



21.082

Message
sur une modification du code de procédure civile
(Action des organisations et transaction collective)

du 10 décembre 2021

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet de modification du code de procédure civile (action des organisations et transaction collective) en vous proposant de l'adopter.

Simultanément, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2014 M 13.3931 Exercice collectif des droits. Promotion et développement
des instruments (N 13.12.13, Birrer Heimo; E 12.06.2014)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'expression de notre haute considération.

10 décembre 2021

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Guy Parmelin
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Les instruments actuels du droit de procédure civile suisse ne permettent pas de mettre véritablement en œuvre la réparation collective des dommages lorsque des prétentions découlent de dommages collectifs ou de dommages dispersés. Le présent message vise par conséquent à développer l'instrument actuel qu'est l'action des organisations, tout en la doublant d'une action des organisations visant à faire valoir un droit à réparation, et à mettre en place une possibilité de transaction collective que les tribunaux pourront déclarer de force obligatoire. Ces mesures répondent au mandat de la motion 13.3931 Birrer-Heimo et visent à renforcer la mise en œuvre collective des droits en Suisse.

Contexte

Il existe déjà en Suisse des possibilités d'intenter une action des organisations, en vertu du code de procédure civile (CPC) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et de plusieurs lois spéciales, mais en raison des limites matérielles et fonctionnelles de cet instrument, celui-ci n'est guère apte à permettre de faire valoir des prétentions à réparation notamment en cas de dommages collectifs ou dispersés. D'autres instruments du droit en vigueur sont peu pratiques voire en partie inadaptés à cet égard. Le Conseil fédéral en a fait le constat en 2013. Dès 2014, le Parlement l'a chargé par une motion d'élaborer les modifications législatives nécessaires. Le Conseil fédéral a mis les dispositions correspondantes en consultation en 2018, dans le cadre de la révision du CPC. Toutefois, face à une pluie de critiques, il a scindé le projet en 2020, dans le but de présenter ses propositions en matière d'exercice collectif des droits dans un projet distinct, qui est l'objet du présent message.

Contenu du projet

Tenant compte des critiques émises lors de la consultation, le Conseil fédéral propose de renforcer les instruments d'exercice collectif des droits par une refonte de l'action des organisations dont voici les grandes lignes:

- 1. L'action des organisations, telle qu'elle existe actuellement, sera adaptée sur plusieurs points, afin que cet instrument d'exercice collectif des droits puisse être mis en œuvre plus efficacement. Elle ne sera plus limitée aux atteintes à la personnalité mais pourra porter sur toute violation du droit. Cependant, les associations et autres organisations ne pourront intenter ce type d'action que si elles répondent à quatre conditions clairement définies, plus restrictives qu'aujourd'hui (absence de but lucratif, existence depuis douze mois au moins, habilitation statutaire à défendre les intérêts du groupe et indépendance vis-à-vis de la partie adverse). Comme aujourd'hui, l'action des organisations pourra viser l'interdiction ou la cessation d'une atteinte aux droits, ou bien encore la constatation du caractère illicite d'une atteinte. Les actions des organisations régies par les lois spéciales ne seront plus réservées.*
- 2. En parallèle à cet instrument, un autre type d'action des organisations sera créé, visant à faire valoir des droits à la réparation d'un dommage collectif ou d'un dommage dispersé. Une association ou une autre organisation ayant*

qualité pour intenter une action des organisations pourra, en vertu de cette norme, faire valoir en son propre nom et à ses propres risques les prétentions pécuniaires des personnes concernées (Prozessstandschaft), lesquelles auront dû l'y habilitier au préalable ou s'être expressément jointes à l'action (option d'adhésion). Les prétentions devront reposer sur des faits ou des fondements juridiques similaires, ce qui implique l'existence d'un dommage collectif ou d'un dommage dispersé, et au moins dix personnes concernées devront avoir habilité l'association ou organisation à mener le procès avant l'introduction de la demande devant les tribunaux. Le Conseil fédéral ne souhaite pas limiter ce type d'action sur le plan matériel. Après la phase de l'admission de l'action par le tribunal, la procédure sera régie par les règles générales de procédure civile, notamment en ce qui concerne les preuves, contrairement à certaines législations étrangères qui prévoient des dispositions spéciales. Il en ira de même pour la réglementation des frais.

3. *La nouvelle procédure d'action des organisations sera complétée par des règles concernant les transactions collectives. Ces transactions, après examen et approbation par le juge, seront déclarées de force obligatoire et lieront toutes les personnes concernées qui se seront jointes à l'action en cause. À certaines conditions et à titre exceptionnel, une transaction avec option de retrait sera également possible en cas de dommage dispersé: l'accord liera toutes les personnes concernées qui n'auront pas déclaré qu'elles quittent le groupe. Par ailleurs, comme il arrive en pratique qu'une transaction soit conclue entre des organisations représentatives et une ou plusieurs personnes ayant causé une atteinte au droit, sans que des prétentions aient été élevées par la voie d'une action des organisations, il faut également régler ce cas dans la loi.*

Le Conseil fédéral renonce à créer une procédure distincte de transaction de groupe comme le prévoyait l'avant-projet. Par ailleurs, il ne souhaite pas instaurer de véritable action de groupe sur le modèle de la class action américaine, avec un membre du groupe de personnes concernées qui agit en faveur des autres membres.

Les propositions visant à développer et à compléter l'action des organisations du droit actuel correspondent aux derniers développements dans l'UE, où est notamment entrée en vigueur fin 2020 une directive relative aux actions représentatives. Le projet va cependant nettement moins loin sur certains aspects, en particulier en ce qui concerne l'allègement des règles en matière de preuves, l'inscription dans un registre étatique et en partie la possibilité de financement de certaines associations et organisations ou des actions qu'elles intentent.

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	6
1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés	6
1.1.1 Absence d’action collective dans le droit actuel	6
1.1.2 Rapport du Conseil fédéral sur l’exercice collectif des droits de 2013	6
1.1.3 Motion Birrer-Heimo 13.3931 «Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments»	6
1.2 Solutions étudiées et solution retenue	7
1.2.1 Examen de tous les instruments de mise en œuvre collective des droits	7
1.2.2 Approche horizontale	7
1.2.3 Action des organisations étendue et complétée	7
1.2.4 Actions de groupe: un instrument rejeté	8
1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu’avec les stratégies du Conseil fédéral	8
1.4 Classement d’interventions parlementaires	8
2 Procédure préliminaire, consultation comprise	9
2.1 Avant-projet	9
2.2 Résumé et appréciation des résultats de la consultation	10
2.3 Suite des travaux	11
3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	11
3.1 Union européenne	11
3.2 Règlementation dans les États européens	13
3.2.1 Allemagne	13
3.2.2 Autriche	14
3.2.3 Italie	14
3.2.4 France	14
3.2.5 Pays-Bas	15
4 Présentation du projet	15
4.1 Règlementation proposée	15
4.1.1 Extension de l’action des organisations	15
4.1.2 Un nouvel instrument, l’action en réparation des organisations	16
4.1.3 Règlementation des transactions collectives	17
4.2 Transaction et action de groupe: deux instruments rejetés	18
4.3 Mise en œuvre	18
5 Commentaire par article	19

5.1	Code de procédure civile	19
5.2	Modification d'autres lois fédérales	31
5.2.1	Code des obligations	31
5.2.2	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé	32
6	Conséquences	33
6.1	Conséquences pour la Confédération	33
6.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	33
6.3	Conséquences pour l'économie	34
6.4	Conséquences pour la société	34
6.5	Conséquences environnementales	34
7	Aspects juridiques	34
7.1	Constitutionnalité	34
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	35
7.3	Forme de l'acte à adopter	35
7.4	Frein aux dépenses	35
7.5	Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale	35
7.6	Conformité aux principes de la loi sur les subventions	35
7.7	Délégation de compétences législatives	36
7.8	Protection des données	36

Code de procédure civile (CPO) (Action des organisations et transaction collective) (Projet)

FF 2021 3049

Message

1 Contexte

1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés

1.1.1 Absence d’action collective dans le droit actuel

Le code de procédure civile (CPC)¹ est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Lors de son élaboration, c’est à dessein que le législateur a renoncé à concevoir de nouveaux instruments d’exercice collectif des droits, décision que certains avaient déjà critiquée à l’époque². Il jugeait que la volonté de protéger des intérêts collectifs était suffisamment prise en considération par les instruments classiques que sont la consorité et l’action des organisations, limitée à certains domaines³.

1.1.2 Rapport du Conseil fédéral sur l’exercice collectif des droits de 2013

Dans son rapport du 3 juillet 2013 intitulé «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», le Conseil fédéral a passé en revue un large éventail d’instruments possibles de protection des intérêts collectifs, notamment en cas de dommages collectifs ou de dommages dispersés, avec pour objectif de permettre le règlement judiciaire des prétentions en dommages-intérêts d’un grand nombre de personnes lésées de façon identique ou similaire. Il a montré dans ce rapport l’insuffisance, voire l’inadéquation des instruments du droit en vigueur à permettre une mise en œuvre efficace et effective des droits en cas de dommages collectifs ou dispersés. C’est notamment le cas de l’action des organisations dans sa forme actuelle, du fait des limitations de son champ d’application et des droits qu’elle protège. Le rapport relève que l’accès effectif à la justice n’est en conséquence pas toujours garanti.

1.1.3 Motion Birrer-Heimo 13.3931 «Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments»

Se référant au rapport du Conseil fédéral, la motion 13.3931 de la conseillère nationale Prisca Birrer-Heimo charge le Conseil fédéral de «modifier la loi afin qu’un grand nombre de personnes lésées de manière identique ou similaire puissent faire valoir collectivement leurs prétentions devant le juge [et lui demande de] développer les

¹ RS 272

² Voir notamment le rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 intitulé «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», p. 14 avec d’autres références, JAAC 2013.7a, p. 59 à 112, disponible à l’adresse www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit.

³ Voir notamment le message sur le CPC 2006, FF 2006 6844 et 6902.

instruments disponibles et [d']en créer d'autres, [l]es mesures proposées dev[ant] respecter les particularités suisses, permettre d'éviter les abus et s'inspirer de l'expérience d'autres pays européens». Cette motion a été adoptée par les deux Chambres sans avoir fait l'objet d'une quelconque opposition (CN 13.12.2013⁴ et CE 12.6.2014⁵), après une recommandation en ce sens du Conseil fédéral du 29 novembre 2013.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

1.2.1 Examen de tous les instruments de mise en œuvre collective des droits

Dans son rapport de 2013, le Conseil fédéral avait passé en revue les divers instruments de mise en œuvre collective des droits, en examinant notamment ceux prévus par les législations d'autres États (voir ch. 1.1.2). Il est arrivé à la conclusion que l'amélioration des instruments dont le justiciable dispose notamment en cas de dommage collectif ou de dommage dispersé devait passer en particulier par l'extension de l'action des organisations prévue par le droit actuel, ce qui permettrait de s'appuyer sur un instrument bien établi du droit suisse. Il proposait en outre de considérer la possibilité de prévoir dans la loi une procédure modèle ou une procédure test, déconseillant par contre d'autres instruments tels que les actions de groupe avec une pure option de retrait (modèle de l'*opt out*).

