

“Access to Remedy” et droit d’action collective en Suisse : État des lieux et propositions d’améliorations

Expertise juridique du 25 mai 2024

Prof. Dr Nicolas Bueno

Sur mandat de Public Eye, Dienerstrasse 12, 8021 Zurich

Table des matières

1. Objectifs et contenu du rapport	3
2. Situation juridique en Suisse	5
2.1 Droit suisse en vigueur	5
2.1.1 Exercice collectif des droits (actions collectives)	5
2.1.2 Coûts des procédures judiciaires et financement	11
2.1.3 Accès à et charge de la preuve.....	14
2.2 Révision du code de procédure civile.....	15
2.2.1 Chronologie	15
2.2.2 Exercice collectif des droits (projet de loi)	17
2.2.3 Nouveautés en matière de coûts et de preuves	19
3. Droit comparé et pratiques étrangères	21
3.1 Développements dans l'Union européenne.....	22
3.1.1 Actions représentatives de l'UE (des consommateurs)	22
3.1.2 Directive l'UE sur le devoir de vigilance des entreprises	25
3.1.3 Règles modèles européennes de procédure civile.....	25
3.2 Développements et pratiques dans les pays d'Europe continentale	27
3.2.1 Pays-Bas	27
3.2.2 France	29
3.2.3 Italie.....	31
3.2.4 Autres pratiques européennes	32
4. Propositions d'amélioration de l'accès à des voies de recours effectives et d'action collective en Suisse	33
4.1 Protection juridique collective (actions collectives)	33
4.2 Coûts (également des actions collectives)	34
4.3 Preuves	35
5. Références	36

1. Objectifs et contenu du rapport

L'Organisation des Nations Unies (ONU) plaide depuis longtemps pour un droit d'accès effectif à des voies de recours et à la réparation des victimes de violations en matière de droits humains.¹ Cela est en particulier le cas pour les victimes de violations des droits humains commises par des entreprises. Dans ce domaine, les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme recommandent à tous les États de prendre des mesures pour garantir un accès effectif à la justice, notamment en réduisant les obstacles juridiques et pratiques qui pourraient bloquer l'accès des victimes aux voies de recours.²

Concrètement, cela signifie qu'en plus de règles juridiques claires sur les responsabilités légales en matière de droits humains, les États devraient réduire les obstacles d'ordre pratique et procédural – tels que les coûts des procédures judiciaires, l'absence d'instruments permettant des actions collectives ou la difficulté d'accès aux preuves.³ Très récemment, l'ONU a également publié un guide interprétatif pour les États sur l'accès à des voies de recours en cas de violation des droits humains causé par des entreprises.⁴ Ces questions d'accès à la justice se posent de manière de plus en plus fréquentes également pour les victimes de dommages environnementaux et les conséquences du changement climatique.⁵

Dans le domaine des droits de l'homme, de l'environnement et du climat, la question se pose si la Suisse garantit réellement un droit d'accès à la réparation des dommages, notamment en cas de dommages collectifs. Le problème est connu en Suisse. En effet, l'accès au tribunal, en particulier pour faire valoir des prétentions civiles, est très coûteux et l'accès aux preuves peut être complexe. Les instruments permettant un exercice collectif des droits (actions collectives) ne jouent pratiquement aucun rôle dans le droit en vigueur. La révision du code de procédure civile (CPC) a apporté des améliorations ponctuelles en ce qui concerne les frais de procédure. Toutefois, l'extension des instruments de protection juridique collective dans le CPC fait l'objet de discussions au Parlement suisse depuis 2013.

¹ Assemblée générale de l'ONU, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours, UN Doc. A/RES/60/147 (2006).

² Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, pr. 26.

³ Principes directeurs de l'ONU, pr. 26, commentaire. Voir aussi SKINNER Gwynne / MCCORQUODALE Robert / DE SCHUTTER Olivier, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, 2013.

⁴ UN, *Access to Remedy in Cases of Business-Related Human Rights Abuse: An interpretative Guide*, (UN 2024).

⁵ Conseil des droits de l'homme de l'ONU, *Le droit à un environnement propre, sain et durable*, UN Doc. A/HRC/RES/52/23 (2023) par. 4(b).

Ce rapport est une contribution à ce débat en Suisse. Il se concentre sur l'accès à la justice pour faire valoir des prétentions civiles. Il a pour but d'identifier et d'expliquer les obstacles pratiques et procéduraux actuels en Suisse, en particulier dans le cas d'actions en matière de droits de l'homme, d'environnement et de climat. Le rapport se concentre sur les trois obstacles principaux aux actions en justice et à la réparation des dommages en Suisse, à savoir le manque d'instruments juridique d'action collective, les obstacles liés aux frais de procédure et les difficultés en matière de preuve.

En comparant la législation et la pratique étrangères récente, le rapport présente des propositions d'amélioration pour un accès effectif et équilibré à la réparation de dommages en droit suisse. Récemment, le droit de plusieurs pays européens a évolué dans ce domaine. Ainsi, plusieurs pays ont développé leurs instruments d'action collective. De plus, les États membres de l'Union européenne (UE) se sont accordés sur une action collective à l'échelle européenne dans le domaine de la protection des consommateurs et sur l'obligation du défendeur de produire des preuves dans certaines circonstances.⁶ Enfin, l'UE a récemment adopté la directive relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.⁷ Cette directive est un jalon important sur la voie de l'amélioration de l'accès à la justice dans les procédures relatives aux droits de l'homme et à l'environnement contre les grandes entreprises. Dans ce contexte, elle apporte également de nouvelles règles concernant les frais de procédure, les preuves et les recours collectifs dans ce domaine spécifique.

Le rapport est structuré comme suit. La **partie 2** présente le droit en vigueur et la pratique (rare) en Suisse en matière d'action judiciaire collective, puis le droit relatif aux frais de procédure et aux preuves. La révision du CPC est également examinée ; les modifications ponctuelles concernant les frais de procédure et les preuves ont été adoptées par les Chambres fédérales et entrent en vigueur le 1er janvier 2025. En revanche, le projet d'extension des instruments d'action collective est toujours en cours d'examen.

La **partie 3** présente ensuite la législation et la pratique étrangères en matière de protection juridique collective dans l'UE et dans certains pays européens à travers d'exemples concrets. Les Pays-Bas, la France et l'Italie, notamment, ont développé leurs instruments de protection juridique collective. Et, dans l'UE, il existe déjà une action collective dans le domaine de la protection des consommateurs avec une obligation pour le défendeur de produire des preuves dans certaines circonstances. La nouvelle directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises comprend également des attentes vis-à-vis des États membres de l'UE

⁶ Directive (UE) 2020/1828 du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs.

⁷ Directive (UE) 2024 relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

en ce qui concerne la divulgation des preuves et les instruments d'exercice collectif des droits. Enfin, **la partie 4** contient 9 propositions d'amélioration pour l'accès à la justice et à la réparation du dommage en Suisse en ce qui concerne les instruments de recours collectif, les frais de procédure et les preuves.

2. Situation juridique en Suisse

Dans le cadre de la mise en œuvre de prétentions en droit civil, en particulier pour des affaires relatives aux droits humains, à l'environnement et au climat, des questions de procédure se posent sur la disponibilité d'instruments d'actions collectives, des coûts des procédures judiciaires ainsi que sur l'accès et la charge de la preuve.⁸ Ces thèmes sont examinés ci-dessous, d'abord à la lumière du droit suisse en vigueur, puis de la révision en cours du Code de procédure civile suisse.

2.1 Droit suisse en vigueur

2.1.1 Exercice collectif des droits (actions collectives)

L'exercice collectif des droits a pour but de régler par voie judiciaire les prétentions de nombreuses personnes lésées de la même manière dans le cadre d'une procédure.⁹ Le droit suisse connaît quelques instruments en droit procédural permettant un certain exercice collectif des droits (2.1.1.1). Le seul véritable instrument d'action collective connu en Suisse est l'action des organisations de l'art. 89 CPC (2.1.1.2).

2.1.1.1 Instruments quasi-collectifs

Le **cumul subjectif d'actions** (consortité simple) est un regroupement dans un même procès de plusieurs actions juridiquement indépendantes, mais liées en fait ou en droit, **de plusieurs demandeur-resse-s**. Le cumul subjectif d'actions suppose que les prétentions invoquées reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables (art. 71, al. 1, CPC), que le même type de procédure soit applicable (art. 71, al. 2, CPC) et que la même compétence territoriale¹⁰ ainsi que matérielle soit donnée. Le regroupement peut être effectué pour des raisons d'opportunité ou d'économie de procédure ou d'harmonie décisionnelle. Néanmoins,

⁸ Voir KAUFMANN Christine / HECKENDORN URSCHELER Lukas, Access to Remedy, 2017, p. 3.

⁹ Voir Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 sur l'exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, p. 4 (cité : Rapport 2013).

