui succombe de rembourser les frais (art. 106 CPC) ne seraient pas applicables et l'interdiction du *pactum de quota litis* ne s'appliquerait pas ; cf. PERUCCHI, *Class actions*, p. 500 ss ; également selon MARCHAND, p. 289, un tel modèle serait utile à la protection des consommateurs en Suisse.

²²² Cf., parmi d'autres, BÜHLER, p. 21.

cice collectif des droits en Suisse et doivent donc être rejetées fermement. Cela correspond par ailleurs à un consensus général en Europe²²³. Les actions de groupe représentatives sur le modèle de l'*opt-out* ne seraient pas non plus souhaitables de manière généralisée pour le droit suisse. Certes, elles ne sont pas incompatibles en soi avec le droit en vigueur, en particulier le principe de disposition, dans la mesure où des instruments aux effets comparables existent déjà (voir à ce sujet le ch. 3.4.2). Bien qu'il ait été démontré de manière convaincante que des actions de groupe selon le modèle de l'*opt-out* semblent adaptées en particulier pour faire valoir collectivement des dommages dispersés, il faudrait chercher à améliorer l'accès à la justice dans ce domaine à l'aide d'autres instruments.

Formes ponctuelles d'actions de groupe et absence d'une action de groupe représentative générale

En droit suisse, des formes d'action et instruments spéciaux pour faire valoir des collectifs et des dommages dispersés existent dans certains domaines juridiques, en particulier en droit des sociétés. Ils correspondent *fonctionnellement* à des actions de groupe représentatives. La notion de litige de masse représentatif est connue du droit suisse et *compatible* avec celui-ci. Toutefois, un instrument général, qui permette de faire valoir et d'obtenir la réparation de dommages collectifs, fait défaut dans l'ordre juridique suisse, bien que, comme mentionné, des propositions dans ce sens aient déjà été faites par le passé²²⁴.

Absence d'instrument de liquidation collective des dommages de masse par le biais d'une transaction obligatoire

Spécialement en cas de dommages collectifs, mais aussi de dommages dispersés, les transactions constituent des moyens efficaces de liquider les dommages dans l'intérêt de tous les lésés, en particulier sous l'angle de l'économie de procédure. Contrairement au procès individuel, il est essentiel pour le (les) défendeur(s) qu'une telle transaction soit le plus largement opposable à tous les lésés. Une transaction à la portée la plus étendue possible est ainsi dans l'intérêt d'un système judiciaire fonctionnel. A l'heure actuelle, le droit suisse ne prévoit pas d'instrument pouvant garantir un règlement transactionnel par le biais d'une représentation procédurale.

Résultat

Partant de ce constat, *deux formes d'actions de groupe* semblent au moins mériter d'être étudiées en tant que moyens pour améliorer à l'avenir l'accès à la justice en cas de dommages collectifs ou dispersés :

Tout d'abord, il conviendrait d'envisager l'institution d'une *action de groupe représentative générale* sur la base d'un modèle à *opt-in*. Une telle action de groupe pourrait constituer un instrument efficace pour améliorer la liquidation des litiges collectifs liés à des dommages collectifs et serait compatible avec le système juridique suisse, comme en témoignent les instruments comparables existant sous le droit en vigueur. Il faudrait accorder la plus grande attention à l'aspect de la lutte contre les abus, afin de ne pas renverser le déséquilibre existant entre lésés et responsables. Le juge occuperait un rôle essentiel dans ce système, afin de pouvoir, d'une part, traiter de telles procédures de masse de manière efficace et compétente, mais, d'autre part, aussi pour pouvoir exclure toute utilisation abusive de ces procédu-

²²³ BERNET/GROZ, p. 85 ; PARLEMENT EUROPÉEN, décision du Parlement européen du 2 février 2012 sur le thème « Vers une approche européenne cohérente du recours collectif » (2011/2089[INI]), ch. 2.

²²⁴ Cf. les propositions de STARK/KNECHT (note de bas de page 176), de ROMY (note de bas de page 179) et de JEANDIN (note de bas de page 180) ainsi que de TERCIER, p. 73 ss, en part. p. 250 ss.

res. Le point central d'un tel modèle serait un régime spécial de répartition des frais, afin que ces actions de groupe puissent être réellement financées. Le principe du remboursement des frais de la partie qui a gain de cause devrait être maintenu.

Ensuite, indépendamment de cette possibilité, on pourrait étudier la création d'une *procédure spéciale de transaction de groupe* pour la liquidation collective de dommages de masse, par une transaction dont la force obligatoire serait étendue à tous les lésés par un juge, sur le modèle de la réglementation néerlandaise (voir à ce sujet le ch. 3.4.4). Une telle procédure semblerait un complément judiciaire au système judiciaire en vigueur, même si elle ne devait entrer en ligne de compte que pour des cas de dommages collectifs très spécifiques, principalement internationaux. Celle-ci s'est par ailleurs révélée être un instrument d'exercice collectif des droits innovant et attrayant dans le contexte international, qui serait compatible avec les principes de procédure suisses, puisque le caractère formellement et matériellement approprié de la transaction est obligatoirement contrôlé par le juge. Cela renforcerait en définitive l'image de la Suisse comme une place judiciaire dynamique et attrayante sur le plan international (cf. ch. 4.4).

4 Questions spécifiques

4.1 Financement des procédures: opportunités et risques pour l'exercice collectif des droits

4.1.1 Coût et financement de la procédure en cas de dommages collectifs et de dommages dispersés

Généralités

Le CPC régit le coût de l'ensemble des procédures civiles en Suisse, mais il appartient aux cantons, en conséquence de leur compétence en matière d'organisation des tribunaux (art. 3 CPC), de fixer le tarif des frais conformément à l'art. 96 CPC²²⁵. Etant donné le but de la procédure civile, il faut considérer que ces règles s'appliquent aux procédures individuelles. Les frais sont à la charge des parties. Selon le principe dit du résultat, consacré à l'art. 106 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante, supposée les avoir occasionnés. Il en résulte des problèmes spécifiques dans le cadre des actions menées individuellement pour obtenir réparation de dommages collectifs ou de dommages dispersés (cumul subjectif ou objectif d'actions; cf. ch. 3.1.1) :

Avance de frais en tant qu'obstacle

Conformément à l'art. 98 CPC, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés. Bien qu'il s'agisse d'une disposition potestative et que les tribunaux aient une marge d'interprétation par rapport au but de cette disposition, qui est de préserver les finances du tribunal des risques inhérents à la procédure, il arrive souvent que de telles avances soient prélevées²²⁶. Même si l'intention n'est pas de limiter de fait l'accès aux tribunaux, une obligation de verser une avance peut avoir un tel effet, notamment lorsqu'il s'agit de dommages collectifs. Les dommages subis par chaque lésé sont de telle ampleur que chacun souhaite intenter une action, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il soit capable d'avancer les frais judiciaires ou qu'il y soit prêt. Cela peut être particulièrement problématique lorsqu'un grand nombre de lésés se retrouvent dans la même situation. Le responsable (préssumé), par exemple une grande entreprise dans une affaire où de petits actionnaires ou des consommateurs subissent des dommages dispersés, profite alors de la situation.

Risque disproportionné d'avoir à supporter des frais de procédure élevés

Comme indiqué plus haut, l'art. 106 CPC consacre la règle selon laquelle les frais de procédure sont mis à la charge de la partie succombante. Ces frais se composent des frais judiciaires et d'une indemnité en faveur de la partie adverse. Cette règle classique de la procédure civile, connue dans sa forme générale sous le nom de « *Loser pays (all)* »²²⁷, correspond à l'idée que celui qui a occasionné les frais doit les supporter²²⁸ et permet de prévenir

²²⁵ Les décisions judiciaires prises en vertu de la LP font exception, dans les cas où l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP; RS 281.35) s'applique; cf. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, avant les § 199 ss, N 15 ss; RÜETSCHI, p. 68.

²²⁶ Cf. MÜLLER, p. 59, qui précise que les tribunaux zurichois ont une autre pratique, et CONTRATTO, *Alternative Streitbeilegung*, note de bas de page 15.

²²⁷ Message relatif au code de procédure civile du 28 juin 2006, FF 2006, 6908.

²²⁸ ATF 119 Ia 1, consid. 6.

les procès abusifs²²⁹. Dans une affaire de dommages collectifs, il peut en résulter des frais de procédure relativement élevés pour un lésé. A l'inverse, le ou les défendeurs risquent de devoir s'acquitter de frais de procédure élevés dans une procédure individuelle, mais proportionnellement faibles par rapport aux dommages collectifs maximaux possibles. Comme cela a été indiqué plus haut (cf. ch. 3.1.1), la situation peut même être pire pour les lésés s'il y a cumul subjectif d'actions, en raison de la responsabilité solidaire au sens de l'art. 106, al. 3, CPC, qui fait que cette forme de mise en œuvre collective des droits manque particulièrement d'attrait pour les parties économiquement plus fortes²³⁰.

Insuffisance des possibilités de financement de la procédure

Si un lésé touché par des dommages collectifs ne dispose pas des moyens financiers nécessaires pour intenter une action ou qu'il n'est pas prêt à courir le risque lié aux frais de procédure, le financement (privé) par des tiers contre participation au résultat peut entrer en ligne de compte. Le Tribunal fédéral le considère comme légal²³¹. Cela dit, le financement professionnel joue un rôle moindre dans la pratique suisse, contrairement à ce qui se passe en Allemagne, aux Etats-Unis ou au Royaume Uni, le *marché n'étant pas suffisamment développé*²³². Le montant minimal de la valeur litigieuse appliqué, de l'ordre de CHF 300 000²³³, est si élevé qu'il arrive souvent qu'il ne soit pas atteint dans les actions individuelles liées à des dommages collectifs. L'*assistance judiciaire* au sens des art. 117 ss CPC ne peut être accordée qu'exceptionnellement, car il est rare dans les cas de dommages collectifs ou dispersés que les demandeurs ne disposent pas de ressources suffisantes, comme le commande l'art. 117, let. a, CPC. A elle seule, l'extension de l'assistance judiciaire ne saurait être un moyen adéquat de permettre des actions en cas de dommages collectifs, car elle ne permet pas de réaliser des gains d'efficacité suffisants²³⁴. Développer cette institution juridique ne serait pas approprié non plus pour des raisons de politique financière.