1.2.2 Approche horizontale

Le Conseil fédéral avait proposé de développer la protection d'intérêts collectifs dans le secteur financier et dans le secteur des assurances, dans le cadre de la nouvelle loi sur les services financiers (LSFin). Ses propositions avaient été rejetées précisément en raison de cette approche par secteur, si bien qu'il a soutenu par la suite une approche horizontale de la question⁶. Tel est également le sens de la motion Birrer-Heimo 13.3931 et la conception qui sous-tendait l'avant-projet de modification du CPC (voir ch. 2.1).

1.2.3 Action des organisations étendue et complétée

Le droit suisse possède déjà en l'action des organisations un instrument d'exercice collectif des droits, dont le champ d'application quant à la matière et, surtout, quant aux types d'actions possibles est cependant limité. Les possibilités et les objectifs de protection juridictionnelle sont donc restreints. Il faut donc, si l'on veut renforcer les procédures collectives en cas de dommage collectif ou dispersé, étendre et compléter

⁴ BO CN 2013 2204

⁵ BO CE 2014 539

⁶ Voir le rapport «Exercice collectif des droits» (note 2), p. 14 avec d'autres références.

cet instrument de telle sorte qu'il puisse être mis en œuvre dans davantage de cas et au-delà de son domaine d'application initial.

1.2.4 Actions de groupe: un instrument rejeté

Quoique la législation suisse connaisse des instruments aux effets comparables à ceux d'une action de groupe (par ex. les actions visées à l'art. 105 de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion⁷ ou celles existant dans le domaine des placements collectifs ou des emprunts par obligations)⁸, les actions de groupes ou les actions collectives du même type que les *class actions* américaines sont étrangères au droit suisse. Ce 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 prétentions. Bien qu'elles gagnent du terrain dans le monde, jusqu'à certains États européens (mais sans s'être concrétisées dans le droit de l'UE, voir le ch. 3.1), le Conseil fédéral continue de penser qu'il n'est pas approprié de créer une action de groupe ou une action collective au sens d'une *class action* dans le droit suisse.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'est pas annoncé dans le message du 29 janvier 2020⁹ ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹⁰. Le Conseil fédéral répond cependant à une intervention parlementaire en présentant ce message (voir ch. 1.4). Le projet n'a pas de lien direct avec les stratégies du Conseil fédéral pour la présente législature.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

Les nouvelles règles proposées répondent au mandat confié par l'intervention parlementaire suivante, que le Conseil fédéral propose de classer:

2014	M	13.3931	Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments (N 13.12.13, Birrer Heimo; E 12.06.2014)
------	---	---------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁷ RS 221.301

⁸ Voir le rapport «Exercice collectif des droits» (note 2), p. 32 ss.

⁹ FF 2020 1709

¹⁰ FF 2020 8087

2 Procédure préliminaire, consultation comprise

2.1 Avant-projet

Le Conseil fédéral avait proposé de mettre en œuvre la motion Birrer-Heimo 13.3931 dans le cadre de l'avant-projet de modification du CPC du 2 mars 2018, étant donné que la mesure demandée entrerait dans le cadre des objectifs principaux de cette modification. Dans le texte envoyé en consultation, il a proposé deux mesures afin de renforcer l'exercice collectif des droits¹¹:

- La refonte et l'élargissement de l'action des organisations (art. 89 s. AP-CPC): celle-ci n'aurait plus été limitée aux atteintes à la personnalité. En même temps, une nouvelle action des organisations, en réparation, devait leur permettre de faire valoir en leur propre nom des prétentions au versement de dommages-intérêts ou en remise du gain de personnes appartenant à un groupe déterminé (*Prozessstandschaft*). Le consentement exprès de ces personnes était une condition (*opt in*). Vu cette extension substantielle de l'action des organisations, l'avant-projet renforçait les conditions auxquelles ces dernières ont qualité pour agir. Parallèlement, il uniformisait la réglementation des actions des organisations prévues par des lois spéciales.
- La création d'une procédure de transaction de groupe (art. 352a ss AP-CPC): en application de décisions antérieures du Conseil fédéral, il s'agissait de permettre que soit conclue une transaction entre le ou les auteurs d'une violation du droit alléguée et une ou plusieurs organisations agissant dans l'intérêt commun de toutes les personnes lésées. Cette transaction devait être examinée et approuvée par le tribunal, et liait alors toutes les personnes concernées lorsque les conditions légales prévues étaient remplies, sauf celles déclarant, dans un certain délai, quitter le groupe (*opt out*).

La consultation a duré du 2 mars au 11 juin 2018. Cent sept prises de position ont été reçues, émanant de la totalité des cantons, de 6 partis politiques et de 75 organisations et autres participants. De ces intervenants, 60 se sont prononcés spécifiquement sur les propositions relatives à l'exercice collectif des droits, soit 9 cantons, 6 partis politiques et 46 organisations et autres participants¹².

¹¹ Pour plus de détails, voir le rapport explicatif, p. 16 ss (consultable à l'adresse www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFJP).

¹² Voir la synthèse des résultats de la consultation, p. 10 ss et 21 ss (consultable à l'adresse www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFJP).

2.2 **Résumé et appréciation des résultats de la consultation**

Les propositions du Conseil fédéral ont donné lieu à une vive controverse. Le principe même de l'extension des instruments de mise en œuvre collective des droits a fait l'objet d'opinions très divergentes:

- Une majorité relative de 8 cantons, 4 partis politiques et 23 organisations s'est prononcée en faveur de l'élargissement proposé des instruments de mise en œuvre collective des droits et a reconnu expressément une nécessité de légiférer. Aux participants ayant donné un avis général, s'ajoute une organisation favorable aux articles concernés.
- Deux cantons sont partagés, l'un approuvant les propositions relatives à l'action des organisations et rejetant la transaction de groupe, l'autre se prononçant contre les dispositions sur l'action des organisations et pour la transaction de groupe. Un canton s'est opposé à l'élargissement de l'action des organisations sans s'exprimer sur la transaction de groupe, alors que 3 autres cantons ont manifesté leur opposition à cette dernière mesure sans donner d'avis sur l'action des organisations.
- Un canton a rejeté toutes les mesures proposées. Deux partis politiques ont globalement contesté les modifications relatives à l'exercice collectif des droits; 24 organisations ont exprimé leur opposition générale, 2 autres leur opposition partielle à ces mesures. Ce désaccord provient essentiellement des milieux économiques ou proches de l'économie et se fonde tant sur des considérations de principe que sur des arguments matériels.

Face à ces résultats, le Conseil fédéral a décidé de retirer les propositions relatives à l'exercice collectif des droits – et donc l'exécution du mandat parlementaire qui lui était confié par la motion Birrer-Heimo 13.3931 – du projet de modification du CPC 20.026, et d'en faire un objet séparé, afin de tenir compte des nombreuses critiques émises durant la consultation¹³.

Il porte sur les résultats de la consultation l'appréciation suivante:

- Certes, une petite majorité soutient le renforcement de la protection des intérêts collectifs demandé par la motion 13.3931 Birrer-Heimo. Mais comme une forte minorité s'est prononcée contre toute forme de mise en œuvre collective des droits, il convient de réaliser ce mandat avec circonspection et de chercher des solutions aussi consensuelles que possible.
- Le renforcement des instruments de mise en œuvre collective des droits doit passer par le développement de l'action des organisations, déjà prévue par la législation, plutôt que par la création de nouveaux instruments. Il faut par conséquent renoncer à la création d'une procédure distincte de transaction de groupe (voir ch. 4.2).

¹³ Voir le message du 26 février 2020 relatif à la modification du CPC, FF 2020 2607, 2630 s.

- Il convient de choisir une approche fondée sur une option d’adhésion, c’est-à-dire sur la participation active des personnes directement concernées à la procédure collective. Par contre, les actions de groupe et les actions collectives suivant une approche fondée purement sur un système d’option de retrait ne sont pas susceptibles de trouver une majorité politique.
- L’approche horizontale de l’exercice collectif des droits est soutenue par une majorité.

2.3 Suite des travaux

L’avant-projet a été retravaillé à la lumière des résultats de la consultation et de leur appréciation (voir ch. 2.2), compte tenu également des développements les plus récents en Suisse et à l’étranger (voir ch. 3); les différences avec l’avant-projet sont exposées aux ch. 4.1 et 4.2. Un groupe d’experts composé de représentants des milieux universitaires, de la magistrature et du barreau a de nouveau soutenu et conseillé l’administration dans ses travaux¹⁴.

3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

3.1 Union européenne

La Commission européenne a émis une recommandation aux États membres de l’UE du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation¹⁵. Après en avoir évalué la mise en œuvre pratique, elle a présenté un rapport, le 25 janvier 2018¹⁶, qui a débouché sur une

¹⁴ Ce groupe était composé (par ordre alphabétique) de Samuel Baumgartner, professeur ordinaire de procédure civile, de procédure civile comparée, de poursuite pour dettes et faillite, de droit privé et de médiation à l’Université de Zurich, de Martin Bernet, avocat à Zurich, d’Alexander Brunner, professeur émérite à l’Université de Saint-Gall et ancien juge au tribunal de commerce de Zurich, d’Isabelle Chabloz, professeur ordinaire de droit économique à l’Université de Fribourg, de Tanja Domej, professeur ordinaire de procédure civile, de droit privé, de droit international privé et de droit comparé à l’Université de Zurich, de Nicolas Jeandin, professeur ordinaire à l’Université de Genève et avocat à Genève, de Karin Müller, professeur ordinaire de droit privé, de droit commercial et de procédure civile à l’Université de Lucerne et de Meinrad Vetter, juge cantonal et vice-président du tribunal de commerce d’Argovie.

¹⁵ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l’Union, JO 2013 L 201/60 et communication de la Commission du 11 juin 2013 «Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs», document COM(2013) 401 final.