¹⁰ En principe, lorsqu'il y a plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres (cf. art. 15, al. 1 CPC).

chaque prétention doit être examinée individuellement et faire l'objet d'une décision. De même, chaque partie au litige agit de manière autonome et indépendante (art. 71, al. 3, CPC).

Le cumul subjectif d'actions permet certes une certaine « collectivisation » et peut conduire à des effets de synergie, notamment en ce qui concerne l'administration des preuves. Toutefois, l'organisation et l'administration des participant-e-s restent un défi et cet instrument ne convient pas pour le règlement de dommages collectifs.¹¹ Le risque du procès encouru par le, la ou les particulier-ère-s est problématique, car chaque partie demanderesse peut être tenue solidairement responsable de l'ensemble des frais de procès (art. 106, al. 3, CPC). Avec l'entrée en vigueur des modifications du CPC le 1er janvier 2025, cette possibilité de responsabilité solidaire disparaîtra. De plus, le cumul subjectif d'actions n'est souvent pas approprié pour faire valoir des dommages dispersés. Les « dommages dispersés » sont des dommages dans lesquels un grand nombre de personnes ne subissent qu'un dommage très faible. En effet, comme le préjudice de chaque personne est si faible, il ne vaut raisonnablement pas la peine qu'elles intentent une action en justice compte tenu de l'effort financier ou du risque, et elles restent inactives (ce que l'on appelle « apathie rationnelle »). Dans l'ensemble, le cumul subjectif d'actions s'est avéré être un instrument inadapté à la poursuite de dommages collectifs.¹²

Exemple : Asmania et al. c. Holcim SA (action climatique d'Indonésie)

Devant le Tribunal cantonal de Zoug, Mme Asmania et trois autres plaignant-e-s ont intenté une action contre Holcim SA, entre autres, pour le préjudice qu'ils et elles ont subi en Indonésie en raison des émissions de CO₂ de Holcim. Dans la requête, leur avocate fait valoir que les quatre plaignant-e-s sont habilité-e-s à agir en tant que simples consorts (selon l'art. 71 CPC), étant donné que les prétentions invoquées reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables et que le même type de procédure est applicable. Dans cette procédure, les dommages respectifs des demandeur-resse-s doivent être calculés et prouvés individuellement. De plus, les demandeurs sont solidairement responsables des frais de procédure (art. 106, al. 3, CPC).

Le **cumul objectif d'actions** est la réunion dans un même procès **de plusieurs prétentions** distinctes et indépendantes **formées par un-e seul-e demandeur-resse** contre un-e même défendeur-resse. Le cumul objectif d'actions suppose que le même type de procédure soit

¹¹ Rapport 2013 (n 9), p. 20.

¹² Idem, p. 22.

applicable et que la même compétence matérielle soit donnée (art. 90 CPC). Ainsi, si les prétentions sont liées matériellement, tout tribunal compétent pour l'une des prétentions l'est pour l'ensemble (art. 15, al. 2, CPC).

Le cumul objectif d'actions peut théoriquement servir à faire valoir des dommages collectifs lorsqu'un grand nombre de prétentions sont cédées à un-e même demandeur-resse (voir les exemples suivants). Mais ce modèle n'a pas eu d'importance pratique (à l'exception des exemples qui n'ont pas abouti ci-dessous). Cela peut s'expliquer par le financement de telles actions en justice.¹³ En raison du cumul des prétentions, il peut en résulter des valeurs litigieuses et des coûts élevés, avec un effet prohibitif pour les plaignant-e-s potentiel-le-s. En cas de dommages dispersés, le problème de l'apathie rationnelle vient s'ajouter, car la cession de prétention implique que les personnes concernées s'activent pour céder leur droit. Enfin, lorsque des organisations portent action, la jurisprudence requiert que le but de la fondation ou de l'association plaignante comprenne effectivement la poursuite des prétentions civiles cédées (voir l'exemple de *SKS c. Amag*). Dans l'ensemble, le cumul objectif d'actions s'est également avéré être un instrument inadapté pour faire valoir des dommages collectifs.¹⁴

Exemple : Gypsy International Recognition and Compensation Action (GIRCA) c. IBM, décision du Tribunal fédéral (22 décembre 2004) ¹⁵

Le GIRCA est une association qui a pour but de faire valoir des droits (y compris en justice) dans le but d'obtenir une indemnisation pour des événements survenus pendant le nazisme. En l'espèce, **cinq** personnes ayant été internées dans un camp de concentration ont cédé leurs prétentions contre IBM au GIRCA. Le GIRCA a ouvert action contre IBM au motif qu'IBM avait fourni un soutien technologique pour le recensement des victimes dans les camps de concentration en livrant des machines à cartes perforées sur mesure. Bien que le Tribunal fédéral ait reconnu sa compétence pour juger l'action et notamment la qualité pour agir de GIRCA, il l'a rejetée en raison de la prescription des droits.

¹³ Idem, p. 19 s.

¹⁴ Idem, p. 19-22.

¹⁵ ATF 131 III 153.

Exemple : Fondation alémanique pour la protection des consommateurs (SKS) c. AMAG/VW, décision du tribunal de commerce de Zurich (6 décembre 2019)¹⁶

Dans le cadre du « *dieselgate* », la SKS a fait valoir des créances d'un montant total d'environ 36,5 millions de CHF auprès des défendeurs. Pour ce faire, elle s'était fait céder les droits d'environ 6000 propriétaires de véhicules. Le Tribunal de commerce a toutefois estimé que le but de la fondation demanderesse ne comprenait pas l'action en justice ou l'exécution de demandes de dommages-intérêts de consommateur·rice·s individuel·le·s. L'action en justice allait au-delà des buts de la requérante. La requérante n'a donc pas la capacité d'agir en justice¹⁷, raison pour laquelle il n'est pas entré en matière. Ainsi, le Tribunal fédéral a rejeté le recours déposé par la SKS dans la mesure où il était recevable.¹⁸

Dans le cadre des instruments de protection juridique collective, il est parfois fait mention des possibilités dont dispose le tribunal pour **joindre, suspendre et renvoyer le procès** (art. 125 let. c art. 126 et art. 127 CPC). En effet, cela permet au tribunal d'atteindre une certaine collectivisation et une économie de procédure. Toutefois, les parties et les prétentions restent autonomes et indépendantes. Il n'en résulte pas une véritable application collective du droit, du moins pas directement à partir de la loi, mais seulement d'un éventuel accord entre les parties, par exemple dans le cadre d'une action modèle ou pilote. De telles actions modèles ou test n'ont pas non plus eu d'importance en Suisse.¹⁹

2.1.1.2 Actions des organisations

Le seul véritable instrument d'action collective est l'action des organisations. Il existe l'action des organisations "générale" de l'art. 89 CPC et diverses actions des organisations particulières dans des lois spéciales comme la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)²⁰ ou la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg).²¹ Le point commun de ces actions est qu'elles ne sont **pas compensatoires** dans le droit actuel, c'est-à-dire qu'elles ne

¹⁶ Arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich HG170257-O du 6 décembre 2019.

¹⁷ Il ne s'agit pas d'une condition particulière de la protection juridique collective, mais d'une condition générale de recevabilité d'une action en justice dans le cadre de la procédure civile (cf. art. 59 al. 2 let. c CPC). L'exemple montre toutefois que les statuts peuvent devenir un obstacle dans le cadre d'une action en justice collective.

¹⁸ Arrêt 4A_43/2020 du 16 juillet 2020.

¹⁹ Rapport 2013 (n 9) p. 19 ss et 31.

²⁰ Art. 10 al. 2 LCD.

²¹ Art. 7 LEg.

visent notamment pas à obtenir des dommages-intérêts ou une réparation du tort moral, mais généralement seulement l'interdiction, la cessation ou la constatation d'une atteinte.

Les associations et autres organisations ont la **qualité pour agir** en vertu de l'article 89 CPC. Contrairement à une « action de groupe » connue dans d'autres pays, une organisation et non une personne victime représentant le groupe a qualité pour agir. Les associations et autres organisations au sens de l'art. 89 CPC doivent être d'importance nationale ou régionale et être habilitées par leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé. La condition de l'importance nationale ou régionale n'est cependant pas claire. Elle entraîne donc une incertitude pour les plaignant·e·s et les défendeur·resse·s. En raison de son lien avec la Suisse, elle peut en outre constituer un obstacle pour les plaignant·e·s étranger·ère·s dans les affaires transnationales.

Le **champ d'application matériel** de l'action des organisations selon l'art. 89 CPC n'est en fait pas général, mais limité aux **atteintes à la personnalité** des membres d'un groupe déterminé par les statuts. La personnalité au sens de l'art. 28 CC comprend notamment l'intégrité physique ou l'intégrité corporelle, l'intégrité psychique, la liberté, l'honneur ou la vie privée. La propriété ou le patrimoine ne sont en revanche pas protégés. En ce qui concerne ces derniers, dans la mesure où aucune des actions d'organisations particulières ne s'applique, il n'y a pas de protection par l'action des organisations.