Illégalité des honoraires fondés uniquement sur le résultat

Contrairement au financement de la procédure par des tiers, le droit suisse n'autorise les honoraires de résultat pour les avocats qu'à des conditions très strictes. Conformément à l'art. 12, let. e, de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats²³⁵, les avocats ne peuvent pas faire dépendre leurs honoraires uniquement du résultat de l'affaire (*pactum de quota litis*)²³⁶. De l'avis dominant, cette interdiction est conforme à la tradition juridique européenne²³⁷, mais est contraire aux *contingency fees* américaines, c'est-à-dire des conventions que l'avocat passe avec son client, selon lesquelles il aura droit à une part fixée à l'avance du gain réalisé en cas de victoire au procès. Les parts vont généralement de 25 à 50 %, elles sont normale-

²²⁹ Cf. KUMMER, p. 250.

²³⁰ Cf. DROESE, p. 136; BERNET/HESS, p. 452; GORDON-VRBA, p. 171.

²³¹ ATF 131 I 223, consid. 4. Cf. à ce sujet les discussions intenses menées en Autriche PARZMAYR/SCHOBEL, p. 533 ss; KREJCI, p. 341 ss; OBERHAMMER, Sammelklage, p. 972 ss; KODEK, Massenverfahren p. 66 ss; DOMEJ, p. 451 s.

²³² Cf. DÄHLER; CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, p. 220; DOMEJ, p. 451.

²³³ Cf. DÄHLER; cf. également CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, note de bas de page 17.

²³⁴ Cf. également DOMEJ, p. 453.

²³⁵ Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61).

²³⁶ DÖRIG, Erfolgshonorare, p. 691 ss; SCHILLER, Anwaltsrecht, ch. marg. 1620; Fellmann/Zindel-FELLMANN, art. 12 N 122; CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 205 ss; SCHILLER, Erfolgshonorar, p. 357 ss; BOHNET/MARTENET, ch. marg. 1588 ss; cf. également l'arrêt 2A.98/2006 du Tribunal fédéral du 24 juillet 2006, consid. 2.2 et en particulier consid. 3.1; il faut considérer qu'un avocat fait dépendre ses honoraires uniquement du résultat lorsqu'il ne demande ou ne se voit proposer rien d'autre si ce n'est une « taxe d'inscription », pour un autre avis SCHILLER, Anwaltsrecht, ch. marg. 1621.

²³⁷ CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 205; BOHNET/MARTENET, ch. marg. 1552 ss.

ment de l'ordre de 30 %²³⁸. Le rejet de cette forme de rémunération en Suisse repose sur l'idée que les honoraires de résultat mettent à mal l'indépendance des avocats dans le système judiciaire, que les honoraires exigés peuvent être démesurés et qu'ils sont contraires au principe selon lequel il faut combattre à armes égales. A l'inverse, les *contingency fees* sont considérées aux Etats-Unis comme un moyen de donner accès à la justice, en particulier aux parties dépourvues de ressources²³⁹.

4.1.2 Appréciation et conclusions

Les frais de procédure et leur financement dans le cas des dommages collectifs et dispersés ont une grande importance dans le contexte de l'exercice collectif des droits, et ce à plusieurs égards. En rapport avec les dommages dispersés, mais aussi avec les dommages collectifs, les risques liés aux frais de procédure et l'obligation (potentielle) de verser une avance sont un obstacle à l'action individuelle et par conséquent un argument de poids en faveur de l'exercice collectif des droits²⁴⁰. La question du financement de la procédure est double: Comment les procédures collectives peuvent-elles être financées concrètement en pratique? Quelle réglementation peut-on appliquer aux frais de procédure pour éviter les abus de l'exercice collectif des droits²⁴¹? La question des frais est par conséquent centrale dans le cadre des réflexions sur les (nouveaux) instruments d'exercice collectif des droits²⁴². Il en résulte les trois constats ci-après :

Réduction des coûts en cas de consorité pour des dommages collectifs

L'obligation de verser une avance de frais judiciaires et d'assumer solidairement les frais de procédure peut, si l'on prend la voie du cumul (subjectif) d'actions pour obtenir réparation de dommages collectifs, donner lieu à des incitations négatives non désirées. Il importe donc de calibrer les règles de manière à ce qu'elles s'appliquent sous une forme modifiée lorsque les conditions des dommages collectifs sont réunies. L'une des manières de régler le problème serait d'adapter l'art. 106, al. 3, CPC, dont les règles sur les frais de procédure peuvent s'avérer contre-productives en cas de cumul (subjectif) d'actions pour obtenir réparation de dommages collectifs (cf. ch. 3.1.4). On pourrait faire en sorte que l'alinéa ne s'applique pas à ces cas. Il faut toutefois maintenir la règle de l'art. 106, al. 1, CPC concernant la mise à la charge des frais (principe de résultat) également pour les dommages collectifs. L'obligation d'avancer une partie des frais judiciaires contenue à l'art. 98 CPC pourrait être adaptée en cas de cumul subjectif et objectif d'actions pour être restreinte à des cas exceptionnels dans lesquels certaines conditions sont réunies, comme le prévoyaient d'anciens codes civils cantonaux. La définition des dommages collectifs revêtirait une importance particulière: elle devrait être relativement large, mais suffisamment précise pour fonder des droits justiciables.

Mesures possibles en faveur du financement des procédures

Le droit en vigueur autorise le financement (professionnel) des procédures par des tiers en fonction du résultat du procès en Suisse²⁴³. Cette forme de financement est cependant *relativement peu répandue*. Elle pourrait jouer un rôle important en cas d'actions en réparation de dommages collectifs et dispersés: d'une part, dans le cadre de la défense des intérêts in-

²³⁸ Cf. DÖRIG, Erfolgshonorare, p. 689; BOHNET/MARTENET, ch. marg. 1572 ss et pour plus de détails KILIAN, p. 751 ss.

²³⁹ Cf. BOHNET/MARTENET, ch. marg. 1575 ss.

²⁴⁰ Cf. WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, p. 51 ss; MADAUS, p. 100 et 115.

²⁴¹ MADAUS, p. 102 ss; KOCH/ZEKOLL, p. 122 ss.

²⁴² Cf. JANSSEN, p. 12; MADAUS, p. 105; HENSLER, Globalization, p. 23 ss; VIITANEN, p. 229 s.; KOCH, Verbandsklage, p. 431 (au moins pour l'action des organisations).

²⁴³ ATF 131 I 223, consid. 4.

dividuels en cas d'action individuelle ou en cas de cumul d'actions et, d'autre part, en cas de véritable action collective, notamment en cas d'action des organisations.

Il serait donc souhaitable qu'un *marché efficace du financement des procédures* se développe en Suisse. Mais y a-t-il moyen d'influencer ce développement et, si oui, quelles mesures ciblées permettraient le financement d'actions en réparation de dommages collectifs? On s'aperçoit d'emblée que ces mesures seraient *très limitées* et ne pourraient être envisageables que dans le respect des principes de politique économique et financière existants. Une option serait de miser sur une meilleure information des justiciables quant aux possibilités de financement, par exemple sous la forme d'une obligation d'informer des tribunaux compétents, et éventuellement de procéder à des adaptations minimales du droit relatif aux frais, qui permettraient peut-être une harmonisation plus poussée à l'échelon national. Quoi qu'il en soit, il importerait de continuer de *bannir les honoraires de résultat* pour les avocats, conformément à l'art. 12, let. e, LLCA. Le maintien de ce principe éprouvé du droit suisse se justifie par sa contribution à l'existence d'un corps professionnel, qui ne soit pas vérolé par les intérêts financiers. Le développement d'un marché du financement serait positif en particulier en cas de cumul objectif d'actions fondé sur une cession des prétentions. Il conviendrait éventuellement d'examiner dans ce contexte s'il serait possible à certaines conditions de fournir un soutien plus massif à certaines associations ou institutions d'intérêt public afin qu'elles puissent disposer des ressources nécessaires pour tenter des actions, comme le fait l'Autriche. Si on y venait, il faudrait fixer d'emblée à ce procédé des limites strictes.

Réglementation spéciale relative aux frais pour les procédures collectives

La réglementation des frais de procédure et le financement des procédures sont déterminants; l'établissement d'instruments efficaces d'exercice collectif des droits en dépend en grande partie. Le développement des actions collectives véritables suppose que les associations ou les groupes soient *incités financièrement* à tenter une action de ce type, faute de quoi cet instrument n'aura pas l'effet désiré. La mise en place éventuelle de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits (p. ex. action étendue des associations, procédure modèle ou procédure test) requerrait donc nécessairement un régime spécial en matière de frais, compte tenu de la réglementation en vigueur. Dans le cadre des réflexions sur un tel régime, il s'agirait d'examiner plus particulièrement la prestation d'avances et la licéité des honoraires de résultat. Le principe selon lequel les frais sont à la charge de la partie succombante est fondamental dans le droit suisse de la procédure civile; dans le cas des actions collectives véritables, il permettrait de prévenir certains abus²⁴⁴. Pour cette raison, il importerait de *limiter au minimum* les possibilités d'alléger les frais de procédure.

4.2 Difficultés procédurales dans l'exercice des droits en responsabilité dans le domaine du droit des sociétés anonymes

4.2.1 Action en responsabilité dans le domaine du droit des sociétés anonymes

La responsabilité en droit des sociétés anonymes recouvre la responsabilité de droit civil des organes dirigeants et de l'organe de révision d'une société anonyme à l'égard de la société, de chacun de ses actionnaires et de ses créanciers s'agissant du dommage qu'ils leur causent en manquant à leurs devoirs découlant du droit des sociétés anonymes (art. 754, al. 1,

²⁴⁴ Notamment DOMEJ, p. 450 s.

CO)²⁴⁵. Il convient de distinguer le *dommage indirect* du *dommage direct* et les situations de faillite des autres situations. Le dommage indirect désigne le dommage causé par ricochet à chaque actionnaire en raison d'un dommage à la société; il est fonction de la part de l'actionnaire dans la société²⁴⁶. Seule la société et ses actionnaires peuvent faire valoir un tel dommage; les créanciers ne peuvent pas intenter d'action en tel cas (cf. art. 756 s. CO). L'actionnaire demandeur agit comme représentant de la société dans la procédure²⁴⁷. Le dommage direct désigne un dommage causé au patrimoine personnel de l'actionnaire ou du créancier, sans dommage à la société, par exemple en cas de révocation de droits de souscription, de suppression de dividendes ou d'information erronée au créancier sur la situation financière de la société.