¹⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l’Union (2013/396/UE), COM(2018) 40 final.

proposition de directive le 11 avril 2018¹⁷. Après une phase intensive de travaux législatifs et de concertations, la directive 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE a été adoptée le 25 novembre 2020¹⁸. Ses grandes lignes sont les suivantes:

- Les États membres sont tenus de mettre en place (au moins) un système d'action représentative visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs contre les violations de certaines règles de la législation européenne (et de leurs dispositions d'exécution nationales). Elle énumère les dispositions du droit de l'UE concernées, qui touchent notamment les services financiers, les voyages et le tourisme, l'énergie, la santé, les télécommunications et la protection des données (art. 2, par. 1, en relation avec l'annexe I).
- Des «entités qualifiées», telles que des organisations assurant la protection des intérêts collectifs des consommateurs, peuvent intenter des actions visant à obtenir la cessation d'une atteinte ou bien des mesures de réparation, par exemple des dommages-intérêts ou une indemnisation, dont les consommateurs concernés bénéficient sans devoir introduire une action individuelle par ailleurs. Les États membres peuvent prévoir pour ces demandes en réparation un mécanisme de participation ou non-participation. Cependant, pour les situations transfrontières au sein de l'UE, le mécanisme de participation est obligatoire.
- À des fins de prévention des abus, les entités qualifiées doivent remplir un certain nombre de critères de qualité, d'indépendance et de transparence; elles doivent être désignées par l'État concerné. Le principe selon lequel la partie qui succombe supporte les frais judiciaires doit s'appliquer à la procédure, mais les États sont tenus de s'assurer que les coûts encourus ne dissuadent pas les entités qualifiées d'agir en justice.
- Les accords auxquels aboutissent des actions représentatives visant des mesures de réparation doivent être soumis à un contrôle d'une juridiction (ou d'une autorité administrative). Ils lient les consommateurs concernés qui soit ont déclaré qu'ils participaient à l'action, soit n'ont pas déclaré qu'ils s'en retiraient, selon le mécanisme choisi.
- Les actions représentatives doivent suspendre ou interrompre le délai de prescription. Les États membres doivent également prévoir une obligation de produire les moyens de preuve.
- Les législations nationales peuvent prévoir une réglementation plus étendue.

La directive est entrée en vigueur le 24 décembre 2020. Les États membres, qui ont jusqu'au 25 décembre 2022 pour la transposer dans leur législation nationale, devront

¹⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD).

¹⁸ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JO 2020 L 409, p. 1.

appliquer ces nouvelles dispositions à partir du 25 juin 2023. Les travaux de mise en œuvre de la directive sont en cours dans les États membres de l'UE¹⁹.

L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et l'*European Law Institute* (ELI) ont, dans le cadre d'un projet commun qui a abouti en 2020, rédigé un document intitulé *Model European Rules of Civil Procedure*. Les règles qui y sont exposées peuvent fournir un modèle d'acte normatif dans la perspective de l'évolution du droit de procédure civile dans l'UE et en Europe de manière générale²⁰. L'exercice des droits collectifs y est également traité, sous la forme d'une action de groupe que des demandeurs qualifiés peuvent introduire dans l'intérêt d'un groupe de personnes lésées.

3.2 Règlementation dans les États européens

3.2.1 Allemagne

L'Allemagne dispose depuis le 1^{er} novembre 2005, avec le *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG), 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. Révisée en 2012, sa durée de validité est limitée au 31 décembre 2023²¹.

Le 1^{er} novembre 2018 a été instituée l'action en constatation modèle en matière civile.²² Les organisations de défense des consommateurs spécialement qualifiées peuvent introduire une action de ce type dès lors qu'elles agissent au nom de dix consommateurs concernés au moins. Si leur demande est admise, d'autres personnes concernées peuvent déclarer qu'elles participent à l'action en se faisant inscrire dans un registre; cette démarche interrompt la prescription. La procédure est menée si au moins 50 personnes y participent. Le jugement rendu au terme de la procédure d'action en constatation modèle, qu'il soit positif ou négatif, déploie ses effets pour tous ceux qui participent à l'action. La mise en œuvre des prétentions en réparation individuelles fait l'objet d'une procédure subséquente – dans la mesure où c'est encore nécessaire. Jusqu'à présent, quinze actions en constatation modèles ont été inscrites au registre correspondant.

¹⁹ Pour plus d'informations, voir par exemple, pour les Pays-Bas, la page www.internetconsultatie.nl/implementatie_rl_collectieve_actie, ou pour l'Irlande, la page www.gov.ie/en/consultation/14987-public-consultation-on-the-transposition-of-directive-eu-20201828-on-representative-actions-for-the-protection-of-the-collective-interests-of-consumers/.

²⁰ Voir à ce propos www.europeanlawinstitute.eu > Projects&Publications > Completed Projects > Model European Rules of Civil Procedure (with UNIDROIT).

²¹ Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz du 19 octobre 2012 (BGBl. 2012-I p. 2182), modifié en dernier lieu par l'art. 1 de la loi du 16 octobre 2020 (BGBl. 2020-I p. 2186)

²² Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage du 12 juillet 2018, BGBl. 2018-I p. 1151.

3.2.2 Autriche

Il s'est développé dans la pratique autrichienne, depuis le début des années 2000, une action collective dite *d'inspiration autrichienne*. Dans le cadre de cette action, une organisation demanderesse – de préférence une organisation de défense des consommateurs – fait valoir un grand nombre de prétentions par cumul d'actions, dans la perspective d'un recouvrement²³. Coexistent avec cet instrument des actions des organisations visant l'interdiction de l'utilisation et de la recommandation des conditions générales illicites, l'interdiction des pratiques commerciales illicites ou l'interdiction et la cessation de la concurrence déloyale²⁴.

3.2.3 Italie

L'Italie a doté en 2010 sa législation sur la protection des consommateurs d'une action de groupe (*azione di classe*) qui a déjà été adaptée plusieurs fois depuis lors. Cet instrument permet à une organisation ou à un particulier d'intenter une action à laquelle d'autres consommateurs peuvent se joindre. La procédure de l'action de groupe se compose de deux phases, l'une portant sur l'admissibilité de l'action et l'autre sur le jugement au fond²⁵. Les règles relatives à cette action de groupe ont été de nouveau révisées et étendues le 19 novembre 2020: en particulier, elles prévoient désormais un registre spécial des actions de groupe, une procédure d'admission plus rapide et, surtout, l'extension du champ d'application matériel (qui englobe notamment la responsabilité du fait des produits, le droit de la concurrence et les services financiers) et personnel (étendu aux non-consommateurs).

3.2.4 France

La France a introduit en 2014 dans son code de la consommation une *action de groupe* en deux étapes, ouverte à des associations agréées de défense des consommateurs²⁶. L'action de groupe permet de saisir les tribunaux de manière collective afin d'obtenir réparation d'un préjudice. C'est uniquement après la décision du juge (ou le règlement amiable du litige) que les personnes répondant aux critères de rattachement peuvent adhérer au groupe pour obtenir la réparation²⁷. Depuis l'adoption de la loi de modernisation de la justice de 2016, l'action de groupe est également applicable dans le

²³ Voir le rapport «Exercice collectif des droits» (note 2), p. 17 ss, ainsi que ALEXANDER KLAUSER/PETER HADLER, Kollektiver Rechtsschutz in der österreichischen Praxis, ZZPInt 18 (2013), p. 103 ss avec d'autres références.

²⁴ Voir PETRA LEUPOLD, Kollektiver Rechtsschutz: Österreich und Deutschland im Vergleich, ecolex 2019, p. 564 avec d'autres références.

²⁵ Voir ALESSIO VICINZINO, L'action de groupe en Italie: état de la situation, Revue Européenne de Droit de la Consommation 2014, p. 549 ss.

²⁶ Art. 1 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014.

²⁷ Voir STEPHANIE ROHLFING-DIJOUX, Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht, EuZW 2014, p. 771 ss avec d'autres références.

domaine de la santé, en présence de discriminations, en droit de l'environnement et concernant la protection des données personnelles.

3.2.5 Pays-Bas

Depuis juillet 2005 et l'entrée en vigueur de la loi concernant la liquidation collective des dommages de masse (*WCAM*), révisée ensuite en 2012/2013, les Pays-Bas disposent de règles spéciales de *transaction de groupe* en vue de la mise en œuvre collective des droits. Cette procédure particulière 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 vise la conclusion d'une transaction approuvée par le juge, qui la déclarera obligatoire pour tous les lésés qui n'auront pas déposé une déclaration de sortie écrite dans un certain délai. À ce jour, sept affaires de dommages collectifs ont été réglées par une transaction de groupe²⁸. Le 1^{er} janvier 2020, l'action des organisations du droit néerlandais a été étendue par la loi sur le règlement des dommages de masse par des actions collectives. Elle a pris la forme d'une véritable action collective ou action de groupe visant un règlement collectif des dommages touchant un grand nombre de personnes, avec une option de retrait. Le but est d'inciter davantage à recourir à la transaction de groupe²⁹.

4 Présentation du projet

4.1 Règlements proposés

4.1.1 Extension de l'action des organisations

L'action des organisations réglée à l'art. 89 CPC doit être adaptée sur quelques points afin que cet instrument d'exercice collectif des droits puisse être mis en œuvre plus efficacement. Concrètement, il s'agit d'adapter l'art. 89 comme suit:

- Comme le prévoyait l'avant-projet, l'action des organisations ne sera plus limitée aux atteintes à la personnalité; elle pourra en principe, comme l'action individuelle, porter sur toute atteinte illicite (en matière de droit privé).
- Les conditions de la qualité pour agir des organisations seront définies plus clairement qu'aujourd'hui. Les associations et autres organisations visées à l'art. 89, al. 1, P-CPC devront remplir quatre exigences pour être autorisées à agir au nom d'un groupe de personnes: l'absence de but lucratif, une existence depuis douze mois au moins, une habilitation statutaire à défendre les droits

²⁸ Voir MATTHIS PETER, *Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren – Einvernehmliche Streitbeilegung im kollektiven Rechtsschutz*, Thèse, Zurich 2017, p. 65 ss, et THIJS BOSTERS, *Collective Redress and Private International Law in the EU*, La Haye 2017, p. 47 ss.

²⁹ Voir IANIK A TZANKOVA/XANDRA E. KRAMER, *From Injunction and Settlement to Action: Collective Redress and Funding in the Netherlands in: UZELAC/VOET, Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?*, Springer 2021, p. 97 ss avec d'autres références.

du groupe et l'indépendance vis-à-vis de la partie adverse. Ces conditions, en grande partie nouvelles, sont dans l'intérêt tant de la partie défenderesse que des membres du groupe de personnes au nom duquel l'action est intentée, sans compter qu'elles participent aussi au bon fonctionnement de l'État de droit. Il ne faut cependant pas perdre de vue le fait que l'action des organisations au sens de l'art. 89 CPC n'est aujourd'hui pratiquement pas utilisée; le sens de la mesure n'est en aucun cas de restreindre encore le recours à cet instrument.

- Comme aujourd'hui, l'action des organisations pourra viser l'interdiction ou la cessation d'une atteinte aux droits, ou bien encore la constatation du caractère illicite d'une atteinte. Dans ce dernier cas, les personnes concernées ne devront pas justifier d'un intérêt particulier à la constatation. Elle permettra également de demander au juge d'une rectification, la communication du à des tiers ou sa publication.

Ces nouvelles règles sont complétées par d'autres adaptations de la procédure civile suisse (CPC) et internationale (loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP; RS 291]), concernant notamment la compétence à raison de la matière et à raison du lieu concernant les actions des organisations, ainsi que les frais judiciaires.