Le fait que l'action des organisations en vigueur ne permette pas de faire valoir des prétentions compensatoires ou d'indemnisation est une limitation importante de ce mécanisme. Cela oblige l'association ou les personnes concernées, si elles veulent utiliser l'action d'organisations, à procéder en deux étapes, en ce sens qu'elles doivent d'abord tenter une action en constatation au moyen de l'action d'organisations, puis faire valoir individuellement les prétentions en dommages-intérêts. Il en résulte qu'un financement pour l'action d'organisations (en constatation) par des tiers n'entre pas en ligne de compte.²² En cas de dommages dispersés, dont la réparation financière ultérieure n'a souvent pas lieu en raison d'une apathie rationnelle, la compensation des dommages n'a donc pas lieu non plus.

En pratique, l'action des organisations de l'art. 89 CPC est restée pratiquement lettre morte. Aucune action des organisations n'a encore été engagée. Dans l'un des rares cas pratiques, la procédure en deux étapes a été testée dans le "scandale du diesel" sur la base de l'action spéciale des organisations selon la LCD. L'action des organisations en constatation de la Fondation alémanique pour la protection des consommateurs n'a toutefois pas été retenue, comme expliqué ci-dessous.

²² En raison de l'absence de possibilité de participer au résultat du procès.

Fondation alémanique pour la protection des consommateurs (SKS) c. AMAG/VW, décision du tribunal de commerce de Zurich (12 juillet 2018)²³

La Fondation alémanique pour la protection des consommateurs (SKS) a demandé de constater qu'AMAG et VW avaient agi de manière déloyale et illicite. Ils auraient trompé les consommateur·rice·s en utilisant des dispositifs de déconnexion illégaux et en donnant des indications trompeuses sur le caractère écologique et la valeur des véhicules.

Le tribunal de commerce est arrivé à la conclusion que l'action en constatation dans la LCD a surtout une fonction de permettre la cessation du trouble. Mais comme la tromperie ne dure pas et que les consommateur·rice·s ne se trompent plus (notamment suite à des articles de presse), l'action en constatation ne permet pas d'éliminer ce trouble. Le fait que certain·e·s consommateur·rice·s puissent s'appuyer ultérieurement sur un jugement déclaratoire (favorable) pour réclamer des dommages-intérêts ne justifie pas non plus un intérêt à la constatation. Une "action en constatation modèle" est étrangère au droit suisse. Faute d'intérêt (à la constatation) ou de cette condition de procédure,²⁴ le tribunal de commerce n'est pas entré en matière sur l'action. Le Tribunal fédéral a essentiellement confirmé ce point de vue.²⁵

2.1.1.3 Actions et transactions de groupe

Certains instruments similaires à l'action de groupe (représentative) se trouvent certes dans des lois spéciales (p. ex. art. 105 LFus, art. 260 LP). Mais il n'existe pas en Suisse d'actions ou de transactions de groupe à proprement parler, dans lesquelles une personne concernée représente le groupe au lieu d'une association.

²³ Arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich HG170181 du 12 juillet 2018.

²⁴ Il ne s'agit pas d'une condition particulière de la protection juridique collective, mais d'une condition générale de recevabilité d'une action en justice dans le cadre de la procédure civile (cf. art. 59 al. 2 let. c CPC), qui dans cette action (comme celle présentée ci-dessus) n'est pas remplie.

²⁵ Arrêt 4A_483/2018 du 8 février 2019.

2.1.2 Coûts des procédures judiciaires et financement

Outre l'absence d'instruments d'exercice collectif des droits, le coût des procédures judiciaires et leur financement constituent un autre obstacle à l'accès à la justice pour les plaignant·e·s en cas de violation des humains de dommage environnemental ou climatique ou, plus généralement, pour toute prétention de droit privé. Les aspects suivants sont notamment pertinents à cet égard :

- le montant des **frais judiciaires** et de l'avance de frais ;
- le montant de ses propres **frais d'avocat** et de ceux de la partie adverse, ainsi que la constitution d'une garantie à cet effet ;
- la répartition de l'ensemble des **frais** (frais judiciaires et frais d'avocat de la partie adverse) ;
- la disponibilité, le montant et l'étendue **de l'assistance judiciaire**.

2.1.2.1 Frais judiciaires

En principe, des frais judiciaires sont dus. Seuls les litiges mentionnés à l'article 114 CPC sont exemptés de frais judiciaires.²⁶

Les cantons fixent le tarif et le montant des frais (art. 96 CPC). Pour les droits patrimoniaux, ils dépendent en général de la **valeur litigieuse**. Dans le canton de Zurich, par exemple, l'émolument de base s'élève à CHF 3'150.00 pour une valeur litigieuse de CHF 20'000.00, à CHF 7'950.00 pour CHF 80'000.00 et à CHF 30'750.00 pour CHF 1 million.²⁷ Le risque des frais peut poser problème aux plaignant·e·s qui ne sont ni fortuné·e·s ni "pauvres en procédure" (c'est-à-dire qui ne peuvent pas bénéficier de l'assistance judiciaire), notamment en raison de l'obligation de verser des avances. Puis, il faut tenir compte du fait qu'une action en constatation d'une atteinte à la personnalité (sans dommages et intérêts) n'est pas de nature patrimoniale et n'a donc pas de valeur litigieuse.²⁸ Dans le canton de Zurich, par exemple, les

²⁶ Les litiges relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité ; les litiges relevant de la loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés, les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, lorsque la valeur litigieuse n'exède pas 30 000 francs ; les litiges relevant de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation ; les litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie ; les litiges portant sur de la violence, des menaces ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC ou les décisions d'ordonner une surveillance électronique au sens de l'art. 28c CC.

²⁷ § 4 al. 1 de la « Gebührenverordnung » du Tribunal supérieur du 8 septembre 2010 (GebV OG/ZH).

²⁸ RÜEGG Viktor / RÜEGG Michael, in : BSK ZPO, 3^e éd., Bâle 2017, art. 91 CPC n° 2a.

frais judiciaires pour une telle action se situent généralement entre 300 et 13 000 CHF.²⁹ Cela devrait également s'appliquer à l'action des organisations de ce genre.

Le tribunal peut exiger de la partie demanderesse une **avance** jusqu'à concurrence du montant présumé des frais judiciaires (art. 98 CPC). Les avances de frais, qui peuvent être demandées à hauteur du montant total et qui le sont souvent, constituent aujourd'hui une barrière de fait à l'accès au tribunal.³⁰ Comme nous le verrons plus loin, à partir du 1er janvier 2025, seule la moitié des frais judiciaires présumés pourra être demandée, à titre d'avance.³¹

2.1.2.2 Frais d'avocat·e

En ce qui concerne les **frais d'avocat·e**, il faut tenir compte du fait que bien qu'il ne soit pas obligatoire de se faire représenter par un·e avocat·e, la représentation par un·e avocat·e s'impose dans les cas complexes. Cela devrait généralement être le cas pour les affaires de droits humains ou de dommages environnementaux ou climatiques dans un contexte transnational avec des chaînes de causalité difficiles à prouver.

Le ou la demandeur·resse doit, à la demande du ou de la défendeur·resse, fournir des garanties pour les frais d'avocat·e de ce·tte dernier·ère, par exemple s'il ou elle n'a pas de siège ou de domicile en Suisse ou s'il ou elle paraît insolvable.³² Dans le cas de plaintes transnationales en matière de droits humains (p. ex. une victime est à l'étranger et l'auteur du dommage a son siège en Suisse), cela peut constituer un obstacle supplémentaire pour les plaignants étrangers. En outre, le montant de la garantie des dépens peut être plus important que l'avance des frais judiciaires.

En ce qui concerne la possibilité de **financer les frais par des tiers** ou **de financer les frais**, il convient de mentionner que cela n'entre en ligne de compte que pour les actions compensatoires, où une participation financière au résultat est possible. L'action d'organisations dans sa forme actuelle³³ est donc exclue. En effet, il n'existe pas de soutien étatique pour les actions d'organisations.

2.1.2.3 Répartition des frais

²⁹ L'émolument est calculé en fonction de l'intérêt réel du litige, du temps consacré par le tribunal et de la difficulté de l'affaire, et peut éventuellement être augmenté (cf. § 5 GebV OG/ZH).

³⁰ Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607, p. 2622 (cité : Message amélioration).

³¹ Voir ci-dessous 2.2.3.

³² Sauf en cas de traités internationaux. Pour les autres motifs des sûretés cf. art. 99 al. 1 let. a ss CPC.

³³ En cessation, constatation, interdiction.