4.2.2 Difficultés procédurales

Le présent rapport – et plus spécifiquement l'examen des possibilités d'exercer des droits collectivement – résulte du constat que les actions visant à faire valoir des prétentions en responsabilité selon le droit des sociétés anonymes échouent de fait souvent en raison de *difficultés procédurales*, et en particulier du montant des frais de procédure²⁴⁸ :

Risques procéduraux et obligation de verser une avance de frais judiciaires et éventuellement de frais d'avocat de l'ordre de plusieurs millions

Conformément à l'art. 96 CPC, les cantons fixent les frais de procédure, principalement en fonction de la valeur litigieuse (cf. ch. 3.1.4 et 4.1.1)²⁴⁹. Conformément à l'art. 91, al. 1, CPC, la valeur du litige est déterminée par les conclusions; s'agissant d'actions en responsabilité, elle atteint très souvent plusieurs millions lorsque les actions visent de grandes entreprises cotées en bourse. Il en résulte que les frais de procédure atteignent facilement eux aussi plusieurs millions. Le principe du résultat au sens de l'art. 106, al. 1, CPC (cf. ch. 2.1 et 4.1.1) fait planer sur le demandeur le risque d'être confronté à des frais de procédure élevés s'il intente une action en responsabilité en vue d'obtenir réparation du dommage subi par la société. Cette réglementation des frais est considérée comme *prohibitive*²⁵⁰. Conformément à l'art. 98 CPC, le demandeur dans une action en responsabilité peut être tenu de verser une avance de frais judiciaires du montant présumé de ceux-ci, c'est-à-dire potentiellement de plusieurs millions. La plupart du temps s'y ajoutent des *avances d'honoraires d'avocat*, du fait que représenter un client dans une telle procédure exige beaucoup de travail, est par conséquent coûteux et tout aussi risqué. Le demandeur doit donc disposer de moyens financiers suffisants dès l'ouverture de la procédure, sinon il ne peut pas intenter l'action.

²⁴⁵ Cf. dans le détail concernant la responsabilité des actionnaires FORSTMOSER, Verantwortlichkeit.

²⁴⁶ Concernant la distinction entre dommage direct et dommage indirect, cf. l'ATF 132 III 564 et BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 14 ss; GRAF, p. 381 ss; SUTER, p. 65 ss.

²⁴⁷ ATF 132 III 343, consid. 4.3; controversé dans la doctrine; BÖCKLI, § 18 N 226 et les références citées; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, p. 485, VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, p. 38 et 64; pour un avis opposé, p. ex. GRAF, p. 387 et les références citées.

²⁴⁸ Avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011, 3263, 3305.

²⁴⁹ Cf. Oberhammer KUKO ZPO-SCHMID, art. 96 N 2; BSK ZPO-RÜEGG, art. 96 N 5 ss; DIKE Komm.-ZPO-URWYLER, art. 96 N 8.

²⁵⁰ Cf. BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 14 pour la situation juridique qui prévalait avant 1992.

Actions en responsabilité des actionnaires en vue d'obtenir réparation du dommage subi par la société: insuffisance des incitations financières

Hors faillite, chaque actionnaire a le droit d'intenter action pour le dommage causé à la société. Il ne peut agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société (art. 756, al. 1, CO). Il ne profite donc de l'action que du fait que l'afflux de liquidités au sein de la société en cas de victoire au procès fait grimper la valeur de sa participation à la société sous forme d'actions. Dans le cas typique des grandes entreprises où l'*actionnariat* est *dispersé*, la perspective de percevoir seulement une infime partie de l'éventuel gain issu du procès s'oppose à un risque élevé lié aux frais de procédure. L'actionnaire ne dispose donc *que d'une incitation financière mineure* à mener une action en responsabilité²⁵¹.

4.2.3 Appréciation et conclusions

Pas de dommages collectifs ou dispersés

Il convient de noter que la prétention des actionnaires à la réparation du dommage indirect subi n'est *ni un cas de dommages dispersés ni un cas de dommages collectifs*. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine dominante, une action d'un actionnaire au sens de l'art. 756 CO exclut toute autre action identique, car la première action fonde la litispendance de la prétention. La multiplication des prétentions et des procédures, caractéristique des dommages dispersés et des dommages collectifs, est par conséquent exclue²⁵².

Cela dit, le dommage indirect est comparable aux dommages collectifs à deux égards. D'une part, en cas d'actionnariat dispersé, le dommage indirect touche un grand nombre d'actionnaires de manière identique. D'autre part, le dommage subi par la société concernée et le dommage indirect subi en proportion par les actionnaires peut être considérable, à tel point qu'on ne peut plus parler d'un dommage négligeable. Il convient donc de se demander s'il serait possible de contrer les difficultés rencontrées par les actionnaires désireux de mener des actions en responsabilité en utilisant des instruments d'exercice collectif des droits, et en particulier de vérifier s'il serait possible de réduire de cette manière le risque qu'ils soient confrontés à des frais de procédure élevés, ce qui les inciterait davantage à agir²⁵³.

Réduction du risque lié aux frais de procédure par la création d'un art. 107, al. 1^{bis}, CPC

La situation qui prévaut depuis l'entrée en vigueur du CPC en ce qui concerne les frais de procédure dans les actions en responsabilité des sociétés²⁵⁴ a d'ores et déjà été qualifiée d'*insuffisante*. Le Parlement a adopté le 16 mars 2012 un nouvel art. 107, al. 1^{bis}, CPC en

²⁵¹ Cf. FORSTMOSER, Stellungnahme, p. 12; TRIGO TRINDADE, p. 173; BÖCKLI, § 18 N 231; SUTER, p. 155.

²⁵² Cf. BÖCKLI, § 18 N 327a, GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, p. 485; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, p. 66; pour un autre avis GRAF, p. 387; TRIGO TRINDADE, p. 172 s. Selon l'opinion de cette minorité, le problème de la coordination de plusieurs procédures peut se poser, mais on ne se trouve pas dans une situation comparable à celle qui prévaudrait en cas de dommages collectifs ou dispersés. Cela n'exclut bien évidemment pas que plusieurs actionnaires constituent une consorité simple au sens de l'art. 71 CPC et agissent conjointement contre les responsables.

²⁵³ Cf. l'avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011, 3305.

²⁵⁴ Cf. l'art. 756, al. 2, aCO, selon lequel si, compte tenu de l'état de fait et de droit, l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir, le juge répartit les frais selon sa libre appréciation entre le demandeur et la société, dans la mesure où il ne les met pas à la charge du défendeur. Cette disposition a été abrogée à l'entrée en vigueur du CPC.

tant que partie intégrante du contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Le projet d'alinéa prévoyait qu'en cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société, le tribunal puisse répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation²⁵⁵. En cas d'application de cette règle, le risque pour le demandeur d'être confronté à des frais de procédure élevés se trouverait réduit en particulier s'agissant d'une action en responsabilité des sociétés, puisqu'en cas de rejet, le tribunal pourrait s'écarter du principe de l'art. 106, al. 1, CPC et éviter à la partie succombante d'avoir à prendre en charge la totalité des frais. Le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances déterminantes du cas d'espèce dans sa décision²⁵⁶. Le demandeur ne pourrait bénéficier de cette règle que s'il a de *justes motifs* d'intenter une action au vu des faits et de la situation juridique qui prévalaient avant la procédure²⁵⁷. La possibilité de ne pas mettre les frais de procédure à la charge du demandeur même en cas de rejet de l'action en responsabilité devrait également faire baisser les frais judiciaires présumés et, partant, l'avance à verser. Il en résulterait un risque bien moindre en ce qui concerne les frais de procédure dans les actions en responsabilité.

Suite à l'acceptation de l'initiative « contre les rémunérations abusives » lors de la votation populaire du 3 mars 2013, qui rend le contre-projet indirect et ses propositions législatives caducs, il faudrait, pour que cette règle puisse s'appliquer, qu'elle s'inscrive dans un acte d'exécution.

Etudier les possibilités de désintéresser en priorité les actionnaires qui ont intenté une action contre la société

Au delà du risque inhérent aux frais de procédure se pose la question des autres moyens d'inciter (financièrement) les actionnaires à faire usage de leur droit d'intenter une action. On pense en particulier à la création d'une disposition permettant de désintéresser en priorité les actionnaires qui ont intenté une action contre la société²⁵⁸. Il conviendrait d'examiner les possibilités existant pour ce faire, et ce en dehors des instruments d'exercice collectif des droits présentés ici. Il importe de vérifier s'il ne faudrait pas procéder comme à l'art. 260 LP. A la demande d'un actionnaire, l'assemblée générale devrait céder les prétentions en responsabilité à l'ensemble des actionnaires, sauf si le conseil d'administration intente lui-même une action ou que l'assemblée générale décide que la société doit intenter une action en responsabilité, ce qu'elle pourrait faire en tout temps sans complications. Dans le projet de révision du code des obligations adopté par le Parlement le 16 mars 2012 en tant que contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives », cette possibilité devait figurer explicitement au nouvel art. 756, al. 2, CO. En cas de cession des prétentions aux actionnaires, ceux-ci auraient droit, s'ils intentaient une action, au remboursement de la totalité de leurs coûts et dépens (c'est-à-dire pas uniquement des frais de procédure couverts par une éventuelle indemnisation) et le *droit d'être désintéressés en priorité* du dommage direct subi. Il conviendrait d'examiner la compatibilité d'un tel modèle avec le principe

²⁵⁵ Code des obligations (Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme). Modification du 16 mars 2012, FF 2012, 3601; FF 2010, 7521. Cf. le message du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2009, 292 s.

²⁵⁶ FF 2009, 293.

²⁵⁷ Cf. BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 16.

²⁵⁸ Il en a déjà été question dans l'avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011, 3305; cf. également TRIGO TRINDADE, p. 173; SUTER, p. 155.

d'égalité de traitement inscrit dans le droit des sociétés. Il importerait également de vérifier si cette solution inciterait effectivement les actionnaires à intenter des actions en responsabilité car ces actions risqueraient de ne porter que sur une faible part du dommage subi par la société. Même si elles pourraient faire jurisprudence, leur efficacité serait moindre pour l'ensemble des actionnaires et la société du fait que les décisions prises ne résoudraient en rien le problème souvent fondamental de l'évaluation du dommage et des dommages-intérêts.