4.1.2 Un nouvel instrument, l'action en réparation des organisations

En parallèle, le CPC sera complété par une disposition instaurant une action des organisations visant à faire valoir un droit à réparation (art. 307b P-CPC). Cette action permettra l'exercice effectif des prétentions découlant de dommages collectifs et, dans une certaine mesure, de dommages dispersés³⁰. Elle viendra compléter utilement les possibilités actuelles de faire valoir des prétentions collectives – qui demeureront admissibles à l'avenir – sous la forme d'une cession de droits (en vue du recouvrement) et d'un cumul d'actions réunissant plusieurs prétentions³¹. Une association ou une autre organisation ayant qualité pour intenter une action des organisations en application de l'art. 89 CPC ou d'une disposition d'une loi spéciale pourra, en vertu de cette nouvelle norme, faire valoir en son propre nom et à ses propres risques les prétentions pécuniaires des personnes concernées (*Prozessstandschaft*), lesquelles auront dû l'y habilitier au préalable ou s'être expressément jointes à l'action (option d'adhésion). Les prétentions devront reposer sur des faits ou des fondements juridiques similaires, de sorte que l'on puisse parler de dommage collectif ou dispersé, et au moins dix personnes concernées devront avoir habilité l'association ou organisation à mener le procès avant l'introduction de la demande auprès des tribunaux. Le Conseil fédéral ne

³⁰ Lors de *dommages collectifs*, un grand nombre de personnes est touché de la même façon ou de façon similaire, chaque individu subissant un dommage considérable. Les *dommages dispersés* sont en revanche ceux qui touchent un grand nombre de personnes, mais pour un montant individuel de faible valeur. Pour plus de détails, voir le rapport «Exercice collectif des droits» (note 2), p. 10 ss.

³¹ Voir LORENZ LAUER, *Kollektiver Rechtsschutz im Schweizerischen Privatrecht*, BJM 2017, p. 173 ss, 186 et TANJA DOMEJ, *Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?*, ZZP 2012, p. 421 ss avec d'autres références.

souhaite pas limiter ce type d'action sur le plan matériel en le circonscrivant à certaines atteintes au droit ou à certains domaines juridiques – bien que cela eût été envisageable, à l'exemple de la nouvelle directive européenne relative aux actions représentatives. Étant donné que l'action des organisations doit satisfaire à des conditions restrictives par rapport à l'avant-projet, on peut renoncer à en poser d'autres relatives à l'utilisation du gain du procès ou à l'aptitude de l'organisation demanderesse.

À la différence de l'avant-projet, l'action sera introduite par une demande d'admission sur laquelle le juge statuera après avoir entendu la partie adverse. L'action ne sera admise que si les conditions sont remplies; c'est alors que s'ouvrira la procédure proprement dite. L'action de l'organisation sera inscrite dans un registre électronique accessible au public tenu par le canton. Ce registre contiendra les informations principales sur toutes les procédures collectives, qui se trouveront donc publiées. Les personnes concernées pourront décider de se joindre à l'action sur la base de ces informations, dans un délai déterminé qui devra être d'au moins trois mois. De la sorte, le défendeur saura à ce moment-là qui sont les personnes concernées et quelles sont leurs prétentions. Dans la procédure qui suivra, le tribunal statuera sur la demande et sur les prétentions en réparation élevées par l'association ou l'organisation au nom des personnes concernées, à moins qu'une transaction entre les parties n'ait abouti avant qu'il ne tranche (voir art. 307*h* ss P-CPC et les explications au ch. 4.1.3). Les règles générales de procédure civile s'appliqueront en principe, notamment pour ce qui est des preuves. Contrairement aux législations étrangères, c'est à dessein que l'on a omis de prévoir des dispositions particulières. Il en ira de même pour la règlementation des frais de procédure et notamment pour l'obligation faite éventuellement à l'organisation demanderesse de fournir une avance de frais et une sûreté en garantie des dépens, obligation qui vise à protéger le défendeur.

4.1.3 Règlementation des transactions collectives

La nouvelle procédure d'action des organisations sera complétée par une règlementation des transactions collectives (art. 307*h* ss P-CPC), qui prend en compte les besoins et les risques spécifiques en matière de règlement des dommages collectifs ou dispersés. Cette procédure sert les intérêts des deux parties, tout particulièrement ceux de la partie défenderesse.

L'entrée en force de la transaction sera soumise à l'approbation du tribunal; à la différence de ce qui se passe dans une procédure individuelle, la transaction liera les parties et les personnes concernées uniquement après avoir été examinée et approuvée par le tribunal, et ce dans l'intérêt des personnes concernées qui ne sont pas directement parties à la procédure. En principe, elle liera les personnes qui se sont jointes à l'action de l'organisation (transaction avec option d'adhésion). Le tribunal s'assurera que l'accord trouvé est adéquat, que la transaction n'est pas contraire au droit impératif, que les conséquences financières sont réglées de manière appropriée et que les intérêts des personnes touchées par la transaction sont globalement préservés de manière appropriée (art. 307*j* P-CPC).

Dans certains cas, et à titre exceptionnel, il sera possible de conclure une transaction avec option de retrait, c'est-à-dire étendant ses effets à toutes les personnes concernées par l'atteinte alléguée qui n'auront pas déclaré qu'elles se retirent du groupe dans un délai déterminé. Comme les personnes concernées ne sont pas elles-mêmes parties à la procédure et ne jouissent donc pas des droits dévolus aux parties, une condition supplémentaire est posée à l'application de cette procédure: la prétention à réparation de chaque personne concernée devra porter sur un montant si faible qu'une action individuelle ne se justifie pas (voir art. 307*h*, al. 2, let. a, P-CPC); on ne peut en ce cas parler d'une restriction des droits procéduraux, parce que, sans la procédure collective, il n'y aurait de fait pas de procédure et donc pas d'exercice des droits.

En pratique, il arrive qu'une transaction soit conclue entre des organisations représentatives et une ou plusieurs personnes ayant causé une atteinte au droit, sans que des prétentions aient été élevées par la voie d'une action des organisations, si bien qu'il faut également régler ce cas dans la loi. Le projet comprend donc des dispositions réglant la transaction collective sans action des organisations (art. 307*k* et 307*l* P-CPC).

4.2 Transaction et action de groupe: deux instruments rejetés

Le Conseil fédéral a renoncé à créer une procédure distincte de transaction de groupe comme le prévoyait l'avant-projet, car elle a été considérée comme trop complexe par les participants à la consultation³². Les règles applicables aux transactions collectives peuvent être intégrées sans problème dans la procédure d'action des organisations.

Par ailleurs, le Conseil fédéral ne souhaite pas instaurer de véritable action de groupe de style *class action*, avec un membre du groupe de personnes concernées qui agit en faveur des autres membres du groupe, bien que la motion Birrer-Heimo 13.3931 le demande dans une certaine mesure: il n'en existe pas le besoin en Suisse à l'heure actuelle et l'on ne voit pas que ce type d'action soit nécessaire pour améliorer l'exercice collectif des droits. Il est préférable, de l'avis du Conseil fédéral, de se fonder sur l'instrument bien connu en Suisse de l'action des organisations. De plus, cette approche correspond aux derniers développements dans les autres États européens.

4.3 Mise en œuvre

Les modifications de loi proposées ne devraient nécessiter aucune disposition d'exécution, pas même l'obligation faite au Conseil fédéral de mettre à la disposition du public des informations concernant les registres cantonaux des procédures collectives prévus à l'art. 307*g* P-CPC et une liste de ces registres (art. 400, al. 2^{bis}, P-CPC).

La modification proposée du CPC pourrait cependant induire quelques adaptations des législations cantonales et notamment des lois de procédure et des lois sur l'orga-

³² Voir la synthèse des résultats de la procédure de consultation (note 11), p. 47 ss.

nisation judiciaire (voir ch. 6.2). De plus, la tenue d'un registre électronique des procédures collectives dans chaque canton (voir commentaire de l'art. 307g P-CPC) devra sans doute être réglée par le droit cantonal.

Le droit transitoire est régi par les dispositions générales des art. 404 ss CPC et par les principes généraux applicables en matière de procédure au droit intertemporel. En vertu de ces règles, sous réserve de l'art. 404, al. 1, CPC, les nouvelles dispositions de droit procédural s'appliquent aux actes de procédure qui ont lieu après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Seront donc soumises aux dispositions du projet les actions des organisations introduites après leur entrée en vigueur. Il n'est pas nécessaire d'édicter des dispositions transitoires spécifiques concernant cette modification du CPC.

5 Commentaire par article

5.1 Code de procédure civile

Art. 5, al. 1, let. j

Les actions des organisations et les déclarations de force obligatoire de transactions collectives doivent être traitées par une instance cantonale unique en raison de leur complexité, mais aussi afin de centraliser les connaissances et de développer un savoir-faire spécifique. Il résulte de l'art. 75, al. 2, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)³³ que cette autorité cantonale unique doit être un tribunal supérieur. La renonciation à une instance de recours cantonale contre les décisions rendues en matière d'action des organisations et de transactions collectives, en dérogation au principe de la *double instance*, est justifiée, malgré certaines critiques émises dans la procédure de consultation³⁴: en plus de la compétence technique du tribunal et de la célérité souhaitée dans le traitement de ces procédures, cette restriction est justifiée par la protection juridique particulière offerte par les procédures collectives.

Art. 16a Actions des organisations et transactions collectives

Comme déjà proposé dans l'avant-projet, la compétence à raison du lieu devra être réglée de manière spéciale pour l'action des organisations et la transaction collective. Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, un for alternatif existera, en plus des tribunaux du domicile ou du siège de la partie défenderesse, à tous les lieux où une action individuelle pourrait être introduite par l'une des personnes concernées (*al. 1*), c'est-à-dire aussi au lieu de l'acte et à celui de son résultat, comme l'ont demandé certains participants à la procédure de consultation³⁵. Les personnes concernées sont, en cas d'action des organisations visant à faire valoir des droits à réparation au sens des art. 307b ss P-CPC, celles qui ont habilité l'organisation à agir (voir art. 307b, let. b, P-CPC). Les tribunaux du siège de l'organisation qui agit seront compétents au surplus pour les déclarations de force obligatoire des transactions collectives (*al. 2*).

³³ RS 173.110

³⁴ Voir la synthèse des résultats de la consultation (note 11), ch. 5.2.

³⁵ Voir la synthèse des résultats de la consultation (note 11), ch. 5.4.

Ces fors ne sont pas impératifs et l'on peut imaginer que les parties y dérogent par une élection de for; cela est même probable pour la déclaration de force obligatoire d'une transaction collective.

Art. 89 Action des organisations

L'extension et l'adaptation des règles relatives à l'action des organisations visent à ce qu'elles ne restent pas lettre morte et contribuent à une mise en œuvre efficace des droits collectifs. Concrètement, la limitation à l'invocation des atteintes à la personnalité est supprimée, ce qui ouvre l'action des organisations à tout le droit privé. Parallèlement à l'élargissement du champ d'application de l'action, quant à la matière et aux types d'actions possibles, les conditions auxquelles une association ou une autre organisation est qualifiée pour agir sont définies de manière plus étroite.