Les frais comprennent les frais judiciaires et les frais d'avocat-e de la partie adverse. La répartition des frais se fait selon le sort de la cause (cf. art. 106 CPC ; *loser pays principle*), ce qui signifie que la partie qui succombe doit les payer. La partie qui succombe supporte donc l'ensemble des frais (frais judiciaires, y compris l'administration des preuves, et frais d'avocat ; cf. art. 95 CPC). Cela représente un risque financier considérable pour les plaignant-e-s. Par le biais d'une répartition en équité (art. 107 CPC), le tribunal peut certes atténuer/éviter un résultat choquant dans un cas particulier. Toutefois, un tel choix de répartition reste imprévisible. La répartition des frais dépend en premier lieu de l'issue de la procédure, qui n'est généralement pas prévisible non plus.

2.1.2.4 Assistance judiciaire

L'assistance judiciaire peut offrir un certain allègement à la problématique du coût des procédures. En effet, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas des ressources nécessaires et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 CPC). L'assistance judiciaire comprend l'exonération d'avances et de sûretés, l'exonération des frais judiciaires ainsi que la commission d'office d'un conseil juridique lorsque cela est nécessaire à la défense des droits, notamment lorsque la partie adverse est assistée d'un-e avocat-e ; le conseil peut déjà être désigné pour la préparation du procès (art. 118, al. 1, CPC). Toutefois, l'assistance judiciaire ne dispense pas du paiement des frais d'avocat-e de la partie adverse (cf. art. 118, al. 3, CPC) et les frais d'assistance judiciaire ne sont pris en charge que provisoirement. Ils doivent être remboursés dès que la personne qui en a bénéficié est en mesure de le faire.³⁴

L'assistance judiciaire atténue donc la problématique des frais pour les parties démunies. Les frais de ceux qui ne sont pas considérés comme manquant de ressources ne sont pas pris en charge. Sont en outre exclues du droit à l'assistance judiciaire les **personnes morales**,³⁵ donc aussi les associations ou les fondations qui peuvent ouvrir action. L'exclusion des organisations et associations de l'accès à l'assistance judiciaire constitue pour elles un obstacle pour l'application du droit. Cela s'accroît en cas de valeurs litigieuses élevées (et donc de frais judiciaires élevés) ou de plaintes transnationales, qui sont liées à d'autres frais élevés. Le fait que les personnes bénéficiant de l'assistance judiciaire ne soient pas dispensées de payer les frais d'avocat-e de la partie adverse peut également représenter un risque ou un obstacle considérable pour ces plaignant-e-s qui manquent de ressources.

³⁴ Art. 123 CPC.

³⁵ ATF 143 I 328 c. 3.1 et les références indiquées.

2.1.3 Accès à et charge de la preuve

La **règle générale du fardeau de la preuve** de l'article 8 CC s'applique. Selon cette règle, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

Selon les circonstances, cela peut être très difficile pour les plaignant-e-s. Dans le droit en vigueur, il n'existe pas d'allègement général du **fardeau de la preuve** ou d'**obligation de divulguer des moyens de preuve**, même pour les affaires en matière de droits humains, environnementale ou climatique, dont les preuves ne sont pas nécessairement accessibles, bien qu'une « vraisemblance prépondérante » suffit généralement pour prouver les relations de causalité.³⁶

Dans certains cas, la loi prévoit un allègement du fardeau de la preuve sous forme de présomptions. Par exemple, dans le cadre de l'article 6 LEg, une discrimination est présumée si elle est rendue "vraisemblable" par la personne qui s'en prévaut. La répartition de la charge de la preuve s'écarte ici du principe général. De même, selon l'art. 55 CO, l'employeur-euse est responsable du dommage causé par un-e employé-e, sauf s'il ou elle prouve qu'il ou elle a pris tous les soins commandés par les circonstances pour éviter un dommage de ce genre. Dans ce cas, la preuve du dommage reste, certes, à la charge de la personne lésée (p. ex. un client), mais elle ne lui appartient pas de prouver que l'employeur-euse n'avait pas choisi ou instruit son employé-e avec soin, par exemple.

Dans le cas d'actions transnationales en matière de droits humains, d'environnement ou de climat impliquant plusieurs auteur-e-s, il existe des chaînes de causalité difficiles à prouver. Ce défi est bien connu dans le cas de violations des droits humains ou de pollution de l'environnement commises par des entreprises. Selon la norme de base du droit suisse de la responsabilité civile (art. 41 CO), les victimes dans une telle affaire doivent prouver tous les éléments de la responsabilité civile, à savoir le dommage, l'illicéité, la causalité ainsi que la faute de la partie défenderesse. En ce qui concerne la faute d'une entreprise, en particulier, les plaignant-e-s doivent donc en pratique prouver qu'une entreprise n'a pas pris les mesures appropriées pour prévenir un dommage. Cela peut s'avérer problématique lorsque les informations sur les processus au sein d'une entreprise ne sont que difficilement accessibles, voire inaccessible, pour les plaignant-e-s.

³⁶ ATF 132 III 715.

Une proposition faite dans le cas de l'initiative sur la responsabilité des entreprises³⁷ ainsi qu'une partie de la doctrine³⁸ était justement de **répartir le fardeau de la preuve** en exigeant de l'entreprise qu'elle prouve l'absence de faute en démontrant avoir pris les mesures de diligence adéquates. Pour le reste, l'obligation de prouver le dommage, l'illicéité et le lien de causalité restait à la charge des plaignant-e-s.

Le droit de procédure civile suisse n'impose pas non plus d'obligation générale de **divulgence des preuves**, même pour les preuves détenues exclusivement par les défendeurs. Deux développements récents dans l'UE méritent d'être mentionnés à cet égard. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, les associations de protection des consommateurs et consommatrices peuvent exiger la production des preuves lorsque celles-ci sont détenues par les défendeur-resse-s.³⁹ Cette même solution a été retenue dans la récente Directive sur le devoir de vigilance des entreprises. Les États membres de l'UE devront donc également veiller à ce que, dans le cadre d'une plainte fondée en matière de droits de l'homme ou d'environnement contre une grande entreprise, les tribunaux puissent exiger la production de certaines preuves détenues par l'entreprise.⁴⁰

2.2 Révision du code de procédure civile

2.2.1 Chronologie

Les difficultés d'accès à la réparation de prétentions civiles, notamment au vu de l'absence d'instruments d'actions collectives efficaces, font l'objet de discussions en Suisse depuis un certain temps. Dans son rapport « Exercice collectif des droits en Suisse » du 3 juillet 2013, le Conseil fédéral a examiné les possibilités d'actions collectives en cas de dommages collectifs et de dommages dispersés. Il est arrivé à la conclusion que les instruments existants du droit en vigueur pour une réparation efficace et effective des dommages collectifs et dispersés étaient insuffisants en pratique ou en partie inadaptés. Cela vaut en particulier pour l'action des organisations de l'art. 89 CPC dans sa forme actuelle. Ce moyen d'action est trop limité, tant en ce qui concerne son champ d'application que ses objectifs de protection

³⁷ Art. 101a al. 2 let. c Cst. proposé.

³⁸ BUENO Nicolas / BRIGHT Claire, Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability, *International & Comparative Law Quarterly* 2020 vol. 69/4 p. 789-818 ; WERRO Franz, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *sui generis* 2018 p. 428-442.

³⁹ Directive (UE) 2020/1828, art. 18 ; voir également le point 3.1.1 ci-dessous.

⁴⁰ Art. 29 al. 3 lit. e Directive relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

juridique. Le rapport montre que l'accès à la justice n'est donc pas toujours garanti dans les faits.⁴¹

Dans le cadre de la modification du CPC, le Conseil fédéral a envoyé en consultation des propositions correspondantes pour l'extension des instruments d'exercice collectif des droits et pour une nouvelle procédure de transaction collective.⁴² Après la consultation, le Conseil fédéral a constaté dans son message du 26 février 2020 sur la modification du CPC que les propositions visant à renforcer l'exercice collectif de droits étaient (trop) controversées. Le Conseil fédéral a donc divisé le projet de modification du CPC en traitant séparément l'exercice collectif des droits (objet 21.082) afin de ne pas mettre en péril la révision générale du CPC (objet 20.026) contenant des réformes plus ponctuelles, concernant par exemple les frais de procédure.⁴³

Le projet de révision "générale" du CPC (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) a été adopté le 17 mars 2023 et les modifications entreront en vigueur le 1er janvier 2025.⁴⁴ En revanche, le projet relatif à l'exercice collectif des droits est toujours en cours d'examen.⁴⁵ Le 10 décembre 2021, le Conseil fédéral a fait de nouvelles propositions dans le cadre de son message.⁴⁶ Un rapport sur l'analyse d'impact de la réglementation et une étude de droit comparé ont été commandés et publiés à cet effet.⁴⁷ Le rapport sur l'analyse d'impact de la réglementation a conclu que, compte tenu des pratiques déjà existantes dans d'autres pays européens, l'effet sur l'économie dans son ensemble devrait être très limité.⁴⁸ Le 12 avril 2024, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé une nouvelle fois de reporter l'entrée en matière sur le projet du Conseil fédéral. Elle a cette fois demandé une note concernant les conséquences que pourrait entraîner l'arrêt de la CEDH *Verein*

⁴¹ Rapport 2013 (n 9).