4.3 Assurer le bon fonctionnement du système judiciaire en cas de dommages collectifs

4.3.1 Dommages collectifs en tant que risque pour le bon fonctionnement de la justice

Il existe de nombreux cas dans lesquels les justiciables peuvent s'adresser aux tribunaux du fait de dommages collectifs, notamment lors d'accidents majeurs ou de dommages liés aux produits d'un certain fabricant. Les dispositions relatives à la compétence des tribunaux favorisent la concentration de ces procédures multiples *en un seul tribunal*. En effet, les art. 10, al. 1, let. a et b, et 36 CPC disposent que le for est le domicile du défendeur ou son siège. Les conditions générales peuvent également renvoyer à un for commun, compétent pour l'ensemble des cas, élu en vertu de l'art. 17 CPC. On peut également imaginer qu'un grand nombre de procédures *occupent simultanément* plusieurs tribunaux, notamment lorsque toutes les affaires sont soumises aux mêmes délais de prescription.

N'importe quel système judiciaire se trouverait en difficulté face à une telle avalanche de cas, le risque étant que les tribunaux ne puissent pas satisfaire matériellement toutes les prétentions ou ne parviennent pas à le faire dans les délais impartis. Par ailleurs, la protection des autres justiciables est remise en question si l'ensemble de l'appareil judiciaire est surchargé²⁵⁹. Il faut donc des instruments efficaces d'exercice collectif des droits, propres à générer une économie de procédure (cf. ch. 2.2.1), pour assurer le bon fonctionnement du système judiciaire même en cas de dommages collectifs.

4.3.2 Appréciation et conclusions

Au vu des instruments existant en Suisse, il est à craindre que le bon fonctionnement du système judiciaire *atteigne ses limites* en cas de dommages collectifs. Des cas importants de dommages collectifs ont conduit plusieurs Etats européens [dont l'Espagne, les Pays-Bas (cf. 3.4.4) et l'Allemagne (ch. 3.3.2)] à adopter de nouveaux instruments au tournant du millénaire. Toutes les propositions faites jusqu'ici pour instaurer des instruments généraux d'exercice collectif des droits en Suisse visaient (au moins en partie) à assurer préventivement le bon fonctionnement du système judiciaire²⁶⁰. Par conséquent, si l'on examinait l'opportunité d'instituer de nouveaux instruments et en particulier des instruments collectifs, il faudrait le faire aussi dans l'intention d'assurer le bon fonctionnement du système judiciaire, pour éviter que des actions portant sur des dommages collectifs viennent surcharger les tribunaux suisses.

²⁵⁹ Cf. WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 54 s.; DOMEJ, p. 421 s.

²⁶⁰ Cf. p. ex. JEANDIN, *Parties au procès*, p. 160; ROMY, *Litiges de masse*, p. 237; STARK/KNECHT, p. 52.

4.4 Contexte international

4.4.1 Parties suisses à des procédures collectives étrangères: la place judiciaire suisse pâtit-elle des insuffisances des instruments d'exercice collectif des droits?

Nous avons déjà évoqué la diffusion des instruments d'exercice collectif des droits à l'étranger, en particulier les actions et les transactions de groupe (cf. ch. 3.4.3 s.). Il ne faut pas occulter la dimension internationale de la question, les cas de dommages collectifs étant la plupart du temps transfrontaliers. Il n'est pas rare qu'il y ait des parties suisses à des procédures collectives étrangères. Il est arrivé à plusieurs reprises que des entreprises suisses aient qualité de défendeurs dans des *class actions* américaines²⁶¹. Des procédures collectives européennes plus récentes ont impliqué des parties suisses²⁶².

La question de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en Suisse (cf. ch. 4.4.2) peut se poser en cas d'implication d'une partie suisse dans la procédure ou lorsque des valeurs patrimoniales se trouvant en Suisse sont concernées par une procédure collective étrangère. Une procédure collective peut par ailleurs causer des difficultés et des problèmes spécifiques à une partie suisse qui échappent à l'influence du législateur. Dans un contexte plus large, on peut se demander si de telles procédures collectives internationales, notamment celles à l'encontre de défendeurs suisses, ne pourraient voire ne devraient pas se dérouler en Suisse. La question posée ici est celle de *l'attractivité de la Suisse* en tant que place judiciaire dans un contexte de concurrence internationale. En la matière, il y a des parallèles avec le droit de l'arbitrage²⁶³.

De ce point de vue, il est problématique qu'il n'existe pas en Suisse d'instruments identiques ou similaires aux instruments étrangers pour tenter des actions en faveur ou à l'encontre de parties suisses. Au-delà de la question d'une protection juridique efficace des parties suisses dans un contexte international, il en va aussi du maintien et de la promotion de la place judiciaire suisse. Il conviendrait d'examiner sous quelle forme on pourrait concilier ces intérêts.

4.4.2 Difficultés de reconnaissance et d'exécution en Suisse de décisions étrangères faisant suite à des procédures collectives

Puisque des parties suisses ou des valeurs patrimoniales se trouvant en Suisse sont parfois impliquées dans des procédures collectives étrangères, la reconnaissance et l'exécution en Suisse des décisions prises dans ce cadre méritent d'être étudiées. Le fait que le droit suisse ne comporte pas de véritables instruments d'exercice collectif des droits entraîne des difficultés de plusieurs ordres. Il y a des complications en rapport avec des décisions et des transactions résultant des *class actions* américaines, même si les décisions en question peuvent en principe être reconnues et exécutées s'il y a eu une plainte suffisamment fondée en droit et que les actes de procédure et les documents déterminants ont été portés à la connaissance du tribunal suisse²⁶⁴. Il n'est de loin pas certain par contre, en particulier au vu de la Convention de Lugano²⁶⁵, que ce soit le cas pour les décisions et les transactions ré-

²⁶¹ Cf. PERUCCHI, *Class actions*, p. 489 ss

²⁶² Cf. la transaction de groupe dans l'affaire « Converium » (ch. 3.4.4).

²⁶³ Concernant le maintien de l'attrait de la Suisse comme place judiciaire au niveau international, cf. la motion de la CAJ-N 12.3012. Loi fédérale sur le droit international privé. Maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international

²⁶⁴ Cf. KÖLZ, p. 66 et PERUCCHI, *Anerkennung und Vollstreckung*, p. 42 ss, 191 s.

²⁶⁵ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et

sultant de procédures collectives menées dans d'autres Etats d'Europe²⁶⁶. Il y a en la matière des incertitudes, notamment eu égard au caractère exécutoire de la décision ou de la transaction étrangère, liées principalement au fait que des instruments comparables font défaut en Suisse. Il est nécessaire d'améliorer la situation des parties suisses à des procédures étrangères et de trouver une solution efficace leur permettant de faire valoir des prétentions collectives dans un contexte international²⁶⁷.

4.4.3 Exercice collectif des droits dans la législation de l'UE

Des travaux intenses sont en cours depuis plusieurs années pour instituer des instruments collectifs dans le *droit de l'Union européenne*²⁶⁸. Dans un premier temps, la Commission européenne a fait des propositions dans le cadre d'un livre vert et d'un livre blanc afin d'inscrire ces instruments dans le droit de la concurrence de l'UE²⁶⁹. Dans un deuxième temps, des propositions ont été faites suite à une étude détaillée pour inscrire ces instruments dans le droit des consommateurs de l'UE²⁷⁰. Ces deux volets de propositions visent une amélioration *sectorielle* du droit de l'UE passant par le renforcement des mécanismes de droit privé.

En 2011, la Commission de l'UE, abandonnant son approche sectorielle²⁷¹, a présenté une proposition permettant l'inscription d'instruments *suprasectoriels* (ou horizontaux) cohérents dans le droit de l'UE. Elle a soumis cette proposition à une consultation publique²⁷². Début 2012, le Parlement de l'Union a adopté une résolution soutenant cette approche horizontale en y apportant plusieurs réserves relatives à la conception de ces instruments, dans le but d'éviter les abus²⁷³. A l'origine, la Commission de l'UE prévoyait que les projets législatifs seraient ficelés pour la fin 2012.

4.4.4 Appréciation et conclusions

Il existe souvent un *lien avec l'étranger* pour les dommages collectifs et de plus en plus souvent aussi pour les dommages dispersés. Il peut résulter de la compétence juridictionnelle, de l'exécution de la procédure collective ou de la reconnaissance et de l'exécution des décisions et des transactions. Pour améliorer l'exercice collectif des droits en Suisse et créer de

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12).

²⁶⁶ Cf. Dasser/Oberhammer-DASSER, art. 1 N 51 et art. 2 N 22 s. concernant la procédure néerlandaise de transaction de groupe (cf. ch. 3.4.4) et STADLER, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz, p. 124 ss.

²⁶⁷ Cf. KÖLZ, p. 43 ss.

²⁶⁸ Cf. PARLEMENT EUROPÉEN, Présentation générale, p. 1 ss.

²⁶⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les recours collectifs; COMMISSION EUROPÉENNE, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts.

²⁷⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les recours collectifs; cf. également l'étude mandatée par la Commission européenne en 2008 « Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union » (Final Report) (consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf [31.5.2013]; disponible uniquement en anglais).

²⁷¹ Cf. la note d'information du 5 octobre 2010 de Mme Reding, M. Almunia et M. Dalli - Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectif: prochaines étapes, SEC(2010) 1192/1.

²⁷² COMMISSION EUROPÉENNE, document de travail des services de la Commission, consultation publique: Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final; concernant l'évaluation de la consultation publique (y compris les auditions publiques), cf. HESS, Evaluation.

²⁷³ PARLEMENT EUROPÉEN, Décision du 2 février 2012 sur le thème : « Vers une approche européenne cohérente du recours collectif » (2011/2089[INI]).

nouveaux instruments, il faudrait par conséquent *accorder une importance plus grande au contexte international*. Sous l'angle législatif, cela signifie que les nouvelles règles devraient s'inscrire autant que possible dans le système juridique international pour pouvoir assurer la protection des personnes physiques et morales suisses. Un autre objectif devrait être de permettre à la Suisse de maintenir voire d'améliorer sa position en tant que place judiciaire. Il importe de tenir compte également des développements au sein de l'Union européenne pour créer selon les possibilités une cohérence avec l'espace européen de justice dans le cadre de la Convention de Lugano.