Conditions de l'action des organisations (al. 1)

Selon le droit en vigueur, les associations et organisations d'importance nationale ou régionale que leurs statuts habilite à défendre les intérêts d'un groupe déterminé de personnes peuvent agir en leur propre nom pour faire valoir une atteinte à la personnalité des membres de ce groupe de personnes (art. 89, al. 1, CPC). D'après la proposition du Conseil fédéral, l'action des organisations sera admissible pour toutes les atteintes aux droits (de nature privée) d'un groupe de personnes déterminé (*al. 1, phrase introductive*) et ouverte aux associations et autres organisations réalisant les quatre conditions suivantes:

- Pour prévenir les abus et le détournement de l'action des organisations, il faudra à l'avenir que les associations et organisations, pour avoir la qualité pour agir, aient un but non lucratif, c'est-à-dire que leur activité statutaire ne vise pas la réalisation d'un bénéfice (*let. a*). Les sociétés et les entreprises commerciales seront exclues, mais non les organisations ayant pour but de protéger de telles entreprises ou personnes ou de représenter leurs intérêts. Les organisations commerciales à proprement parler ne doivent pas pouvoir se servir de l'action des organisations, car cela entrerait en contradiction avec la forme suisse de cette action et pourrait causer des conflits d'intérêts. Ce sont donc principalement les associations au sens des art. 60 ss du code civil (CC)³⁶ ainsi que les fondations au sens des art. 80 ss CC qui entrent en considération.
- Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, le projet prévoit explicitement qu'une association ou une autre organisation doit exister depuis au moins douze mois au moment de l'introduction de l'action (*let. b*). Cela permet d'éviter la constitution d'organisations *ad hoc*, un point qui a régulièrement fait l'objet de critiques³⁷. Les règles applicables dans les autres pays européens prévoient également que la qualité pour agir dépend d'une durée d'existence minimale (voir l'art. 4, par. 3, let. a, de la directive (UE) 2020/1828).

³⁶ RS 210

³⁷ À ce propos, voir p. ex. le message sur le CPC 2006, FF 2006 6841, 6902.

- Comme sous le droit en vigueur, une organisation n’a la qualité pour agir que si ses statuts l’habilitent à défendre les intérêts d’un groupe de personnes défini, dont les droits menacés ou violés forment justement l’objet de l’action (*let. c*). Par rapport au droit en vigueur, le texte mentionne également l’acte constitutif, car les fondations entrent également en ligne de compte comme organisations demanderesse.
- Une condition supplémentaire par rapport au droit en vigueur sera l’indépendance de l’association ou de l’organisation demanderesse par rapport à la ou les parties défenderesses (*let. d*). Il s’agit d’éviter que les intérêts des personnes concernées ne soient pas ou pas entièrement pris en compte lorsqu’une action des organisations est intentée ou menée. Cette condition se retrouve aussi dans les réglementations étrangères (voir l’art. 4, par. 3, let. e, de la directive (UE) 2020/1828).

Par rapport au droit en vigueur, la condition de l’«importance nationale ou régionale» sera supprimée. Cette condition est peu claire pour la pratique, par exemple en ce qui concerne les organisations internationales ou au contraire locales³⁸. Si les autres conditions sont réalisées, les organisations étrangères ont aussi la qualité pour agir. Au vu des résultats de la procédure de consultation³⁹, le Conseil fédéral renonce également à prévoir des conditions supplémentaires relatives à l’aptitude ou à la qualification des associations et organisations.

Droits d’action (al. 2 et 3)

Comme sous le droit en vigueur, une organisation pourra agir en interdiction ou en cessation d’une atteinte. L’action des organisations pourra également tendre à la constatation de l’illicéité d’une atteinte; ce type d’action sera régi par les conditions générales relatives à l’intérêt à la constatation. Il ne sera plus exigé que le trouble causé par l’atteinte subsiste, car cette condition a conduit, par le passé, au rejet d’actions des organisations par les tribunaux⁴⁰. En particulier, l’intérêt à l’invocation future de prétentions individuelles constitue un intérêt suffisant au constat.

La disposition sera complétée par un *al. 3*, qui mentionnera explicitement que les parties peuvent demander que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié. Cela correspond à la disposition de l’art. 9, al. 2, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale⁴¹ et à la doctrine relative au droit en vigueur⁴².

Réserve en faveur de dispositions légales spéciales sur le droit d’action des organisations (al. 4)

La réserve en faveur de dispositions légales spéciales sur le droit d’action des organisations, prévue à l’art. 89, al. 3, CPC, sera maintenue et précisée. Dans l’intérêt de l’uniformité et de la cohérence, la réserve sera modifiée comme suit: les dispositions

³⁸ Voir p. ex. ALEXANDER BRUNNER, art. 89 n° 10, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (éd.), *Kommentar ZPO*, 2^e éd., Zurich 2016.

³⁹ Voir la synthèse des résultats de la consultation (note 11), ch. 5.1.

⁴⁰ Voir l’arrêt du Tribunal fédéral 4A_483/2018 du 8 février 2019, consid. 3.

⁴¹ RS 241

⁴² Voir SAMUEL KLAUS, art. 89 n° 64 s., in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (éd.), *BSK ZPO*, 3^e éd., Bâle 2017.

spéciales sur le droit d'action des organisations et associations sont réservées dans la mesure où elles admettent ces actions plus largement que les dispositions du CPC. Ceci peut concerner aussi bien les conditions relatives à la qualité pour agir que celles relatives aux actions admissibles. Compte tenu de cette précision, il n'est pas nécessaire de modifier ces dispositions spéciales sur le droit d'action des organisations dans le cadre de ce projet, contrairement à ce qui était prévu dans l'avant-projet.

Art. 107, al. 1, let. d^{bis} et d^{ter}

Afin de tenir compte des particularités et des risques liés aux frais de procédure de l'action des organisations, le Conseil fédéral est d'avis qu'il y a lieu d'inclure ces actions dans la liste d'exceptions de l'art. 107, al. 1, CPC, disposition qui habilite le tribunal à s'écarter des règles de répartition des frais de l'art. 106 CPC. Cette mesure permettra au tribunal de tenir compte des particularités des actions de ce type pour répartir les frais selon sa libre appréciation. Cela permettra également, selon les cas, de réduire les coûts pour les organisations et ainsi d'atténuer indirectement le risque financier lié à ces actions. Pour limiter les risques financiers, il faut également inclure, dans la liste des exceptions, le cas où une partie retire sa demande individuelle pour adhérer à une action d'une organisation (voir l'art. 307d, al. 3); sinon, la partie concernée renoncera souvent à retirer son action pour des motifs financiers. Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, une disposition de ce type n'est pas nécessaire pour les transactions collectives, car celles-ci règlent la prise en charge des frais et l'accord correspondant est de toute manière examiné par le tribunal (voir l'art. 307j, al. 1, let. d, P-CPC).

Titre suivant l'art. 307a

Les règles relatives à la nouvelle action des organisations visant à faire valoir des droits à réparation (chapitre 1) et aux transactions collectives (chapitre 2) seront insérées sous un nouveau titre 8a «Procédure applicable aux actions des organisations et aux transactions collectives».

Art. 307b

Cette disposition règle, dans une section à part, les conditions de l'action des organisations visant à faire valoir un droit à réparation. Elle vise principalement les dommages-intérêts, mais il sera aussi envisageable d'agir en remise de gain et – contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet – en tort moral. Cette nouvelle forme d'action des organisations sera admissible aux conditions suivantes:

- La *let. a* exige que l'association ou l'organisation ait la qualité pour intenter une action des organisations en son nom. Cette règle était déjà prévue dans l'avant-projet. Le droit d'action pourra découler de l'art. 89 CPC, auquel cas les conditions de l'art. 89, al. 1, P-CPC doivent être réalisées (voir le commentaire de cette disposition) ou d'une disposition spéciale sur le droit d'action des organisations et associations au sens de l'art. 89, al. 4, P-CPC, auquel cas les conditions correspondantes devront être réalisées.
- Parce que l'action des organisations visant à faire valoir un droit à réparation n'a de sens que si un grand nombre de personnes est touché, l'association ou

l'organisation demanderesse devra avoir été habilitée à agir, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, par au moins dix personnes (*let. b*). Ces habilitations devront exister au moment du dépôt de la demande. Il faut les distinguer des déclarations par lesquelles d'autres personnes se joignent à l'action collective (voir à ce propos le commentaire de l'art. 307d P-CPC).

- L'invocation collective de prétentions en réparation par le biais de l'action des organisations n'a de sens, du point de vue financier et de l'économie de procédure, que si les prétentions présentent un lien de connexité. Comme en cas de consorité (art. 71, al. 1, CPC), il faudra que les prétentions en réparation soulevées reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables (*let. c*). Cette exigence de connexité, qui a été rajoutée par rapport à l'avant-projet, est formulée de manière relativement peu stricte, ce qui permet d'appréhender les cas de dommages collectifs ou dispersés tout en excluant les cas qui ne présentent aucun lien de connexité.

Ces conditions, tout comme la procédure d'admission (voir l'art. 307c P-CPC) et le choix de l'option d'adhésion (*opt in*; voir l'art. 307d P-CPC) permettront de renoncer aux autres conditions prévues dans l'avant-projet, qui avaient été critiquées, notamment celles relatives à l'utilisation du gain résultant de la procédure ou à l'aptitude de l'association ou de l'organisation demanderesse. Comme déjà mentionné (voir le ch. 1.2.2), le Conseil fédéral est d'avis qu'il faut renoncer à limiter l'action des organisations à certains types de violations ou certains domaines du droit; une telle délimitation serait arbitraire, car en créant un catalogue, on risque de créer de nouvelles lacunes dans la protection des droits.

Art. 307c Admission

En raison de son importance et de ses effets, l'action des organisations visant à la réparation devra être introduite par une demande d'admission. Celle-ci sera traitée dans une procédure d'admission séparée. Ce changement par rapport à l'avant-projet permet de simplifier la procédure proprement dite, qui n'aura lieu que si les nombreuses conditions pour agir sont réalisées.

L'*al. 1* règle les éléments que doit contenir la demande d'admission d'une action des organisations visant à faire valoir des droits à réparation. Elle ne doit pas forcément contenir d'allégués de fait, ni mentionner les moyens de preuve. Elle doit en revanche fournir au tribunal l'indication de la valeur litigieuse, qui est nécessairement provisoire (*let. c*), des informations sur l'atteinte invoquée et le groupe des personnes concernées (*let. d*) et la confirmation que les conditions spéciales de l'action des organisations sont réalisées (*let. e*).

Le tribunal se prononcera sur l'admission après avoir donné à la partie adverse l'occasion de se prononcer (*al. 2*). Si l'action est admissible, la procédure proprement dite démarrera (*al. 3*). L'action sera simultanément inscrite au registre électronique des procédures collectives du canton concerné, ce qui conduira à sa publication (*al. 4*; voir à ce propos le commentaire de l'art. 307g P-CPC) et produira les effets et impliquera les démarches prévues à l'art. 307d P-CPC. En plus d'avoir les conséquences prévues à l'art. 64 CPC, l'admission de l'action produira des effets particuliers, en faveur de

la partie défenderesse, du point de vue de la litispendance et du blocage de demandes ultérieures. L'admission d'autres actions des organisations visant à faire valoir des prétentions en réparation contre le défendeur qui se fondent sur la même atteinte sera exclue jusqu'à la fin du délai pour se joindre à l'action selon l'art. 307d, al. 2, P-CPC.