⁴² Avant-projet du Conseil fédéral du 2 mars 2018 pour la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) (cité : Avant-projet 2018).

⁴³ Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607 (cité : Message amélioration).

⁴⁴ Objet du Conseil fédéral 20.026 sur la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit).

⁴⁵ Objet du Conseil fédéral 21.082 sur la modification du code de procédure civile (Action des organisations et transaction collective).

⁴⁶ Message du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 sur une modification du code de procédure civile (action des organisations et transaction collective, FF 2021 3048 (cité : Message action des organisations); Projet du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 pour la modification du code de procédure civile (action des organisations et transaction collective), FF 2021 3049 (cité : Projet action des organisations).

⁴⁷ ECOPLAN, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zu Verbandsklage und kollektivem Vergleich : Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Änderung der Zivilprozessordnung (Vorlage 21.082), 23 juin 2023 (mandants : Office fédéral de la justice (OFJ) et Secrétariat d'État à l'économie (SECO); LEIN Eva / BONZÉ Constance, Rechtsvergleichende Studie – externes Mandat : Kollektive Rechtsausübung (Vorlage 21.082), 24 juin 2023.

⁴⁸ ECOPLAN (n 47), p. 10.

KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse concernant l'exercice des droits collectifs en lien avec les obligations de la Suisse en matière climatique.⁴⁹ Voici un aperçu des principaux points de la révision concernant l'exercice collectif des droits (21.082) et de la révision générale et aboutie du CPC (20.026):

2.2.2 Exercice collectif des droits (projet de loi)

Le projet de loi du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 sur l'exercice collectif des droits, toujours en suspens, porte essentiellement sur l'extension de l'action des organisations existante et la création d'un mécanisme de transaction collective.

Afin que l'action des organisations du CPC ne reste pas « lettre morte et contribue à une mise en œuvre efficace des droits collectifs », le projet du Conseil fédéral prévoit d'élargir le **champ d'application matériel** de l'action des organisations à l'ensemble du droit privé, et donc au-delà des seules atteintes à la personnalité.⁵⁰ Tandis que le champ d'application de l'action d'organisations est élargi, les conditions de la **qualité pour agir** des associations et autres organisations seraient plus strictes et donc plus restrictives.⁵¹ Selon le projet, les associations et autres organisations doivent être sans but lucratif, exister depuis au moins 12 mois au moment de l'introduction de l'action, être habilitées par leurs statuts à défendre les droits et intérêts de ce groupe de personnes et être indépendantes des parties auxquelles elles reprochent une violation du droit.⁵² La condition d'une "importance nationale ou régionale" n'est plus requise dans le projet.⁵³

En ce qui concerne les **objectifs de l'action**, l'action des organisations doit permettre, comme jusqu'à présent, d'agir en cessation, en interdiction ou en constatation du caractère illicite d'une violation (art. 89, al. 2, P-CPC). La proposition la plus importante est que les associations et autres organisations puissent intenter une action en leur propre nom pour faire également valoir les **droits à indemnisation** des personnes concernées.⁵⁴ Il s'agirait en premier lieu de dommages et intérêts, mais il serait également possible de faire valoir des prétentions en réparation du tort moral.⁵⁵ Pour ce faire, l'association doit être autorisée par écrit par au moins **10 personnes concernées** et toutes les revendications doivent reposer sur des faits ou des motifs juridiques similaires.

⁴⁹ Commission des affaires juridiques du Conseil national, Objet 21.082, communiqué de presse du 12 avril 2024.

⁵⁰ Message action des organisations (n 46), p. 20.

⁵¹ Idem, p. 20.

⁵² Projet action des organisations, art. 89 P-CPC.

⁵³ Message action des organisations (n 46), p. 21.

⁵⁴ Projet action des organisations, art. 307b P-CPC.

⁵⁵ Message action des organisations (n 46), p. 22.

Le projet règle également la procédure. Elle doit être lancée par une demande d'admission. Dans cette **demande d'admission**, les conditions et la qualité pour agir des organisations sont examinées. Si le tribunal admet l'action, il fixe un délai pour le dépôt de la requête et publie l'admission. A partir de ce moment, les actions identiques d'autres organisations sont provisoirement bloquées.⁵⁶ L'action des organisations en réparation du dommage suit un **mécanisme d'opt-in**. Seules les personnes qui se joignent activement à l'action dans un délai fixé par le tribunal (d'au moins trois mois à compter de la publication⁵⁷) sont liées par le jugement. Cela doit permettre de garantir que personne ne soit lié sans volonté.

Après l'admission, la **procédure principale** d'une action d'une organisation correspond à la procédure ordinaire⁵⁸ avec trois différences. Premièrement, une procédure de conciliation doit avoir lieu et peut aboutir à une transaction collective. Deuxièmement, le tribunal peut subdiviser des groupes de personnes, adapter la liste et faire appel à des experts spéciaux. Enfin, la demande d'admission doit interrompre la **prescription**.

Dans le cas des actions d'organisations, le tribunal doit pouvoir s'écarter des principes de répartition (*loser pays principle*) et répartir les **frais judiciaires** selon son appréciation.⁵⁹ Ceci « afin de tenir compte des particularités et des risques liés aux frais de procédure de l'action des organisations » et de réduire, dans certains cas, les conséquences et les risques liés aux frais à la charge des associations plaignantes.⁶⁰ Toutefois, dans l'ensemble, on **renonce délibérément à apporter d'autres modifications du droit des frais pour les actions d'organisations**.

Outre l'action d'organisations, le Conseil fédéral propose également une **procédure de transaction collective**.⁶¹ L'objet de la transaction collective est toujours le droit à réparation.⁶² La procédure est introduite par une demande d'une partie dans le cadre d'une action d'organisations. Cette demande doit être accompagnée de l'intégralité de la transaction. En outre, les personnes concernées qui souhaitent participer doivent être désignées avec précision et les conditions de leur indemnisation ainsi que leur répartition doivent être indiquées.⁶³ Le tribunal doit alors vérifier si l'accord est approprié, s'il ne viole pas le droit impératif, si les

⁵⁶ Projet action des organisations, art. 307c al. 2-4 P-CPC.

⁵⁷ Le tribunal veille à ce que toutes les principales étapes de la procédure soient publiées, les cantons tenant à cet effet un registre électronique publiquement accessible (cf. art. 307g P-CPC).

⁵⁸ Art. 219 ss CPC.

⁵⁹ Projet action des organisations, art. 107 P-CPC.

⁶⁰ Message action des organisations (n 46), p. 22.

⁶¹ Projet action des organisations, art. 307h à 307l P-CPC.

⁶² cf. titres/systématique du titre 8a P-CPC ainsi que l'art. 307k let. c P-CPC.

⁶³ Voir en détail le Projet action des organisations, art. 307h al. 3 P-CPC.

conséquences financières sont réglées de manière adéquate et si les intérêts des personnes concernées par la transaction sont globalement préservés de manière adéquate.⁶⁴

2.2.3 Nouveautés en matière de coûts et de preuves

Dans le cadre de la révision achevée du CPC, les modifications suivantes concernant les frais et les preuves ont été adoptées et entrent en vigueur le 1er janvier 2025.

En ce qui concerne les frais, le tribunal doit actuellement, en cas de pluralité de parties, déterminer les frais de procédure de manière discrétionnaire. Le tribunal peut également décider que les parties soient solidairement responsables des frais de procédure.⁶⁵ Chaque partie supporte ainsi le risque lié aux frais pour l'ensemble des frais de procédure. Selon le nouvel art. 106 al. 3 CPC, le tribunal doit déterminer la part des parties aux frais de procédure en fonction de leur participation. En cas de consorité simple, elles ne sont **plus solidairement** responsables. Cette disposition vise à renforcer la possibilité de la consorité simple, notamment pour faire valoir collectivement des dommages collectifs.

En outre, selon le nouvel art. 98 al. 1 CPC, le tribunal doit pouvoir exiger du ou de la demandeur-resse une avance au maximum de la **moitié** (seulement) **des frais judiciaires présumés**. Il s'agit toujours d'une norme potestative. Pour certaines procédures, il est toujours possible de demander une avance de frais pour la totalité du montant.⁶⁶

Ensuite, le nouvel article 94a du CPC apporte une modification concernant le calcul des frais judiciaires dans le cadre de l'action d'organisations actuelle (en cessation, en interdiction ou en constatation). Dans ce cas, le tribunal doit pouvoir fixer la valeur litigieuse **selon son pouvoir d'appréciation**, à moins que les parties ne se mettent d'accord sur ce point ou que leurs indications soient manifestement inexactes. La valeur litigieuse ne serait alors plus calculée en fonction des prétentions individuelles des personnes concernées. Il est toutefois prévu de renoncer à une limite de valeur litigieuse telle qu'elle existe à l'étranger.⁶⁷

Enfin, il a été **renoncé** à créer des tarifs d'émoluments uniformes pour toute la Suisse ou du moins des tarifs-cadres ou maximaux.⁶⁸ Ainsi, le Conseil fédéral estime qu'une réduction plus importante des avances de frais judiciaires à une simple « taxe d'avertissement » ou à 20% au maximum des frais judiciaires présumés n'est pas nécessaire, même au vu des résultats

⁶⁴ Projet action des organisations, art. 307j P-CPC.