5 Conclusions

5.1 Des instruments insuffisants pour faire valoir concrètement des dommages collectifs ou dispersés

Les instruments du droit de la procédure civile permettant de faire valoir des dommages collectifs et d'obtenir réparation se sont révélés *insatisfaisants*, du fait qu'ils reposent majoritairement sur le système de la réparation à titre individuel par le biais d'une procédure individuelle et que les instruments collectifs véritables font défaut. Ils sont donc inaptes à induire la réparation collective des dommages. Le système actuel de protection des justiciables en vue de la réparation de dommages collectifs ou dispersés est *lacunaire*, comme le montrent l'exemple des dommages subis par les actionnaires dans le domaine du droit des marchés financiers et des marchés des capitaux et d'autres exemples dans les domaines du droit des cartels et de la concurrence ou, de manière générale, du droit des consommateurs et de l'égalité (cf. ch. 2.3, 2.4 et 3).

Les actions individuelles impliquent un *risque si élevé quant aux frais de procédure* qu'il est de fait impossible de *faire valoir des dommages collectifs* et que la protection juridique et l'accès au juge sont remis en question (cf. ch. 4.1). Par ailleurs, les instruments permettant d'obtenir réparation de dommages collectifs à travers des procédures individuelles coordonnées (cumul subjectif et objectif d'actions) se sont avérés *insuffisants* (cf. ch. 3.1.4). La voie pratiquée par exemple en Autriche, par laquelle un grand nombre de demandeurs cèdent leurs prétentions à un cessionnaire qui les fait valoir collectivement, n'est pas utilisée en Suisse en l'absence d'associations pouvant jouer le rôle de cessionnaires et de possibilités de financement des procédures (cf. ch. 3.1.3 et 3.1.4). En particulier, *l'action des organisations* ne peut pas être utilisée de manière générale et ne sert pas à la réparation des dommages individuels (cf. ch. 3.2). Contrairement à ce qui est le cas en Allemagne, les procédures modèles ou test sur la base de conventions purement privées ne peuvent pas déployer d'effet collectif (cf. ch. 3.3). Bien que l'idée d'action de groupe figure dans le droit suisse, comme le prouvent des règles isolées (cf. ch. 3.4.2), celui-ci ne prévoit pas d'instrument généralement accessible. Il en résulte des problèmes spécifiques dans le *contexte international* (cf. ch. 4.4). Enfin, le fait que des lésés saisissent la justice en masse en cas de dommages collectifs peut nuire au *bon fonctionnement du système judiciaire* (cf. ch. 4.3).

Les instruments existants d'exercice collectif des droits, fondés sur des procédures individuelles, ne sont *guère voire pas du tout adaptés pour faire valoir des dommages dispersés* en vertu du droit privé (cf. ch. 2.3, 2.4 et 3). Il n'existe pas d'*action des organisations* permettant de faire valoir directement des dommages dispersés (cf. ch. 3.2). La valeur litigieuse en cas de dommages individuels est trop faible pour lancer une action des organisations (cf. ch. 3.2.4). L'« *apathie rationnelle* » qui caractérise les victimes de dommages dispersés fait que tous les instruments permettant l'exercice collectif ou collectivisé des droits fondés sur l'idée de l'action individuelle sont inadaptés. Les lésés ne parviennent pas non plus à faire valoir leurs droits dans le cadre d'une procédure individuelle du fait des désavantages qu'elle implique sur les plans économique et financier. Il est donc de facto quasiment impossible sous l'empire du droit en vigueur de faire valoir des prétentions par la voie d'une procédure civile en cas de dommages dispersés.

5.2 Mesures possibles pour améliorer la mise en œuvre des droits en cas de dommages collectifs ou dispersés

Les explications données précédemment ont montré qu'il était possible d'adopter *diverses mesures* pour remédier dans le futur aux lacunes constatées dans le système juridique suisse. Il conviendra de définir quels instruments de mise en œuvre collective des droits pourraient garantir à un nombre important de lésés la possibilité de faire valoir leurs prétentions plus efficacement et à un coût moins élevé. S'agissant des dommages dispersés, il faudrait vérifier en particulier si les instruments de droit public répondant principalement à un objectif de réglementation offrent dans leur forme actuelle une protection suffisante ou s'il faudrait les adapter, les compléter ou les revoir entièrement. Dans ce contexte se poserait notamment la question du *lien entre action privée et action publique* en cas de dommages dispersés.

Des mesures sont envisageables dans *trois domaines* en ce qui concerne les instruments existants:

- On pourrait premièrement *améliorer la réglementation en vigueur sur les frais de procédure* en tenant compte des caractéristiques spécifiques des actions en cas de dommages collectifs (cf. ch. 3.1.4 et 4.1.2). Il s'agirait concrètement d'adapter les art. 98 et 106 CPC et éventuellement d'autres dispositions connexes. On pourrait ainsi optimiser les moyens d'action en cas de dommages collectifs dans le cadre des instruments existants, principalement individuels. On pourrait également envisager des mesures permettant, dans le cadre juridique actuel, d'améliorer le *financement des procédures* qui, comme on l'a vu, n'est *pas suffisamment efficace*. Pour les particuliers, il s'agirait d'améliorer l'information et, tout au plus en deuxième lieu, de procéder à des adaptations minimales du droit relatif aux frais. Pour certaines associations et organisations, il s'agirait d'adopter des mesures plus poussées de soutien, pour qu'elles puissent faire valoir des prétentions en cas de dommages collectifs.
- On pourrait deuxièmement *étendre le champ d'application de l'action des organisations (art. 89 CPC)* sur deux points centraux pour permettre aux justiciables de faire valoir efficacement leurs prétentions en cas de dommages collectifs ou dispersés (cf. ch. 3.2.4). D'une part, on pourrait étendre le *champ d'application matériel* à tous les autres domaines juridiques que les atteintes à la personnalité, et en particulier au domaine économique. D'autre part, on peut se demander si le *champ d'application fonctionnel* de l'action des organisations ne devrait pas être étendu aux prétentions en confiscation des profits ou en remise du gain, voire de manière générale aux *prétentions en réparation*. Ces deux mesures permettraient de faire valoir des prétentions issues de dommages dispersés par la voie de l'action des organisations. Il faudrait cependant traiter aussi la question connexe des frais judiciaires et du financement des actions des organisations pour que celles-ci puissent fonctionner efficacement.
- En plus d'intégrer dans la législation d'exécution de l'initiative « contre les rémunérations abusives » la disposition adoptée par le Parlement dans le cadre du contre-projet indirect, selon laquelle *en cas de rejet d'une action du droit des sociétés* en paiement à la société, le tribunal peut *répartir les frais judiciaires* entre la société et le demandeur *selon son appréciation* (nouvel art. 107, al. 1^{bis}, CPC), on pourrait examiner troisièmement s'il serait utile d'instaurer un droit de désintéresser en priorité les actionnaires qui ont intenté une action du dommage indirect qu'ils ont subi. On pour

rait éventuellement le faire dans le cadre de la révision en cours du droit des sociétés.

Par ailleurs, on pourrait envisager et examiner *l'instauration d'instruments généraux véritables de mise en œuvre collective des droits*. Deux modèles principaux entreraient en ligne de compte:

- Au vu des expériences positives faites à l'étranger et de leur conformité au principe de l'action individuelle, on pourrait envisager la *création de bases légales pour les actions modèles ou test comme possibilité de faire valoir des prétentions issues de dommages collectifs* en Suisse (cf. ch. 3.3.3). Pour que la collectivisation des actions soit efficace, il faudrait qu'elle repose sur des bases légales, seul moyen de donner un effet contraignant au résultat de la procédure.
- On pourrait de surcroît examiner *deux formes d'actions de groupe* pour améliorer l'efficacité des actions menées suite à des dommages collectifs ou dispersés. L'une d'entre elles est *l'action de groupe fondée sur un pur concept d'opt-in*, c'est-à-dire une déclaration expresse d'adhésion de tous les membres du groupe, l'autre est une procédure de transaction spécifique pour les groupes, visant à traiter collectivement des transactions portant sur des dommages collectifs ou dispersés. Le rapport le montre, le droit suisse compte déjà des formes d'actions de groupe; celles-ci sont donc compatibles avec la législation suisse. L'institution d'une action de groupe avec option d'adhésion doterait le droit suisse d'un véritable instrument d'exercice collectif des droits permettant de faire valoir les prétentions issues de dommages collectifs. Vu le rôle que joueraient les tribunaux pour assurer une telle procédure de masse de manière efficace et compétente et éviter les abus, il faudrait concentrer les actions de groupe sur un seul tribunal cantonal. Comme deuxième forme d'action de groupe, on pourrait examiner la *création d'une procédure de transaction spécifique pour les groupes* selon le modèle néerlandais (cf. ch. 3.4.3 et 3.4.5). A la fois contraignant et requérant l'unanimité, un tel système permettrait de régler collectivement des dommages collectifs, éventuellement aussi des dommages dispersés. Il serait compatible avec les principes de la procédure suisse puisque le juge procéderait obligatoirement à un examen de la transaction pour vérifier si elle est adéquate sur les plans formel et matériel. La validité d'une telle décision sur le plan international aurait également pour effet de renforcer la place judiciaire suisse.

Ces deux modèles devraient reposer sur un *régime de frais spécifique* pour permettre le financement des actions de groupe. Il faudrait maintenir le remboursement des frais en fonction du principe du résultat. Par contre, il ne serait ni nécessaire ni judicieux de reprendre dans le droit suisse les actions de groupe avec option de retrait typiques du droit américain (*class actions*).

Bibliographie

ALLEMEERSCH, BENOÎT, Transnational class Settlements, Lessons from Converium, in: Wrbka, Stefan/van Uytsel, Steven/Siems, Mathias (éd.), *Collective Actions*, Cambridge 2012 (cit. ALLEMEERSCH).

AMSTUTZ, MARC/MABILLARD, RAMON, Fusionsgesetz (FusG), Bâle 2008 (cit. AMSTUTZ/MABILLARD).

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, Portugal, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 161 ss (cit. ANTUNES).

AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers à la clientèle privée – état des lieux, lacunes et options possibles (« Rapport FINMA Distribution de produits financiers 2010 »), octobre 2010 (cit. Rapport FINMA Distribution de produits financiers).

BAETGE, DIETMAR/EICHHOLTZ, STEPHANIE, Die Class Action in den USA, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (éd.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess. Verbandsklage und Gruppenklage*, Tübingen 1999, p. 287 ss (cit. BAETGE/EICHHOLTZ).

BAUER, PETER/JOHAM, PETER/KOLLMANN, OSKAR, Einführung, in: Rechberger, Walter H./Oberhammer, Paul (éd.), *Das neue Zivilverfahrensgesetz Bulgariens*, Vienne 2008, p. 210 ss (cit. BAUER/JOHAM/KOLLMANN).