Art. 307d Faculté de se joindre à l'action et lien avec les actions individuelles

Comme proposé dans l'avant-projet, l'action des organisations visant à faire valoir des prétentions en réparation suit la conception de l'option d'adhésion (*opt in*): l'action des organisations ne lie les personnes concernées que dans la mesure où elles ont habilité une association ou une organisation à mener l'action (voir l'art. 307f, al. 1, P-CPC). Cette approche correspond à celle qui prévaut dans les autres pays européens (voir à ce propos le ch. 3). Elle garantit également que personne ne soit concerné par un procès sans avoir émis de déclaration de volonté ou avoir agi en ce sens. Ce système permet d'identifier les personnes qui seront liées par l'action des organisations et les prétentions en réparation qui sont en jeu dans le procès.

La publication dans le registre électronique permet aux personnes concernées d'avoir connaissance de l'admission de l'action des organisations. Elles peuvent alors décider de se joindre à l'action des organisations ou non. Le tribunal fixera à cet effet un délai d'au moins trois mois. Dans ce délai, les personnes concernées pourront habilitier l'association ou l'organisation demanderesse à mener le procès. L'habilitation devra être donnée par écrit ou par tout autre moyen permettant d'établir la preuve de cette habilitation par un texte (*al. 1*). L'*al. 2* exige que l'organisation demanderesse ou un tiers désigné par le tribunal tienne un registre des personnes qui se sont jointes à l'action. Le registre fait partie du dossier et pourra être consulté par la partie défenderesse. Ces données ne seront cependant pas accessibles au public.

Les personnes qui ont déjà intenté une action individuelle pour faire valoir leurs droits à la réparation contre la partie défenderesse ne doivent pas être privées de la possibilité de se joindre à l'action de l'organisation; l'efficacité de la protection des droits s'en trouvera améliorée. L'*al. 3* règle cette forme particulière de retrait de la demande: la partie demanderesse pourra retirer son action individuelle et simultanément se joindre à l'action de l'organisation. En dérogation à l'art. 65 CPC, le retrait de la demande n'emportera pas autorité de la chose jugée.

Art. 307e Poursuite de la procédure

Après l'admission de l'action des organisations (voir l'art. 307b P-CPC) et l'adhésion des personnes concernées (voir l'art. 307c P-CPC), la procédure proprement dite démarre. Il s'agit pour l'essentiel d'une procédure ordinaire, à laquelle s'appliquent en principe les art. 219 ss CPC. L'art. 307e P-CPC instaure une exception et deux compléments à ce régime:

- L'*al. 1* prévoit que le tribunal invite les parties à une audience de conciliation. Bien que la procédure de conciliation n'ait pas lieu avant l'introduction d'une action des organisations (voir l'art. 198, let. f, CPC), il se justifie, pour des motifs d'économie de procédure, de tenir une audience de conciliation afin de tenter de trouver un accord. Cette audience devrait avoir lieu après le dépôt de

la demande motivée ou après le premier échange d'écritures. Si une transaction collective est conclue à l'issue de cette audience de conciliation ou d'une audience d'instruction, les règles de la section 4 relatives à l'approbation et à la déclaration de force obligatoire s'appliqueront. Pour le surplus, la procédure obéira aux règles régissant la procédure ordinaire, en particulier en ce qui concerne la tenue de débats d'instruction (voir l'art. 226 CPC) et la possibilité d'ordonner un second échange d'écritures (voir l'art. 225 CPC). Les déclarations faites à l'audience de conciliation n'auront aucune incidence sur la possibilité d'alléguer des faits nouveaux ni la possibilité d'alléguer des faits et d'offrir des moyens de preuve de manière illimitée à deux reprises.

- L'*al.* 2 prévoit des attributions spéciales du tribunal dans le cadre de l'action des organisations, qui s'ajoutent aux prérogatives générales du tribunal dans la conduite du procès (art. 124 CPC). Le tribunal pourra diviser le groupe de personnes concernées en sous-groupes (*let. a*). Il pourra également adapter les registres des personnes concernées (*let. b*).
- L'*al.* 3 permet au tribunal de consulter des experts pour la procédure; cette possibilité s'ajoute aux prérogatives générales prévues dans la procédure probatoire. Cette disposition vise des personnes particulièrement qualifiées, qui soutiennent le tribunal soit dans l'établissement des faits, soit dans l'appréciation juridique, à la manière d'un *amicus curiae*.

Art. 307f Décision

Cette disposition règle les particularités de la décision relative à l'action des organisations visant à faire valoir des prétentions en réparation. Cette décision obéit, sur le principe, aux règles générales prévues aux art. 236 ss CPC, y compris pour la force de chose jugée et ses effets. L'*al.* 1 précise explicitement à ce propos que la décision lie non seulement les parties, mais aussi les personnes concernées qui se sont jointes à l'action. Comme leur adhésion repose sur une déclaration et une habilitation explicites (art. 307d P-CPC), cette extension de la force de chose jugée est parfaitement conforme aux principes généraux de la procédure. L'*al.* 2 prescrit des informations supplémentaires que la décision doit contenir si elle prévoit le versement d'une indemnité. Enfin, l'*al.* 3 règle une particularité de l'exécution: en principe, seules les parties peuvent exiger l'exécution; pour protéger les personnes concernées, il est prévu qu'elles puissent exiger l'exécution pour leur compte si l'organisation demanderesse a au moins partiellement gain de cause et qu'elle n'entreprend pas, dans les douze mois qui suivent l'entrée en force de la décision, les démarches en vue de la faire exécuter.

Art. 307g

Comme l'action des organisations visant à faire valoir une prétention en réparation repose sur l'existence de dommages collectifs ou de dommages dispersés, elle concerne toujours un nombre important de personnes, voire un groupe de personnes dont les membres ne sont pas tous connus ou ne peuvent pas être identifiés. Il est donc essentiel que le public soit informé de ces procédures collectives, car il s'agit de la seule manière pour les personnes concernées de connaître leurs droits et de les mettre

en œuvre. Dès lors, le tribunal doit veiller à ce que les principales étapes de la procédure soient publiées (*al. 1*). Pour assurer cette information, l'avant-projet prévoyait encore des obligations d'information étendues à la charge des parties, qui étaient aussi très coûteuses (voir p. ex. l'art. 352*d*, al. 2, et l'art. 352*f*, al. 3, AP-CPC), raison pour laquelle il y a été renoncé.

À la différence d'autres pays européens et, dans une certaine mesure, de la directive de l'UE, le Conseil fédéral renonce pour l'heure à la création d'un registre suisse des actions des organisations et des procédures collectives, ne serait-ce que pour des questions de financement. Il se peut qu'une solution simple du point de vue technique puisse être trouvée dans le cadre de la numérisation de la justice suisse avec le projet *Justitia 4.0*.

Il reviendra aux cantons de tenir un registre électronique des procédures collectives et de le rendre accessible par voie électronique (*al. 2*). Cette manière de garantir la publicité est déjà utilisée dans d'autres domaines. Il paraît approprié de confier la tenue de ce registre au tribunal supérieur du canton. L'*al. 3* précise le contenu du registre électronique. Celui-ci doit permettre de connaître les informations essentielles, notamment les décisions judiciaires rendues dans des procédures collectives. Sur la base des informations du registre, les personnes concernées doivent pouvoir déterminer si et dans quelle mesure elles sont concernées par une procédure collective, puis décider de participer à une procédure en se joignant à une action des organisations, de se retirer d'une éventuelle transaction collective (voir l'art. 307*i*, al. 1, P-CPC) ou encore de retirer une action individuelle pendante pour se joindre à l'action d'une organisation (voir l'art. 307*d*, al. 3, P-CPC).

Pour compléter ce régime, la Confédération mettra également des informations à la disposition du public, en particulier une liste des différents registres électroniques (voir à ce propos le commentaire de l'art. 400, al. 2^{bis}, P-CPC).

Art. 307h Demande

Les expériences pratiques dans le traitement de dommages collectifs et dispersés en Suisse et à l'étranger révèlent que ceux-ci sont généralement réglés par voie de transaction, indépendamment de la manière dont les instruments servant à l'exercice collectif des droits sont conçus. Cette forme de résolution des litiges est dans l'intérêt de toutes les personnes concernées, y compris les parties défenderesses. Il convient de prévoir des dispositions spéciales pour ces transactions dans une troisième section, afin qu'elles puissent, à l'avenir, à certaines conditions, produire un effet collectif pour toutes les personnes concernées. Par rapport à l'avant-projet, le projet prévoit, d'une part, des règles applicables aux transactions conclues dans le cadre d'une action des organisations visant à faire valoir des prétentions en réparation. D'autre part, il instaure également des dispositions réglant les transactions collectives hors d'une telle action des organisations (voir les art. 307*k* et 307*l* P-CPC). Compte tenu des critiques émises dans la procédure de consultation, le Conseil fédéral renonce à créer une procédure spéciale de transaction de groupe (voir le ch. 4.2).

En raison de sa nature juridique et de ses effets particuliers, une transaction collective ne produira des effets et ne lie les personnes concernées par l'atteinte que si elle a été examinée, approuvée et déclarée obligatoire par le tribunal (voir l'art. 307*j* P-CPC).

Une procédure spéciale est prévue à cet effet. Après que les parties à l'action des organisations, c'est-à-dire l'association ou l'organisation demanderesse et la partie défenderesse, auront conclu une transaction – les personnes concernées n'y sont en principe pas parties –, cette procédure sera introduite par une demande commune des parties (*al. 1*) et se conclura par l'approbation du tribunal, qui déclarera la transaction obligatoire. Sans cette déclaration, la transaction collective ne produira pas d'effets. L'*al. 3* formule les exigences relatives au contenu de la demande tendant à déclarer obligatoire une transaction collective. Les parties devront communiquer au tribunal les informations nécessaires pour qu'il puisse examiner la transaction, l'approuver et la déclarer obligatoire.