⁶⁵ Art. 106 al. 3 CPC (jusqu'au 31.12.2024).

⁶⁶ Art. 90 al. 2 nCPC (à partir du 01.01.2025). Ainsi que pour une procédure devant le tribunal de commerce ou le tribunal supérieur (en tant qu'instance cantonale unique) si l'option a été exercée ; une procédure de conciliation ; une procédure sommaire (avec des contre-exceptions) ; une procédure de recours.

⁶⁷ Message amélioration (n 43), p. 2647 s.

⁶⁸ Idem, p. 2623 et 2647.

de la consultation.⁶⁹ Il en va de même pour l'exonération de l'obligation de verser une indemnité à la partie adverse en cas d'octroi de l'assistance judiciaire.⁷⁰ Enfin, compte tenu du refus exprimé lors de la consultation, l'obligation du tribunal d'informer sur les frais de procédure et les possibilités de financement du procès n'a pas été étendue. Il est toutefois prévu que l'Office fédéral de la justice mette à l'avenir à disposition sur son site internet des informations sous forme d'aide-mémoire sur les frais de procédure et les possibilités d'assistance judiciaire et en particulier de financement du procès, étant donné que le besoin d'informations à ce sujet est important.⁷¹

En ce qui concerne les **preuves**, deux améliorations mineures méritent d'être soulignées : **L'assistance judiciaire** existera désormais aussi **pour l'administration des preuves à futur** (art. 158 CPC), conformément à l'art. 118 al. 2 CPC. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les procédures d'administration des preuves à futur en vue de déterminer les chances de succès d'un procès ne relèvent pas (jusqu'à présent) de l'assistance judiciaire, ce qui est critiqué.⁷² Cette modification peut aider les plaignant-e-s qui ont droit à l'assistance judiciaire à mieux évaluer leurs chances de succès. Pour les associations plaignantes, cela ne change rien, car elles n'ont de toute façon pas droit à l'assistance judiciaire. En outre, en raison des possibilités techniques croissantes et de l'internationalisation, **les vidéoconférences** seront désormais autorisées dans le cadre de la procédure civile, comme c'est déjà le cas dans la procédure pénale, pour les auditions de témoins, l'audition des parties, la déposition des parties ainsi que pour l'établissement d'une expertise.⁷³ Cela peut faciliter l'administration des preuves, notamment dans les affaires internationales.

Pour le reste, il n'y a **pas de nouvelles règles** concernant **l'allègement du fardeau de la preuve** ou la **divulcation des moyens de preuve**. Le projet de révision de la protection juridique collective n'apporte délibérément rien de nouveau en matière de preuves : « la procédure [des actions des organisations] 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. »⁷⁴ La référence au droit étranger se réfère en particulier à l'obligation de divulguer les preuves conformément à l'article 18 de la Directive UE 2020/2018 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Pour justifier cette obligation de divulgation, l'UE a considéré que « Les éléments de preuve sont essentiels pour établir si une action représentative visant à obtenir des

⁶⁹ Idem, p. 2623 s.

⁷⁰ Idem, p. 2623 s.

⁷¹ Idem, p. 2624 et 2683.

⁷² Idem, p. 2653.

⁷³ Idem, p. 2658 et 2660.

⁷⁴ Message action des organisations (n 46), p. 3 ou 17.

mesures de cessation ou des mesures de réparation est fondée. Cependant, les relations entre les entreprises et les consommateurs sont souvent caractérisées par des asymétries d'information et les éléments de preuve nécessaires peuvent être détenus exclusivement par le professionnel, ce qui les rend inaccessibles pour l'entité qualifiée. Les entités qualifiées devraient donc avoir le droit de demander à la juridiction [...] d'ordonner au professionnel de produire des éléments de preuve pertinents pour leur demande. »⁷⁵

3. Droit comparé et pratiques étrangères

Cette partie met en lumière les développements législatifs et judiciaires dans le domaine des actions collectives dans certains pays d'Europe continentale. Deux autres études démontrent déjà que pratiquement tous les modèles étrangers vont plus loin que le projet du Conseil fédéral sur l'action des organisations et la transaction collective.⁷⁶ Ces deux études vont plus en détail que la présente étude et font état d'autres pays comme la Pologne, la Lituanie, l'Autriche ainsi que de l'action constatatoire collective allemande. La présente étude se concentre délibérément sur des exemples qui montrent comment l'accès à l'application du droit ou à la réparation des dommages peut être amélioré, notamment aux Pays-Bas, en France et en Italie. Les instruments de recours collectif sont comparés selon les cinq critères suivants :

- 1) Le champ d'application matériel ;
- 2) La qualité pour agir ;
- 3) Les objectifs de l'action ;
- 4) Les questions de procédure ;
- 5) Les coûts et le financement.

Pour ce qui est du champ d'application matériel, les instruments de protection juridique collective sont soit limités à la violation de lois spéciales, par exemple la protection des consommateurs, soit applicables de manière générale à l'ensemble du droit privé. La qualité pour agir se réfère à la question de savoir qui peut agir en justice (association représentative ou les membres du groupe) et à quelles conditions. Les objectifs de l'action en justice peuvent varier de la simple constatation d'une violation à la réparation du dommage, en passant par la cessation de la violation. Les questions de procédure concernent les critères de recevabilité d'une action collective et la constitution du groupe. Par exemple, une procédure *opt-in* exige

⁷⁵ Directive (UE) 2020/1828, consid. 68 s.

⁷⁶ ECOPLAN (n 47), p.9.

le consentement explicite d'une personne pour se joindre à une action tandis que dans une procédure *opt-out*, le groupe comprend *a priori* toutes les personnes ayant subi un dommage de même nature, à moins qu'elles déclarent explicitement vouloir se retirer. Enfin, il existe différentes règles concernant les coûts et le financement des actions collectives. Tous ces éléments seront examinés plus en détail à l'aide d'exemples de pays d'Europe continentale.

En plus des éléments mentionnés, il convient de noter que dans le cas d'actions transnationales en matière de droits humains, d'environnement ou de climat contre des acteurs privés, il existe des obstacles particuliers pour les personnes concernées. Les personnes concernées dans ces domaines sont souvent domiciliées à l'étranger et en dehors de l'UE, ce qui peut rendre difficile la représentation par des associations ou la constitution d'une action collective et augmenter les coûts de procédure. Selon une étude de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, les instruments collectifs existants dans les États membres de l'UE, même plus élaborés qu'en Suisse, semblent être insuffisants, à eux seuls, pour permettre l'accès à la réparation de violations des droits de l'homme commises par des entreprises dans un contexte transnational. Sur plus de 21 actions en justice analysées pour lesquelles une action collective aurait été disponible dans différents pays, seules 4 ont été engagées, probablement parce que la procédure était trop complexe.⁷⁷ Dans ce domaine, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme reconnaissent explicitement que l'absence de possibilités suffisantes pour regrouper les plaintes ou recourir à des procédures de groupe (par exemple, des actions catégorielles ou autres procédures en nom collectif), empêchant ainsi les requérants individuels d'obtenir une réparation effective.⁷⁸

3.1 Développements dans l'Union européenne

3.1.1 Actions représentatives de l'UE (des consommateurs)

En 2013, la Commission européenne a publié une série de recommandations sur les recours collectifs.⁷⁹ Elle a recommandé aux États membres de permettre des actions collectives générales. Pour être habilitées ou qualifiées à intenter une action collective, les associations et

⁷⁷ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Business and Human Rights – Access to Remedy*, Rapport, 2020, p. 58. Les cas ne sont malheureusement pas explicitement mentionnés.

⁷⁸ Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, pr. 26, commentaire.