BAUMGARTNER, SAMUEL P., Class Actions and Group Litigation in Switzerland, in: *27 Northwestern Journal of International Law & Business* 2007, p. 301 ss (cit. BAUMGARTNER, Class Action).

BAUMGARTNER, SAMUEL P., Class Actions in der Schweiz?, Ansätze für eine nutzbringende Verwendung vergleichender Betrachtung des US-Amerikanischen Prozessrechts, in: Schindler, Benjamin/Schlauri, Regula (éd.), *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zurich 2011, p. 111 ss (cit. BAUMGARTNER, Class Actions für die Schweiz).

BAUMGARTNER, SAMUEL P., Switzerland, AAPSS (*Annals of the American Academy of Political and Social Science*) 2009, p. 179 ss (cit. BAUMGARTNER, Switzerland).

BAUR, FRITZ, Der «Musterprozess», in: Habscheid, Walter J./Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim/Linder, Willy/Meier-Hayoz, Arthur, *Freiheit und Zwang*, FS Hans Giger, Berne 1989, p. 15 ss (cit. BAUR).

BERNET, MARTIN/GROZ, PHILIPP, Sammelklage in Europa?, *SZZP* 2008, p. 75 ss (cit. BERNET/GROZ).

BERNET, MARTIN/HESS, MICHAEL, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, *Anwaltsrevue* 2012, p. 451 ss (cit. BERNET/HESS).

BERNHARD, JOCHEN, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen. Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, Tübingen 2010 (cit. BERNHARD).

BERNI, MARKUS, Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr. Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts, Berne 1992 (cit. BERNI).

BEUHLER, HOLGER, Länderbericht Frankreich, in: Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Münster/Hiltrup 2005, p. 57 ss (cit. BEUHLER).

BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009 (zit. BÖCKLI).

BOHNET, FRANÇOIS, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, in: Carron, Blaise/Müller, Christoph (éd.), Droit de la consommation et de la distribution: Les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, p. 159 ss (cit. BOHNET).

BOHNET, FRANÇOIS/HALDY, JACQUES/JEANDIN, NICOLAS/SCHWEIZER, PHILIPPE/TAPPY, DENIS, CPC commenté, Bâle 2011 (cit. CPC-AUTEUR).

BOHNET, FRANÇOIS/MARTENET, VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009 (cit. BOHNET/MARTENET).

BRUNNER, ALEXANDER, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage, in: Weber, Stephan (éd.), Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts? Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010, Zurich 2011, p. 141 ss (cit. BRUNNER, Mangels Verband keine Klage).

BRUNNER, ALEXANDER, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: Walder-Richli, Hans Ulrich (éd.), Rechtsschutz im Privatrecht, Symposium für Richard Frank, Zurich 2009, p. 37 ss (cit. BRUNNER, Zur Verbands- und Sammelklage).

BRUNNER, ALEXANDER/GASSER, DOMINIK/SCHWANDER, IVO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich 2011 (cit. DIKE-Komm. ZPO-AUTEUR).

BRUNS, ALEXANDER, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, p. 399 ss (cit. BRUNS).

BÜHLER, ALFRED, Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz, NZZ n° 130 du 9.6.2010, p. 21 (cit. BÜHLER).

CAFAGGI, FABRIZIO/ MICKLITZ, HANS-W., Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community, in: EUI Working Papers / European University Institute Department of Law n° 2007/22, 2007 (cit. CAFAGGI/MICKLITZ).

COMMISSION EUROPÉENNE, Document de travail des services de la Commission, consultation publique: Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final (cit. COMMISSION EUROPÉENNE, recours collectif).

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de positions dominante du 2 avril 2008, COM(2008) 165 final (cit. COMMISSIONS EUROPÉENNE, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts).

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert, du 19 décembre 2005, intitulé « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », COM(2005) 672 final (cit. COMMISSION EUROPÉENNE, livre vert actions en dommages et intérêts).

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs du 27 novembre 2008, COM(2008) 794 final (cit. COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les recours collectifs).

CONTRATTO, FRANCA, Access to Justice for Investors in the Wake of the Financial Crisis: Test Cases as a Panacea?, SZW 2009, p. 176 ss (cit. CONTRATTO, Access to Justice).

CONTRATTO, FRANCA, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, PJA 2012, p. 217 ss (cit. CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung).

DÄHLER, PETER, Juristische, ökonomische und soziale Aspekte der Prozessfinanzierung, script de la présentation tenue le 27 janvier 2012 dans le cadre de la « Vortragsreihe am Mittag » de l'Institut européen de l'université de Zurich (cit. DÄHLER).

DASSER, FELIX/OBERHAMMER, PAUL (éd.), SHK Lugano-Übereinkommen, 2^e éd., Berne 2011 (cit. Dasser/Oberhammer-AUTEUR).

DASSER, FELIX/STOLZKE, SEBASTIAN, Switzerland, in: Karlsgodt, Paul G. (éd.), World Class Actions, Oxford 2012, p. 264 ss (cit. DASSER/STOLZKE).

DICKENMANN, PHILIPP, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz, Revue de l'avocat 2009, p. 467 ss (cit. DICKENMANN).

DITTRICH, CHRISTIAN, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – ein mögliches Vorbild für eine europäische Lösung kollektiver Rechtsverfolgung?, BRAK-Mitteilungen Sonderdruck 2010, p. 10 ss (cit. DITTRICH).

DOMAJ, TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, p. 421 ss (cit. DOMAJ).

DÖRIG, ADRIAN, Anwaltliche Erfolgshonorare in den USA und der Schweiz, PJA 1998, p. 687 ss (cit. DÖRIG, Erfolgshonorare).

DÖRIG, ADRIAN, Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz, thèse St-Gall 1998 (cit. DÖRIG, Anerkennung).

DROESE, LORENZ, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (éd.), Haftpflichtprozess 2010, Zurich 2010, p. 115 ss (cit. DROESE).

EBBING, FRANK, Class Action. Die Gruppenklage: Ein Vorbild für das deutsche Recht?, ZVglRWiss 2004, p. 31 ss (cit. EBBING).

EICHHOLTZ, STEPHANIE, Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, thèse Hambourg 2001 (cit. EICHHOLTZ).

FAVALLI, DANIELE/MATTHEWS, JOSEPH M., Recognition and Enforcement of U.S. class action judgments and settlements in Switzerland, SZIER 2007, p. 611 ss (cit. FAVALLI/MATTHEWS).

FELLMANN, WALTER/ZINDEL, GAUDENZ G. (éd.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2^e édition, Zurich 2011 (cit. FELLMANN/ZINDEL-AUTEUR).

FISCHER, DANIEL, Sammelklagen: Auch in der Schweiz sinnvoll?, Plaidoyer 6/2008, p. 48 ss (cit. FISCHER).

FORNAGE, ANNE-CHRISTINE, La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, thèse Berne 2011 (cit. FORNAGE).

FORSTMOSER, PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e édition, Zurich 1987 (cit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).

FORSTMOSER, PETER, Stellungnahme zum Transparenzbericht der UBS AG vom Oktober 2010 und zum Entscheid des Verwaltungsrates der UBS AG, auf Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen zu verzichten vom 1. Oktober 2010 (cit. FORSTMOSER, Stellungnahme).

FREIVOGEL, ELISABETH, in: Kaufmann, Claudia/Steiger-Sackmann, Sabine (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e édition, Bâle 2009 (cit. FREIVOGEL).

GASSER, DOMINIK/RICKLI, BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zurich 2010 (cit. GASSER/RICKLI).

GAUTHIER, JEAN, L'action collective des investisseurs selon l'article 29 de la loi fédérale sur les fonds de placement, in: Jacques Haldy (éd.), Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 47 ss (cit. GAUTHIER).

GORDON-VRBA, LUCY, Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, thèse Zurich 2007 (cit. GORDON-VRBA).

GOTTWALD, PETER, Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozess?, ZZPInt 1978, p. 1 ss (cit. GOTTWALD, Class Actions).

GOTTWALD, PETER, On the extension of collective legal protection in Germany, in: Civil Justice Quarterly 2007, p. 484 ss (cit. GOTTWALD, Extension).

GÖTZ STAEHELIN, CLAUDIA/STEBLER, SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, p. 479 ss (cit. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER).

GRAF, DAMIAN K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, p. 380 ss (cit. GRAF).

GREER, MARCY HOGAN (éd.), *A practitioner's Guide to Class Actions*, Chicago 2010 (cit. GREER).

GULDENER, MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e édition, Zurich 1979 (cit. GULDENER).

GÜNGERICH, ANDREAS ET AL., *Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2 volumes, Berne 2012 (cit. BK ZPO-AUTEUR).

GUTIÉRREZ CABIEDES, PABLO, Spain, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 170 ss (cit. GUTIÉRREZ).

HAEFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e édition, Zurich 2010 (cit. HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN).

HAGER, GÜNTER/LEONHARD, MARC, *Massnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden*, ZRP 1998, p. 302 ss (cit. HAGER/LEONHARD).

HALFMEIER, AXEL/FEES, EBERHARD/ROTT, PETER, *Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht. Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*, Francfort 2010 (cit. HALFMEIER/FEES/ROTT).

HAUSER, ROBERT/SCHWERI, ERHARD/LIEBER, VIKTOR, *Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG)*, Zurich 2012 (cit. HAUSER/SCHWERI/LIEBER).

HEINEMANN, ANDREAS, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Strukturbericht-erstattung n° 44/4, Evaluation Kartellgesetz*, Berne 2009 (cit. HEINEMANN).

HENSLER, DEBORAH R. (éd.), *Class action dilemmas. Pursuing public goals for private gain*, Santa Monica 2000 (cit. HENSLER, *Class action dilemmas*).

HENSLER, DEBORAH R., *The Globalization of Class Actions: An Overview*, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 7 ss (cit. HENSLER, *Globalization*).

HESS, BURKHARD ET AL., *Evaluation of contributions to the public consultation and hearing: «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress»* (consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/study_heidelberg_overview_en.pdf [31.5.2013]) (cit. HESS, *Evaluation*).

HESS, BURKHARD, «Private law enforcement» und Kollektivklagen. *Regelungsbedarf für das deutsche Zivilprozessrecht?*, *Juristenzeitung (JZ)* 2011, p. 66 ss (cit. HESS, *Private law enforcement*).