L'*al. 2* prévoit la possibilité d'étendre exceptionnellement la force obligatoire d'une transaction collective à toutes les personnes concernées par une atteinte qui ne se sont pas jointes à l'action de l'organisation (voir l'art. 307d P-CPC) et n'auront pas déclaré vouloir se retirer de la transaction dans un délai d'au moins trois mois fixé par le tribunal. Afin d'éviter certains problèmes spécifiques à la garantie du droit d'être entendu, à la notification et à l'effet obligatoire dans les rapports internationaux, cette possibilité ne concernera que les personnes concernées dont le domicile ou le siège est en Suisse. La transaction collective s'écarte ici de la conception de l'option d'adhésion et se transforme exceptionnellement en transaction avec option de retrait. Comme la transaction produira des effets pour les personnes concernées qui ne se seront pas jointes à l'action des organisations, l'admissibilité et l'approbation d'une telle transaction collective dépendra de conditions cumulatives supplémentaires, qui devront être réalisées:

- La *let. a* n'autorise la transaction avec option de retrait que si le droit à la réparation de chaque personne concernée prise individuellement porte sur un montant si faible qu'il ne justifie pas une action individuelle. Du point de vue de l'État de droit, c'est la seule hypothèse justifiant qu'une personne puisse être liée par une transaction sans avoir approuvé le dépôt d'une action par une association ou une organisation, ni la conclusion d'une transaction collective, voire sans même connaître l'existence de sa prétention. Pour les prétentions dont la valeur est minime, l'intérêt à ce que les droits soient au moins partiellement mis en œuvre, par le biais de la transaction, dépasse l'intérêt à voir les droits des parties dans la procédure entièrement garantis, puisque, dans ces cas, la procédure individuelle ne permet justement pas l'exercice des droits. Pour déterminer si le montant est faible, il faut tenir compte de l'atteinte considérée dans le cas concret; le Conseil fédéral est d'avis que tel sera sans autre le cas lorsque la prétention ne dépassera pas quelques centaines de francs.
- La *let. b* exige en plus qu'une part importante des personnes concernées ne soit pas jointe à l'action. C'est seulement si cette condition est réalisée que l'intérêt de la partie défenderesse et celui à la résolution collective du litige pourront justifier d'étendre les effets d'une transaction collective, conclue entre les parties à l'action des organisations, à des personnes concernées qui n'y participent pas. En d'autres termes, l'extension est admissible lorsqu'elle est indispensable pour résoudre le litige de manière véritablement collective. La notion de «part importante» devra être appréciée en fonction des circons-

tances du cas concret, après l'expiration du délai pour le retrait de la transaction. Le Conseil fédéral est d'avis que cela devrait être le cas lorsqu'au moins un tiers des personnes concernées n'y auront pas adhéré.

Art. 307i Procédure

Si une demande au sens de l'art. 307h P-CPC est déposée, le tribunal la publiera dans le registre électronique (*al. 1*). S'il s'agit d'une transaction collective dont les effets s'étendent aux personnes qui se sont jointes à l'action d'une organisation (voir l'art. 307h, al. 1, P-CPC), le tribunal fixera simultanément aux personnes concernées un délai pour se prononcer. S'il s'agit exceptionnellement d'une transaction dont les effets doivent s'étendre aux personnes concernées par l'atteinte qui n'ont pas participé à l'action de l'organisation (voir l'art. 307h, al. 2, P-CPC), le tribunal fixera à ces personnes un délai pour se retirer de la transaction. En cas de transaction avec possibilité de retrait, la partie demanderesse ou un tiers désigné par le tribunal devront tenir un registre des personnes concernées qui ont déclaré vouloir se retirer (*al. 2*); ce registre est indispensable pour déterminer à qui s'étend la force de chose jugée d'une transaction collective approuvée et déclarée obligatoire.

Lorsque la transaction est exceptionnellement fondée sur un mécanisme d'option de retrait, l'*al. 3* prévoit que les personnes concernées qui ont introduit une action individuelle pour faire valoir leur prétention en réparation sont assimilées aux personnes qui ont déclaré vouloir se retirer, sauf si elles ont retiré leur demande et se sont jointes à l'action de l'organisation (voir l'art. 307c, al. 3, P-CPC).

L'*al. 4* prévoit que le tribunal peut procéder à des investigations et établir des faits supplémentaires pour juger du caractère approprié de la transaction. Il s'agit là d'une forme particulière d'administration des preuves d'office au sens de l'art. 153 CPC. Le tribunal pourra aussi faire appel à des experts (voir également l'art. 307e, al. 3, P-CPC).

Si le tribunal n'entend pas approuver la transaction, il donnera aux parties la possibilité d'en reconsidérer les termes (*al. 5*), pour autant que les défauts ne soient pas rédhibitoires. Cette possibilité s'impose du point de vue de l'efficacité de la procédure.

Art. 307j Approbation

Cette disposition règle les conditions que le tribunal examine et qui doivent être réalisées pour pouvoir déclarer une transaction collective obligatoire pour les parties et toutes les personnes concernées qui sont liées par la transaction. À la différence des transactions judiciaires conclues dans une procédure normale, le contenu et le caractère approprié de la transaction seront examinés d'après les critères suivants (*al. 1*):

- Caractère adéquat de l'indemnité (*let. a*): l'indemnité que la partie défenderesse s'engage à verser aux personnes concernées en raison de l'atteinte qui lui est reprochée doit être proportionnée à l'atteinte, ainsi qu'à la nature et la gravité du dommage invoqué, au vu de l'issue probable du procès, à la fois dans l'ensemble et pour les personnes concernées prises individuellement.
- Nombre ou pourcentage minimal de personnes (*let. b*): si les parties définissent un nombre ou un pourcentage minimal de personnes qui doit être atteint

pour que la transaction collective produise ses effets, le tribunal devra vérifier si ce seuil est atteint avant de déclarer la transaction obligatoire.

- Absence de violation du droit impératif (*let. c*): le tribunal devra vérifier que la transaction n'est pas contraire au droit impératif. Les transactions collectives devront être soumises à un contrôle effectif de leur contenu afin de vérifier qu'elles ne sont pas contraires à des règles impératives du droit privé, public ou pénal et, dans les cas internationaux, du droit étranger impératif s'il est exceptionnellement appliqué.
- Caractère approprié de la prise en charge des frais (*let. d*): comme dans toute transaction, les parties à la transaction collective régleront la prise en charge des frais de procédure ainsi que les autres frais du litige dans son ensemble. Dans le cadre de son examen, le tribunal devra en particulier vérifier que ces règles sont proportionnées et équitables. Cet examen est nécessaire pour protéger les personnes concernées et vise également à prévenir les abus ou les prétentions exagérées en couverture des frais et en indemnisation des mandataires impliqués, qui seraient supportées par la partie défenderesse ou la collectivité.
- Préservation appropriée des intérêts des personnes concernées qui sont liées par la transaction (*let. e*): finalement, le tribunal examinera, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble, si les intérêts des personnes concernées qui sont liées par la transaction semblent globalement préservés et donc garantis de manière appropriée. L'approbation présuppose que les engagements pris dans la transaction collective apparaissent appropriés par rapport à une résolution du litige par un jugement, mais aussi à l'exercice individuel de leurs droits par les personnes concernées.

L'*al. 2* contient une règle spéciale relative à la contestation de la décision d'approbation: s'il s'agit exceptionnellement d'une transaction avec option de retrait, dont les effets s'étendent à toutes les personnes concernées par l'atteinte et qui ne se sont pas jointes à l'action d'une organisation, les personnes concernées ne pourront pas attaquer la décision par laquelle le tribunal approuve la transaction et la déclare de force obligatoire. Cette restriction se justifie dans la mesure où les personnes concernées peuvent simplement déclarer se retirer de la transaction si elles ne sont pas d'accord avec celle-ci. Pour le surplus, ce sont les règles générales sur la contestation des décisions qui s'appliquent.

Art. 307k Conditions

Le chapitre 2 du nouveau titre 8a relatif aux procédures collectives réglera la déclaration de force obligatoire d'une transaction collective sans action des organisations. Une transaction collective doit pouvoir être conclue sans qu'une action des organisations soit intentée au préalable. Contrairement à l'avant-projet, le projet ne prévoit pas de procédure (de transaction de groupe) distincte; il se justifie de n'en fixer que les conditions et la procédure, et de renvoyer pour l'essentiel aux dispositions sur la déclaration de force obligatoire d'une transaction collective conclue dans le cadre d'une action des organisations (voir l'art. 307l P-CPC).

L'art. 307k P-CPC énonce les conditions auxquelles une transaction collective peut être déclarée obligatoire indépendamment d'une action des organisations. Elles correspondent pour l'essentiel aux conditions applicables aux transactions collectives conclues dans le cadre d'une action des associations:

- La *let. a* exige que l'une des parties soit une association ou une organisation autorisée à intenter une action en vertu de l'art. 89, al. 1, CPC ou une disposition légale spéciale. Il peut être renvoyé à cet égard au commentaire de l'art. 307b P-CPC.
- Comme pour l'action des organisations visant à faire valoir des prétentions en réparation (voir à ce propos l'art. 307b, *let. c*, P-CPC), il faut que les prétentions des membres du groupe concerné qui sont visées par la transaction collective reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables (*let. b*); la transaction collective n'est justifiée qu'en présence d'un tel lien de connexité.
- Contrairement à l'action des organisations, la transaction collective sans action des organisations ne peut être approuvée et déclarée obligatoire par le tribunal que s'il s'agit d'une transaction avec option de retrait. Ce mode de règlement des litiges ne se justifie par conséquent que pour les dommages dispersés. Comme à l'art. 307h, al. 2, P-CPC, il faut donc que le droit à la réparation d'une personne concernée prise individuellement porte sur un montant si faible qu'il ne justifie pas une action individuelle (*let. c*). Il peut être renvoyé aux explications relatives à cette condition (voir le commentaire de l'art. 307h P-CPC).

Art. 307l Procédure

Cette disposition règle la procédure visant à faire approuver et déclarer obligatoire une transaction collective sans action des organisations. L'*al. 1* prévoit que les dispositions relatives à la transaction collective conclue dans le cadre d'une action des organisations s'appliquent par analogie à la demande, à la procédure et à l'approbation de la transaction. Cela implique notamment que les personnes qui ont introduit une action individuelle pour faire valoir leurs prétentions en réparation compteront, en application de l'art. 307i, al. 3, P-CPC par analogie, parmi les personnes ayant déclaré se retirer de la transaction. Font exception les personnes qui auront retiré leur demande pour adhérer à la transaction comme cela est exceptionnellement autorisé à l'art. 307d, al. 3, P-CPC, dans le délai prévu à l'art. 307i, al. 1, P-CPC. L'*al. 2* oblige les parties à informer toutes les personnes concernées connues; cela permet d'assurer que ces personnes soient suffisamment informées en plus de la publication via le registre électronique. Les *al. 3* et *4* règlent les effets de la transaction collective et l'exclusion de toute voie de recours contre la décision d'approbation par les personnes concernées.

Art. 400, al. 2^{bis}

L'art. 400, al. 2, CPC prévoit que le Conseil fédéral met à disposition des formules pour les actes des parties et du tribunal. Ces formules sont disponibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice⁴³. Dans le cadre de la révision en cours du CPC, ces prestations seront élargies; le Conseil fédéral publiera également des informations sur les frais de procédure, l'assistance judiciaire et les possibilités d'obtenir un financement pour mener le procès⁴⁴. Le Conseil fédéral mettra également à la disposition du public des informations concernant les procédures collectives (*al. 2^{bis}*), notamment une liste des registres électroniques cantonaux au sens de l'art. 307fP-CPC. Cela permettra d'assurer et d'améliorer l'information au niveau suisse et de trouver facilement les différents registres cantonaux. À l'avenir, on pourra sans doute également recourir au système de justice numérique au niveau suisse, qui est en cours d'élaboration dans le cadre du projet Justitia 4.0.