⁷⁹ Commission européenne, *Recommandation 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*, 11 juin 2013, 2013/396/UE (cité : *Recommandation Commission*).

organisations représentatives devraient au moins être à but non lucratif, leurs principaux objectifs devraient avoir un lien direct avec l'action et elles devraient disposer de ressources suffisantes pour représenter plusieurs personnes au mieux de leurs intérêts. Puis, les organisations qualifiées devraient pouvoir intenter une action en dommages et intérêts sur la base d'une procédure opt-in. Un rapport de 2018 sur la mise en œuvre de ces recommandations a toutefois révélé que peu d'États membres de l'UE avaient entrepris les réformes attendues.⁸⁰

Le 25 novembre 2020, la directive (UE) 2020/1828 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs a été adoptée. Les États membres de l'UE disposent donc d'une loi pour sa transposition dans leur droit national.⁸¹ La directive a pour objectif d'harmoniser **les actions représentatives** visant à protéger les intérêts collectifs des consommateur·rice·s au sein de tous les États membres. Le champ d'application matériel est limité aux violations par les entreprises des dispositions du droit de l'Union en matière de **protection des consommateur·rice·s**.⁸² Seules les organisations ou les organismes publics qui représentent les intérêts des consommateur·rice·s ont la qualité pour agir. Ces entités qualifiées doivent, entre autres, être actives depuis au moins douze mois, avoir un but statutaire de protection des intérêts des consommateur·rice·s et ne pas avoir de but lucratif.⁸³ De plus, l'organisation ne doit pas être sous l'influence de personnes ayant un intérêt économique à l'introduction d'une action collective.⁸⁴ Les États membres de l'UE établissent une liste des entités qualifiées et la mettent à la disposition du public.⁸⁵

En ce qui concerne les objectifs de l'action, les organisations protection des consommateur·rice·s doivent au moins avoir le droit d'intenter **une action en cessation** et **une action en réparation**.⁸⁶ Lorsqu'une entité qualifiée demande une mesure de cessation ou d'interdiction d'une pratique, les consommateur·rice·s ne sont pas tenus d'exprimer individuellement leur volonté d'être représenté·e·s par cette entité (*opt-out*). Pour ce qui est de l'action en réparation du dommage, la Directive prévoit une réparation aux consommateur·rice·s concerné·e·s, par exemple sous la forme d'indemnisation. Pour ce faire, les consommateur·rice·s concerné·e·s doivent exprimer explicitement ou tacitement (**opt-in ou opt-out**) et dans un

⁸⁰ Commission européenne, Rapport 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, 25 janvier 2018, COM/2018/040 (cité : Rapport Commission) ; voir également MULLENIX Linda S., For the Defense : 28 Shades of European Class Actions, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?, 2021, p. 58.

⁸¹ Voir LEIN Eva / BONZÉ Constance (n 47), pour le détail.

⁸² Directive (UE) 2020/1828, art. 2, puis annexe I pour les dispositions visées à l'art. 2.

⁸³ Directive (UE) 2020/1828, art. 4 ch. 3.

⁸⁴ Directive (UE) 2020/1828, art. 4 ch. 3 let. e.

⁸⁵ Par exemple, en Allemagne : « https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Verbraucherschutz/Liste_qualifizierter_Einrichtungen.pdf?__blob=publicationFile&v=14 ».

⁸⁶ Directive (UE) 2020/1828, art. 7 ch. 4.

délai raisonnable après l'introduction de l'action représentative leur volonté d'être représenté-e-s ou non et d'être lié-e-s ou non par le résultat de l'action. Dans ce cas, le choix du mécanisme de participation est laissé aux États membres. De plus, les consommateur-ric-e-s doivent pouvoir bénéficier des modes de dédommagement prévus sans devoir tenter une action séparée. En outre, la directive ne prévoit **pas de nombre minimum de consommateur-ric-e-s concerné-e-s** pour tenter une action représentative, mais elle laisse les États membres décider.

Ensuite, la directive ne s'écarte pas du principe *loser pays*. Toutefois, les États membres doivent prendre des mesures pour s'assurer que les **coûts** éventuels n'empêchent pas les entités qualifiées d'exercer leur droit d'intenter des actions. De telles mesures peuvent inclure des financements publics, la limitation des frais de justice ou administratifs applicables ou accorder l'accès à l'aide juridictionnelle.⁸⁷

Comme mentionné plus haut, il est également intéressant de noter l'obligation de **divulgation des éléments de preuve** prévue à l'article 18. Cette obligation se justifie par le fait que les relations entre les entreprises et les consommateur-ric-e-s sont souvent caractérisées par des asymétries d'information et que les preuves nécessaires peuvent être exclusivement en possession de l'entreprise. Dans le cadre de l'article 18, les tribunaux doivent donc pouvoir ordonner la divulgation de preuves qui sont à la disposition de l'entreprises défenderesse.

Enfin, bien que cette directive soit progressiste en termes de coûts et de preuves, elle ne semble pas être très utilisable dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme ainsi que pour les actions environnementales ou climatiques. Elle se limite à la protection des consommateur-ric-e-s. Le principal obstacle concerne donc son champ d'application matériel. En effet, les personnes concernées doivent être des consommateur-ric-e-s (d'une entreprise). Le champ d'application couvre aussi les consommateur-ric-e-s qui se trouvent en dehors de l'UE. Toutefois, ces personnes concernées dans des pays tiers doivent exprimer explicitement leur volonté d'être représentées par l'action (opt-in). Les rares cas dans le domaine des entreprises et des droits humains qui entrent en ligne de compte sont des cas de responsabilité du fait des produits, par exemple des dommages causés à des consommateurs de pesticides ou de médicaments relevant d'une violation d'un droit humain.

⁸⁷ Directive (UE) 2020/1828, art. 12 et 20.

3.1.2 Directive l'UE sur le devoir de vigilance des entreprises

La Directive de l'UE sur le devoir de vigilance en matière de durabilité a été adoptée en mai 2024. Il s'agit d'un instrument important en ce qui concerne l'accès à la réparation et l'accès à la justice et à des voies de recours effectives non seulement en cas de violation des droits humains commise par une entreprise, mais également en cas de dommage environnemental. Hormis le rôle principal de la Directive consistant à établir des obligations uniformes de diligence raisonnable en matière de droits humains et d'environnement pour les grandes entreprises (également celles en Suisse générant un chiffre d'affaires net supérieur à EUR 450 mio au sein de l'UE)⁸⁸, la Directive prévoit une règle de responsabilité civile en cas de dommage.

Selon l'art. 29 (responsabilité civile), les délais de prescription de la responsabilité civile dans ce type d'affaires transnationales en matière de droits humains et d'environnement doit être d'au moins 5 ans.⁸⁹ Par ailleurs, les tribunaux doivent offrir la possibilité de divulguer des éléments de preuve demandés par les plaignant-es qui se trouvent sous le contrôle de l'entreprise à certaines conditions.⁹⁰ En ce qui concerne les coûts, la Directive n'appartient rien de véritablement nouveau, bien que ceux-ci ne doivent pas être prohibitifs.⁹¹

Pour ce qui est des actions collectives, l'Article 29 prévoit que les États membres peuvent prévoir des mécanismes appropriés permettant à un syndicat, une organisation non gouvernementale de défense des droits de l'homme ou de protection de l'environnement ou à une institution nationale de défense des droits de l'homme, d'engager des actions pour faire respecter les droits de la personne prétendument lésée. Toutefois, il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation pour les États membres qui conservent une marge de manœuvre. De plus, lorsque cette possibilité est utilisée, un État membre peut prévoir que le syndicat ou l'organisation non gouvernemental maintienne une présence permanente et, conformément à ses statuts, ne s'engage pas à titre commercial ou de façon uniquement temporaire pour l'affaire.⁹²

3.1.3 Règles modèles européennes de procédure civile

Le réseau académique *European Law Institute* et l'organisation intergouvernementale de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) ont publié des règles de base et

⁸⁸ Directive vigilance des entreprises en matière de durabilité, Art. 2.

⁸⁹ Directive vigilance des entreprises en matière de durabilité, art. 29 al. 3 lit. a.

⁹⁰ Idem, art. 29 al. 3 lit. e.

⁹¹ Idem, art. 29 al. 3 lit. b.

⁹² Ibid, art. 29 al. 3 lit. d.

des recommandations sur le droit privé européen. Ces règles de base, connues sous le nom de règles modèles européennes de procédure civile (RME), ne sont pas juridiquement contraignantes. Cependant, elles sont considérées comme des bases reconnues pour l'harmonisation et l'amélioration du droit privé européen, y compris la protection juridique collective.⁹³

En ce qui concerne le champ d'application matériel, les RME recommandent des mécanismes **généraux** d'action collective et pas une limitation à des domaines juridiques spécifiques. En plus des organisations qualifiées (**action représentative**) dans la Directive européenne relative aux actions représentatives de protection des consommateurs, les personnes lésées devraient aussi pouvoir intenter une action dans l'intérêt des autres personnes lésées (**action de groupe**).⁹⁴ Pour être considéré-e-s comme des plaignant-e-s qualifié-e-s, les plaignant-e-s ne doivent pas avoir de conflits d'intérêts avec des membres du groupe et doivent disposer de moyens appropriés ou fournir des garanties pour les frais. En outre, ils doivent être représentés par un-e avocat-e et ne pas exercer d'activité juridique.⁹⁵ Les plaignant-e-s doivent avoir la possibilité d'intenter une action **en cessation et en réparation**.⁹⁶ Si la réparation est demandée sous la forme de dommages et intérêts, le jugement devrait déterminer le montant total des dommages et intérêts ainsi que les critères de répartition entre les différents membres du groupe.⁹⁷

Les RME recommandent de réduire le risque d'actions collectives non fondées par le **mécanisme d'opt-in** recommandé ;⁹⁸ l'examen judiciaire de la recevabilité des actions collectives ;⁹⁹ ainsi que la répartition des coûts en fonction du sort de la cause (*loser pays costs principle*).¹⁰⁰ Après le dépôt de la plainte, le tribunal devrait publier une ordonnance afin que les personnes potentiellement concernées puissent exprimer explicitement leur volonté de se joindre à la plainte. Ces règles ne recommandent pas un nombre minimum concret de personnes concernées pour une action collective ou de groupe.¹⁰¹ Le financement par des tiers doit être autorisé, mais doit être communiqué au tribunal.