HESS, BURKHARD, *Aktuelle Tendenzen der Prozessrechtsentwicklung in Europa*. In: Matthias Casper, André Janssen, Petra Pohlmann und Reiner Schulze (éd.): *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Munich 2009, p. 135 ss (cit. HESS, *Aktuelle Tendenzen*).

HESS, BURKHARD, *Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland*, *Juristenzeitung (JZ)* 2000, p. 373 ss (cit. HESS, *Anerkennung*).

HESS, BURKHARD, Verbesserung des Rechtsschutzes durch kollektive Rechtsbehelfe?, in: MANSEL, HEINZ-PETER/DAUNER-LIEB, BARBARA/HENSSLER, MARTIN, Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung. Überlegungen de lege ferenda zur Ausweitung von Informationsrechten und kollektiven Rechtsbehelfen bei Verringerung klägerischer Prozessrisiken, Baden-Baden 2008, p. 61 ss (cit. HESS, Verbesserung).

HIRTE, HERIBERT, Sammelklagen – Fluch oder Segen?, VersR 2000, p. 148 ss (cit. HIRTE).

HODGES, CHRISTOPHER, Collective redress in Europe: the new model, Civil Justice Quarterly 2010, p. 370 ss (cit. HODGES, Collective redress).

HODGES, CHRISTOPHER, From class actions to collective redress: a revolution in approach to compensation, Civil Justice Quarterly 2009, p. 41 ss (cit. HODGES, From class actions).

HOHL, JULIA M., Die US-amerikanische Sammelklage im Wandel, thèse Ratisbonne 2007 (cit. HOHL).

HONSELL, HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5^e édition, Bâle 2012 (cit. BSK OR II-AUTEUR).

HONSELL, HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (éd.), Basler Kommentar Wertpapierrecht, Bâle 2012 (cit. BSK Wertpapierrecht-AUTEUR).

JACOBY, FLORIAN, Der Musterprozessvertrag, thèse Hambourg 1999 (cit. JACOBY).

JANSSEN, ANDRÉ, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 3 ss (cit. JANSSEN).

JEANDIN, NICOLAS, Consortit  et action associative dans le CPC, in: Bonomi, Andrea/Tappy, Denis/Gaulis, Dimitri/Kohler, Emile (éd.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 161 ss (cit. JEANDIN, Consortit ).

JEANDIN, NICOLAS, Parties au procès, Mouvement et (r) volution, Zurich 2003 (cit. JEANDIN, Parties).

JUNG, PETER/SPITZ, PHILIPPE, in: Jung, Peter/Spitz, Philippe (éd.), SHK Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Berne 2010 (cit. Jung/Spitz-AUTEUR).

KALSS, SUSANNE, Massenverfahren im Kapitalmarktrecht,  sterreichisches Bankarchiv ( BA) 2005, p. 322 ss (cit. KALSS, Massenverfahren).

KALSS, SUSANNE, Zeit für geb ndelte Verfahren am Kapitalmarkt, GesRZ 2011, p. 133 ss (cit. KALSS, gebündelte Verfahren).

KILIAN, MATTHIAS, Erfolgshonorare: Annäherung an die «contingent fee» - ein missverstandenes Phänomen des US-amerikanischen Rechts, VersR 2006, p. 751 ss (cit. KILIAN).

KLAUSER, ALEXANDER, «Sammelklage» und Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung auf dem Prüfstand. § 227 ZPO, § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, *ecolex* 2002, p. 805 ss (cit. KLAUSER, Sammelklage).

KLAUSER, ALEXANDER, Group litigation in Austria. Effective Legal Redress – The Consumer Protection Instruments of Actions for Injunction and Group Damages Action. Expert Conference, Vienne 24.02.2006 (cit. KLAUSER, Group litigation).

KLAUSER, ALEXANDER, Massenschäden erfordern Sammelklagen, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (éd.), Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Bundesministerium für soziale Sicherheit, volume 33, Vienne 2005, p. 11 ss (cit. KLAUSER, Massenschäden).

KLONOFF, ROBERT H., Class actions and other multi-party litigation in a nutshell, 3^e édition, St. Paul 2007 (cit. KLONOFF).

KOCH, HARALD, Die Verbandsklage in Europa – Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen, *ZZP* 2000, p. 413 ss (cit. KOCH, Verbandsklage).

KOCH, HARALD, Internationaler kollektiver Rechtsschutz, in: Meller-Hannich, Caroline (éd.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Halle 2008, p. 53 ss (cit. KOCH, Internationaler kollektiver Rechtsschutz).

KOCH, HARALD, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess. Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Francfort-sur-le-Main 1976 (cit. KOCH, Kollektiver Rechtsschutz).

KOCH, HARALD, Sammelklage und Justizstandorte im internationalen Wettbewerb, *Juristenzeitung (JZ)* 2011, p. 438 ss (cit. KOCH, Sammelklage).

KOCH, HARALD/ZEKOLL, JOACHIM, Europäisierung der Sammelklage, *ZEuP* 2010, p. 107 ss (cit. KOCH/ZEKOLL).

KODEK, GEORG E., Collective Redress in Austria, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 86 ss (cit. KODEK, Collective Redress).

KODEK, GEORG E., Die «Sammelklage» nach österreichischem Recht, *ÖBA* 2004, p. 615 ss (cit. KODEK, Sammelklage).

KODEK, GEORG E., Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Massenschäden, in: Gabriel, Tamara/ Pirker-Hörmann, Beate (éd.), Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Vienne 2005, p. 315 ss (cit. KODEK, Möglichkeiten).

KODEK, GEORG E., Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, *Zak* 2012, p. 66 ss (cit. KODEK, Massenverfahren).

KOLBA, PETER, Rechtsdurchsetzung im Reiserecht, Sammelklagen in Österreich, *ZVR* 2010, p. 456 ss (cit. KOLBA, Rechtsdurchsetzung).

KOLBA, PETER, Erfahrungsbericht des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) über Musterprozesse in Österreich, in: Tobias Brönneke (éd.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht. Gruppenklagen, Verbandsmusterklagen, Verbandsklagebefugnis und Kosten des kollektiven Rechtsschutzes, Baden-Baden 2001, p. 53 ss (cit. KOLBA, Erfahrungsbericht).

KOLLER, CHRISTIAN, Effektive Rechtsdurchsetzung durch Sammelklagen!?, *Zak* 2012, p. 63 ss (cit. KOLLER).

KÖLZ, CHRISTIAN, The Preclusive Effect of U.S. Class Action Judgments in Switzerland: Does a Judgment in an Opt-Out Class Action before a U.S. Court Preclude Absent Plaintiff Class Members from (Re)Litigating their Individual Claims in Switzerland?, *SZIER* 2012, p. 43 ss (cit. KÖLZ).

KORTMANN, JEROEN/ BREDENOORD-SPOEK, MARIEKE, The Netherlands: a «hotspot for class actions»? , *Global Competition Litigation Review* 2011, p. 13 ss (cit. KORTMANN/ BREDENOORD-SPOEK).

KRANS, BART, The Dutch Class Action (Financial Settlement) Act in an international context: the Shell case and the Converium case, *Civil Justice Quarterly* 2012, p. 141 ss (cit. KRANS).

KREJCI, HEINZ, Gilt das Quota-litis-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge?, *ÖJZ* 2011, p. 341 ss (cit. KREJCI).

KUMMER, MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Zivilprozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e édition, Berne 1984 (cit. KUMMER).

KUT, AHMET/STAUBER, DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, *Jusletter* vom 20. Februar 2012 (cit. KUT/STAUBER).

LEUENBERGER, CHRISTOPH/UFFER-TOBLER, Beatrice, Schweizerische Zivilprozessrecht, Berne 2010 (cit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER).

LINDBLUM, PER HENDRIK, Group litigation in Scandinavia, in: Académie de Droit Européen (ERA) (éd.), ERA Forum Volume 10, Cologne 2009, p. 7 ss (cit. LINDBLUM, Group litigation).

LINDBLUM, PER HENDRIK, Sweden, 622 *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* (2009), p. 231 ss (cit. LINDBLUM, Suède).

MADAUS, STEPHAN, Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne «amerikanische Verhältnisse» bei deren Finanzierung, *ZEuP* 2012, p. 99 ss (cit. MADAUS).

MAGNIER, VÉRONIQUE, France, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009 (622), p. 114 ss (cit. MAGNIER).

MARCHAND, SYLVAIN, *Droit de la consommation*, Genève 2012 (cit. MARCHAND).

MELLER-HANNICH, CAROLINE, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Eine Zwischenbilanz, *ZBB* 2011, p. 180 ss (cit. MELLER-HANNICH, KapMuG).

MELLER-HANNICH, CAROLINE/HÖLAND, ARMIN, Die Europäische Sammelklage, GPR (Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht) 2011, p. 168 ss (cit. MELLER-HANNICH/HÖLAND, Europäische Sammelklage).

MELLER-HANNICH, CAROLINE/HÖLAND, ARMIN, Kollektiver Rechtsschutz im Verbraucherrecht, DRiZ 2011, p. 164 ss (cit. MELLER-HANNICH/HÖLAND, Kollektiver Rechtsschutz).

MICHAILIDOU, CHRISOULA, Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum, thèse Heidelberg 2005 (cit. MICHAILIDOU).

MICKLITZ, HANS-W./STADLER, ASTRID: Gruppenklagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft & den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (éd.): Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Vienne 2005, p. 111 ss (cit. MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen).

MICKLITZ, HANS-W./PURNHAGEN, KAI P., Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – Country Report Austria, 2008 (consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/au-country-report-final.pdf [31.5.2013]) (cit. MICKLITZ/PURNHAGEN).

MICKLITZ, HANS-W./STADLER, ASTRID, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Münster/Hiltrup 2005 (cit. MICKLITZ/STADLER).

MULHERON, RACHAEL, Building blocks and design points for an opt-out class action, Journal of Personal Injury Law 2008, p. 308 ss (cit. MULHERON, Building blocks).

MULHERON, RACHAEL, Reform of collective redress in England and Wales. A perspective of need. Civil Justice Council of England and Wales, Londres 2008 (cit. MULHERON, Reform).

MULHERON, RACHAEL, The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis, Columbia Journal of European Law 2009, p. 409 ss (cit. MULHERON, The Case).

MULHERON, RACHAEL, The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective, Oxford 2004 (cit. MULHERON, The Class Action).

MULHERON, RACHAEL, The impetus for class actions reform in England, in: Wrška, Stefan/van Uytsel, Steven/Siems, Mathias (éd.), Collective Actions, Cambridge 2012 (cit. MULHERON, Impetus).