5.2 Modification d'autres lois fédérales

5.2.1 Code des obligations

Art. 135, ch. 3 et 4

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'introduction d'une action des organisations en constatation de l'illicéité n'interrompt pas la prescription des prétentions individuelles qui en découlent⁴⁵; de plus, l'action des organisations n'emporte pas la litispendance et ne produit pas d'autorité de chose jugée en lien avec des actions individuelles des personnes concernées⁴⁶. Par conséquent, l'action des organisations interrompra désormais la prescription pour les prétentions des personnes concernées qui résultent de l'atteinte invoquée. Le nouveau *ch. 3* de l'art. 135 CO instaure ce nouvel acte interruptif de prescription. L'action des organisations gagnera ainsi en efficacité. En outre, la disposition permettra de réduire le nombre de démarches juridiques engagées uniquement en vue d'interrompre la prescription. Le droit suisse connaît déjà une réglementation de cette nature à l'art. 15, al. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir⁴⁷. L'interruption de la prescription ne vaudra que pour les prétentions visées par l'action des organisations. Selon le type d'action des organisations, il faudra donc distinguer les prétentions qui sont touchées par l'interruption de la prescription de celles qui ne le sont pas.

Il faut adopter une disposition analogue pour les transactions collectives; la prescription sera interrompue au moment de la conclusion de la transaction (*ch. 4*). Cette disposition vise les transactions collectives conclues indépendamment d'une action des organisations. Cela permet d'éviter que des personnes qui déclarent sortir de la transaction après que celle-ci a été conclue perdent leurs droits en raison de la prescription;

⁴³ Voir www.ofj.admin.ch > Publications & services > Procédure civile.

⁴⁴ Voir le message sur le CPC, FF 2020 2607, 2683 s.

⁴⁵ ATF 138 II 1 consid. 4.1.

⁴⁶ Voir NICOLAS JEANDIN, art. 89 n° 15, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/TAPPY (éd.), CR CPC, 2^e éd., Bâle 2019.

⁴⁷ RS 822.41

leur liberté de disposition sera ainsi préservée. Selon l'art. 137, al. 2, CO, le nouveau délai de prescription qui court dès l'approbation et la déclaration de force obligatoire de la transaction collective sera toujours de dix ans.

5.2.2 **Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé**

Art. 8d

Comme les dommages dispersés et collectifs comportent souvent une dimension internationale, il faut instaurer à l'art. 8d P-LDIP une base légale explicite et distincte réglant la compétence internationale pour les actions des organisations et la déclaration de force obligatoire d'une transaction collective sans action des organisations. Notons qu'en vertu de l'art. 1, al. 2, LDIP, les traités internationaux et en particulier la Convention du 30 octobre 2007 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (convention de Lugano)⁴⁸ sont réservés. La convention de Lugano, qui ne contient pas de règle spéciale pour les actions des organisations, s'applique notamment lorsque le domicile de la partie défenderesse se trouve dans un État membre.

Compte tenu des critiques émises lors de la consultation, cette disposition sera calquée sur la compétence interne, réglée à l'art. 16a P-CPC: l'action des organisations pourra être introduite en tout lieu où un tribunal suisse est compétent pour connaître de l'action de l'une des personnes concernées (*al. 1*) Les personnes concernées sont, en cas d'action des organisations visant à faire valoir des droits à réparation au sens des art. 307b ss P-CPC, celles qui ont habilité l'organisation à agir (voir art. 307b, let. b, P-CPC). Ainsi, si le domicile ou le siège de la partie défenderesse ou le lieu de la succursale concernée se trouve en Suisse, l'action pourra également être introduite devant les tribunaux de ce lieu. De plus, les actions fondées sur un acte illicite peuvent être introduites en Suisse si le lieu de l'acte ou de son résultat se trouve en Suisse (art. 129, al. 1, et 109, al. 2, LDIP). Les actions découlant d'un contrat peuvent être introduites devant les tribunaux suisses du lieu de l'exécution ou, s'il s'agit d'un contrat de consommation, du domicile du consommateur (art. 113 et 114, al. 1, LDIP). Pour les déclarations de force obligatoire des transactions collectives, les tribunaux suisses du siège de l'organisation seront également compétents (*al. 2*) Ni le premier, ni le second alinéa n'excluent la conclusion d'une élection de for au sens de l'art. 5 LDIP.

Le projet renonce à déterminer le droit applicable. Les prétentions en réparation invoquées dans le cadre de l'action des organisations seront soumises au droit avec lequel elles présenteront les liens les plus étroits. Pour un grand nombre de prétentions pouvant faire l'objet d'une action des organisations, les parties peuvent convenir d'une élection de droit (voir l'art. 110, al. 2, l'art. 116, al. 1, l'art. 118, al. 1, l'art. 119, al. 2, l'art. 121, al. 3, l'art. 122, al. 2, l'art. 128, al. 2, et l'art. 132 LDIP). Pour les ac-

⁴⁸ RS 0.275.12

tions fondées sur la responsabilité du fait des produits ou sur la responsabilité des auteurs de prospectus, la partie demanderesse peut choisir le droit applicable (art. 135, al. 1, et art. 156 LDIP).

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

Le projet n'aura pas de conséquences directes sur les finances ou le personnel de la Confédération.

Des dépenses supplémentaires seront supportées indirectement par la Confédération dans la mesure où elle assumera l'information du public sur les registres cantonaux des procédures collectives et tiendra une liste de ces registres (voir l'art. 400, al. 2^{bis}, P-CPC et son commentaire). Cependant, elles pourront être supportées par les services et les autorités compétents dans le cadre des moyens disponibles, avec les finances et le personnel existant.

6.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Le projet aura des conséquences pour les cantons, qui sont compétents en matière d'organisation des tribunaux sauf disposition contraire de la loi (voir l'art. 3 CPC). La révision proposée n'intervient pas dans les organisations judiciaires cantonales, qui ont fait leurs preuves; des modifications ne devraient être nécessaires que de manière indirecte dans les cantons. Il n'est pas prévu d'instaurer de nouvelles instances ou autorités: les instances cantonales uniques au sens de l'art. 5 CPC seront compétentes pour connaître des actions des organisations (voir l'art. 5, let. j, P-CPC); cette nouvelle compétence peut nécessiter une modification des lois d'organisation judiciaire cantonales. Compte tenu de la compétence cantonale pour les autorités et l'organisation judiciaires, le projet pourra avoir des conséquences pour les cantons lorsque des actions des organisations seront déposées. Il ne faut toutefois pas s'attendre à ce que les autorités judiciaires soient débordées. De plus, les cantons devront tenir un registre électronique des procédures collectives sur leur territoire (voir l'art. 307g P-CPC et son commentaire). Il s'agit d'un aspect particulier ou nouveau de l'organisation judiciaire, mais elle devrait pouvoir être exécutée par les services et autorités compétents dans le cadre des moyens disponibles, sans causer de surcharge. À moyen ou à long terme, il faut partir du principe que ce registre électronique sera intégré à la nouvelle justice numérique dans le cadre du projet Justitia 4.0. De plus, forts de leur souveraineté en matière tarifaire, les cantons pourront percevoir des émoluments appropriés.

Le projet n'a pas de conséquences spécifiques pour les communes, les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne. Ces questions n'ont donc pas fait l'objet d'un examen approfondi.

6.3 Conséquences pour l'économie

De par leur nature, les conséquences économiques des modifications du droit de procédure civile sont, au mieux, difficilement quantifiables. Comme le Conseil fédéral l'a déjà exposé dans le cadre de l'introduction du CPC fédéral, une justice efficace contribue à la prospérité économique et, finalement, à la qualité de vie⁴⁹. Les modifications envisagées de l'action des organisations et la création d'une action visant à faire valoir des prétentions en réparation et d'une transaction collective permettront de développer l'exercice collectif des droits de manière mesurée, mais efficace, sans que la Suisse soit exposée aux effets négatifs observés dans le système d'action collective américain. Cela a pour effet de supprimer les externalités, car les coûts des atteintes seront plus souvent supportés par leurs auteurs et ces atteintes feront l'objet d'une compensation pour les personnes lésées. Les intérêts des concurrents qui se comportent de manière conforme au droit sont mieux protégés et l'incitation à agir de manière contraire au droit est éliminée.

6.4 Conséquences pour la société

Les mesures proposées visent à améliorer la protection offerte par le droit civil aux personnes atteintes par des dommages collectifs ou dispersés. Cela contribue à la stabilité de la société et renforce la confiance en la capacité de l'État de droit et de ses institutions à mettre en œuvre le droit de manière efficace en faveur de chacun. Le droit privé ne peut contribuer à l'ordre social que s'il peut être mis en œuvre et est effectivement mis en œuvre en cas de litige.

6.5 Conséquences environnementales

Selon toute vraisemblance, le projet n'aura aucune conséquence environnementale directe. Les questions visant ce domaine n'ont donc pas été examinées en détail, compte tenu notamment du fait que des instruments existent déjà pour l'exercice collectif des droits en matière environnementale (actions des associations)⁵⁰. On peut cependant s'attendre à des effets positifs indirects dans la mesure où les prétentions seront plus souvent mises en œuvre, ce qui aura aussi un effet positif sur l'environnement.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

Le projet prévoit des modifications du CPC, qui reposent sur l'art. 122 Cst. (compétence de la Confédération en matière de droit civil et de procédure civile), et d'autres lois fédérales (CO, LDIP).

⁴⁹ Voir le message sur le CPC 2006, FF **2006** 6841 7017.

⁵⁰ Voir p. ex. l'art. 12 LPN ou l'art. 55 LPE.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La Suisse est partie à diverses conventions bilatérales et multilatérales en matière de procédure civile, notamment à la Convention de Lugano et aux conventions du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale⁵¹, du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale⁵² et du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile⁵³. Le présent projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse découlant de ces conventions.

7.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet contient des dispositions importantes qui fixent des règles de droit, qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst. Le texte est sujet au référendum.

7.4 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit ni subventions ni crédits d'engagement ou plafonds de dépenses. Le frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.) ne s'applique donc pas.

7.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Les modifications proposées visent à améliorer la procédure civile en vigueur. Elles sont justifiées par la nécessité d'une procédure civile nationale unifiée. Elles se fondent sur la compétence de la Confédération qui porte sur l'ensemble de la procédure civile, prévue à l'art. 122 Cst., et qui comprend en principe également l'organisation des tribunaux et des autorités de conciliation (voir également l'art. 3 CPC).

7.6 Conformité aux principes de la loi sur les subventions

Le projet ne prévoit pas de subventions.

⁵¹ RS 0.274.131

⁵² RS 0.274.132

⁵³ RS 0.274.12

7.7 Délégation de compétences législatives

Le projet ne prévoit pas de délégation de compétences législatives au Conseil fédéral.

7.8 Protection des données

La modification du CPC et d'autres lois fédérales n'aura pas de conséquences du point de vue du traitement de données personnelles. Le droit de procédure constitue une base légale et une justification suffisantes pour les données personnelles qui seront traitées et publiées dans le futur registre électronique des procédures collectives.