MÜLLER, HANS HEINRICH, Die zürcherischen Gerichte und die neue ZPO, in: Dolge, Annette (éd.), Die neue ZPO, Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen, Zurich 2012, p. 57 ss (cit. MÜLLER).

MURRAY, PETER L., Class Actions in a Global Economy, in: Rolf Stürner (éd.), Current Topics of International Litigation, Tubingue 2009, p. 95 ss (cit. MURRAY).

NIMMERRICHTER, CLEMENS, Über die Voraussetzung der objektiven Klagenhäufung bei Einbringung einer Sammelklage am Beispiel VKI gegen AWD, Zak 2010, p. 188 ss (cit. NIMMERRICHTER).

OBERHAMMER, PAUL (éd.), *Kurzkommentar Zivilprozessordnung*, Bâle 2010 (cit. KUKO ZPO-AUTEUR).

OBERHAMMER, PAUL, «Österreichische Sammelklage» und § 227 ZPO, in: Fucik, Robert/ Konecny, Andreas/Lovrek, Elisabeth/Oberhammer, Paul (éd.), *Zivilverfahrensrecht. Jahrbuch 2010*, p. 247 ss (cit. OBERHAMMER, Österreichische Sammelklage).

OBERHAMMER, PAUL, *Sammelklage, quota litis und Prozessfinanzierung*, *ecolex* 2011, p. 972 ss (cit. OBERHAMMER, Sammelklage).

PERSSON, ANNINA H., *Collective enforcement: European prospects in light of the Swedish experience*, in: Wrška, Stefan/van Uytzel, Steven/Siems, Mathias (éd.), *Collective Actions*, Cambridge 2012 (cit. PERSSON).

PARLEMENT EUROPÉEN, Direction générale des politiques internes, *Présentation générale des systèmes de recours collectif existant dans les Etats membres de l'Union européenne*, juillet 2011, (IP/A/IMCO/NT/2011-16) (consultable à l'adresse [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/imco/2011/464433/IPOL-IMCO_NT\(2011\)464433\(SUM01\)_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/imco/2011/464433/IPOL-IMCO_NT(2011)464433(SUM01)_FR.pdf) [31.5.2013]) (cit. PARLEMENT EUROPÉEN, Présentation générale).

PARZMAYR, ROLAND/SCHOBEL, THOMAS, *Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene quota litis?*, *ÖJZ* 2011, p. 533 ss (cit. PARZMAYR/SCHOBEL).

PERUCCHI, LEANDRO, *Anerkennung und Vollstreckung von US class action-Urteilen und -Vergleichen in der Schweiz*, thèse Lucerne 2008 (cit. PERUCCHI, Anerkennung und Vollstreckung).

PERUCCHI, LEANDRO, *Class actions für die Schweiz*, *PJA* 2011, p. 489 ss (cit. PERUCCHI, Class actions).

PETER, HENRY/TRIGO TRINDADE, RITA (Hrsg.), *Commentaire LFus*, Zurich 2005 (cit. Comm. LFus-AUTEUR).

PURNHAGEN, KAI, *United We Stand, Divided We Fall?*, *Collective Redress in the EU from the Perspective of Insurance Law*, *European Review of Private Law* 2013, S. 479 ff. (zit. PURNHAGEN).

REUSCHLE, FABIAN, *Das Kapitalanleger-Verfahrensgesetz – Eine erste Bestandesaufnahme aus Sicht der Praxis*, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Munich 2009, p. 277 ss (cit. REUSCHLE).

ROMY, ISABELLE, *Class actions américaines et droit international privé suisse*, *PJA* 1999, p. 783 ss (cit. ROMY, Class actions).

ROMY, ISABELLE, *Litiges de masse, Des class actions aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques*, habilitation Fribourg 1996 (cit. ROMY, Litiges de masse).

ROTH, WULFF-HENNING, Sammelklagen im Bereich des Kartellrechts, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 109 ss (cit. ROTH).

RÜETSCHI, DAVID, Anmerkung zu Obergericht Zürich vom 23. Februar 2011, BISchK 2011 p. 68 (cit. RÜETSCHI).

SCHALLER, JEAN-MARC, Finanzanalysten-Recht, thèse Zurich 2004 (cit. SCHALLER).

SCHILKEN, EBERHARD, Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz, in: Meller-Hannich, Caroline (éd.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Halle 2008, p. 21 ss (cit. Schilken).

SCHILLER, KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zurich 2009 (cit. SCHILLER, Anwaltsrecht).

SCHILLER, KASPAR, Das Erfolgshonorar nach BGFA, SJZ 2004, p. 353 ss (cit. SCHILLER, Erfolgshonorar).

SCHWANDER, IVO, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen?, PCEF 2004, p. 3 ss (cit. SCHWANDER).

SPÜHLER, KARL/TENCHIO, LUCA/INFANGER, DOMINIK (éd.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bâle 2010 (cit. BSK ZPO-AUTEUR).

SUTTER-SOMM, THOMAS/HASENBÖHLER, FRANZ/LEUENBERGER, CHRISTOPH (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e édition, Zurich 2013 (cit. ZK ZPO-AUTOR).

STACKMANN, NIKOLAUS, Kein Kindergeburtstag – Fünf Jahre Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJW 2010, p. 3185 ss (cit. STACKMANN).

STADLER, ASTRID, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, Juristenzeitung (JZ) 2009, p. 121 ss (cit. STADLER, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz).

STADLER, ASTRID, Wider die Mär von der europäischen class action, VuR (Verbraucher und Recht) 2011, p. 79 (cit. STADLER, Wider die Mär).

STADLER, ASTRID/MOM, ANDREAS, Tu felix Austria? – Neue Entwicklungen im kollektiven Rechtsschutz im Zivilprozess in Österreich, RIW 2006 (cit. STADLER/MOM).

STAEHELIN, ADRIAN/STAEHELIN, DANIEL/GROLIMUND, PASCAL, Zivilprozessrecht, 2^e édition, Zurich 2013 (cit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND).

STAEHELIN, ADRIAN/BAUER, THOMAS/STAEHELIN, DANIEL (éd.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 volumes, 2^e édition, Bâle 2011 (cit. BSK SchKG-AUTEUR).

STARK, EMIL/KNECHT, STEFAN, Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden?, ZSR 1978 I p. 51 ss (cit. STARK/KNECHT).

STOFFEL, WALTER A., L'image du plaideur: du demandeur individuel aux intérêts de groupe, in: Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 497 ss (cit. STOFFEL).

SUTER, CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, thèse St-Gall 2010 (cit. SUTER).

SUTTER, GUIDO/LÖRTSCHER, FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, p. 93 ss (cit. SUTTER/LÖRTSCHER).

TERCIER, PIERRE, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, RDS 1990 II, p. 73 ss (cit. TERCIER).

TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC (éd.), Commentaire romand Code des obligations II, Bâle 2008 (cit. CR CO II-AUTEUR).

THÉVENOZ, LUC, L'action de groupe en procédure civile suisse, in: Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé. Montréal, 19–24 août 1990 = Swiss reports presented at the XIIIth International Congress of Comparative Law, Zurich 1990, p. 129 ss (cit. THÉVENOZ).

TOGO, FEDERICA, Das neue Sammelklageverfahren in Italien, GRUR Int 2011, p. 132 ss (cit. TOGO).

TOPAZ DRUCKMANN, KAREN, Class Actions, in: Heckendorn Urscheler, Lukas/Peters, Annelot (éd.), Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès International de droit comparé, Zurich 2010, p. 65 ss (cit. TOPAZ DRUCKMANN).

TRIGO TRINDADE, RITA, Chacun pour soi, un pour tous, tous pour un, in: Héritier Lachat, Anne/Hirsch, Alain (éd.), De lege ferenda, FS Alain Hirsch, Genève 2004 (cit. TRIGO TRINDADE).

UEBERSCHLAG, JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG): unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, thèse Lucerne 2009 (cit. UEBERSCHLAG).

VALGUARNERA, FILIPPO, Legal Tradition as an Obstacle: Europe's Difficult Journey to Class Action, Global Jurist 2010, p. 1 ss (cit. VALGUARNERA).

VAN BOOM, WILLEM H., Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 171 ss (cit. VAN BOOM).

VAN DEN BERGH, ROGER/KESKE SONJA, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 17 ss (cit. VAN DEN BERGH/KESKE).

VALTICOS, MICHEL/REISER, CHRISTIAN M./CHAPPUIS, BENOÎT (éd.), Commentaire Roman, Loi sur les Avocats, Bâle 2010 (cit. CR LLCA-AUTEUR).

VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION (VKI) (éd.), Studie zum Thema Sammelklagen (im Auftrag des BMASK), mai 2009 (consultable à l'adresse http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI_Studie_Sammelklage_02.pdf [31.5.2013]) (cit. Studie VKI).

VIITANEN, KLAUS, Nordic Experiences on Group Action for Compensation, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 219 ss (cit. VIITANEN).

VISCHER, FRANK (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^e édition, Zurich 2012 (cit. ZK FusG-AUTEUR).

VISCHER, MARKUS/WEHINGER, THOMAS, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsclagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, GesKR 2012, p. 455 ss (cit. VISCHER/WEHINGER).

VON BAR, CHRISTIAN, Empfehlen sich gesetzgeberische Massnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (éd.), Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages, Band I Gutachten, Munich 1998, p. A 9 ss (cit. VON BAR).

VON DER CRONE, HANS CASPAR/CARBONARA, ANTONIO/HUNZIKER, SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Bâle 2006 (cit. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER).

WAGNER, GERHARD, Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, Law Quarterly Review 2011, p. 55 ss (cit. WAGNER, Collective Redress).

WAGNER, GERHARD, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (éd.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 41 ss (cit. WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz).

WAGNER, GERHARD, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006 (cit. WAGNER, Neue Perspektiven).

WALTER, GERHARD, Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland, 11 Duke Journal of Comparative and International Law 2001, p. 369 ss (cit. WALTER).

WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/TSCHÄNI, RUDOLF/DAENIKER, DANIEL (éd.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, Bâle 2005 (cit. BSK FusG-AUTOR).

WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/BÖSCH, RENÉ/RAYROUX, FRANÇOIS/WINZELER, CHRISTOPH (HRSG.), Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, Bâle 2009 (cit. BSK KAG-AUTOR).

YEAZELL, STEPHEN C., From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, New Haven/Londres 1987 (cit. YEAZELL).