Ces recommandations, notamment en ce qui concerne le champ d'application et la qualité pour agir, réduiraient les obstacles pour les personnes concernées par les actions en justice

⁹³ ELI / UNIDROIT, Model European Rules of Civil Procedure : From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, Oxford 2021

⁹⁴ Idem, règle 208.

⁹⁵ Idem, règle 209 let. a-d.

⁹⁶ Idem, règle 204.

⁹⁷ Idem, règle 228.

⁹⁸ Idem, règle 215.

⁹⁹ Idem, règle 212.

¹⁰⁰ Idem, règle 238.

¹⁰¹ Idem, règle 207.

dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme ainsi que de l'environnement et du climat.

3.2 Développements et pratiques dans les pays d'Europe continentale

3.2.1 Pays-Bas

Aux Pays-Bas, les associations peuvent intenter une action pour protéger des intérêts collectifs ou publics en vertu de l'article 3:305a du Code civil néerlandais (CCnl). Le champ d'application matériel de l'art. 3:305a CCnl est général et ne se limite donc pas à un domaine juridique spécifique. Cependant, jusqu'en 2020, cet instrument ne permettait pas de prendre des décisions sous forme de dommages et intérêts. Les personnes concernées devaient intenter une action individuelle séparée en dommages et intérêts après le jugement.¹⁰²

Pays-Bas c. Urgenda, Arrêt de la Cour suprême des Pays-Bas (20 décembre 2019)¹⁰³

Sur la base de l'article 3:305a CCnl (dans sa version antérieure à 2020), l'association Urgenda (mot-valise de urgent et agenda) (le demandeur) a représenté les intérêts de 886 résident·e·s des Pays-Bas menacé·e·s par le changement climatique (le groupe) contre les Pays-Bas (le défendeur). La décision confirme la qualité pour agir d'Urgenda en tant que représentant des résident·e·s néerlandais·es ayant un intérêt suffisamment similaire à l'action.

Urgenda a fait valoir que l'État avait manqué à son devoir de diligence à l'égard du groupe en ce qui concerne le changement climatique, conformément à l'article 6:162(2) CCnl et aux articles 2 et 8 de la CEDH. Urgenda a demandé une cessation du dommage sous la forme d'une réduction des émissions de CO₂ par l'État, ce que le tribunal a accepté.

¹⁰² TZANKOVA Ianika N. / KRAMER Xandra E., From Injunction and Settlement to Action : Collective Redress and Funding in the Netherlands, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?, 2021, p. 101.

¹⁰³ Pays-Bas c. Urgenda, « <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf> ».

Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell plc, Arrêt de la Haute Cour de la Haye (26 mai 2021)¹⁰⁴

Se fondant sur l'article 3:305a CCnl (dans sa version antérieure à 2020), des organisations environnementales (Milieudefensie, Greenpeace NL, Fossilvrij NL, Waddenvereniging, Both ENDS, Jongeren Milieu Actief et ActionAid NL) ont intenté une action contre Shell (le défendeur) dans l'intérêt de 17 379 personnes affectées par le changement climatique dans le monde (le groupe).

Le tribunal a limité la qualité pour agir aux plaignant-e-s qui, en tant que résidents des Pays-Bas, sont menacés par le changement climatique. Pour les membres du groupe à l'étranger, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas suffisamment d'*intérêt similaire* pour agir, car le changement climatique a des conséquences différentes dans le monde entier (par. 4.2.3). Les associations plaignantes ont fait valoir (objectifs de l'action) que Shell avait manqué à son devoir de diligence en matière de changement climatique vis-à-vis du Groupe en vertu de l'article 6:162(2) CCnl. Elles ont demandé une cessation du dommage sous la forme d'une réduction des émissions de CO₂ par Shell, ce que le tribunal a accepté.

En janvier 2020, une nouvelle loi sur le règlement des dommages collectifs dans le cadre de plaintes collectives a étendu l'**action collective** existante aux **dommages et intérêts**. Le nouvel article 3:305a CCnl s'applique aux actions introduites après le 1er janvier 2020 et concernant des événements survenus après le 15 novembre 2016. Le champ d'application matériel est **général**, mais l'action doit présenter une certaine proximité (*connection*) avec les Pays-Bas, soit en raison qu'une majorité des personnes concernées résident aux Pays-Bas, soit en raison que l'événement dommageable soit survenu aux Pays-Bas. Cependant, il n'est pas encore clair si le seul siège de l'auteur présumé du dommage suffit.¹⁰⁵ Les conditions de la qualité pour agir ont également été renforcées par rapport à l'ancien article 3:305 CCnl.¹⁰⁶ L'association doit toujours être à but non lucratif et disposer de ressources suffisantes. De plus, elle doit désormais démontrer qu'elle représente suffisamment les membres du groupe.

¹⁰⁴ Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell plc, « <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/> ».

¹⁰⁵ Art. 3:305 al. 3 ch. 2 CCnl.

¹⁰⁶ SPIJKERS Otto, Public Interest Litigation Before Domestic Courts in the Netherlands on the Basis of International Law : Article 3 :305a Dutch Civil Code, EJIL: Talk!, 6 mars 2020.

Les personnes concernées résidant aux Pays-Bas ont la possibilité de se retirer. Cette **procédure d'opt-out** pour les dommages et intérêts est quelque peu particulière en comparaison européenne. Les membres du groupe lésé avec leur domicile en dehors des Pays-Bas doivent en revanche exprimer expressément leur volonté pour être représentés (opt-in).

Pour les affaires relatives aux entreprises et aux droits de l'homme ainsi qu'aux actions climatiques, la loi ouvre de nouvelles possibilités de réparation par des dommages et intérêts. Le critère de proximité avec les Pays-Bas pourrait toutefois exclure les cas transnationaux.

3.2.2 France

La France connaît l'action de groupe dans le domaine de la **protection des consommateurs et du droit de la concurrence** depuis 2014. Le champ d'application matériel a ensuite été étendu à des domaines tels que **la santé, le droit du travail, l'environnement, la discrimination et la protection des données**. Les bases juridiques se trouvent dans le Code de Procédure civile (art. 848 CPCfr) et dans les lois spéciales correspondantes.¹⁰⁷ Dans le domaine de l'environnement, par exemple, les associations dont l'objet statutaire est la protection des victimes de dommages corporels ou la protection de protection de l'environnement ont le droit d'agir en justice. De même, dans les cas de discrimination au travail, les syndicats sont habilités à agir en justice. Outre l'action en cessation, les associations peuvent intenter une action en dommages et intérêts pour les préjudices physiques et matériels (mais pas pour un préjudice purement économique).¹⁰⁸ En revanche, dans le domaine de la santé, seuls les dommages physiques peuvent faire l'objet d'une demande de réparation.

Du point de vue procédural, les actions collectives en France se déroulent en **deux phases**. Tous les cas individuels doivent d'abord être présentés exhaustivement par l'association plaignante (art. 849-1 CPCfr). Typiquement, les plaintes d'association commencent avec peu de **personnes concernées, mais au moins deux**. Ce n'est qu'après le jugement qui établit la responsabilité des défendeurs que d'autres personnes concernées peuvent se constituer en groupe (**opt-in**) dans un certain délai pour faire valoir des droits à réparation (art. 849-16 CPCfr). Le juge décide des modalités que les personnes concernées doivent suivre pour être incluses dans le groupe.

¹⁰⁷ Art. 848 CPCfr. cf. AZAR-BAUD Maria José / BIARD Alexandre, The Dawn of Collective Redress 3.0 in France ?, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?, 2021, p. 101.

¹⁰⁸ Art. L142-3-1 Code de l'environnement français.

En pratique, 37 actions de groupe ont été enregistrées en France par l'Observatoire des actions de groupe (20 cas de protection des consommateurs, 8 cas de discrimination, 3 cas liés à la santé, 2 cas de protection des données, 0 pour l'environnement.

APESAC c. Sanofi (Affaire Dépakine), Tribunal judiciaire de Paris (5 janvier 2022)¹⁰⁹

Dans l'affaire Sanofi, le 2 mai 2017, l'association APESAC (le demandeur), représentant des parents d'enfants atteints de malformations et de troubles du développement, a intenté une action en justice contre le groupe pharmaceutique Sanofi (le défendeur) au nom des familles (le groupe) dans le cadre de l'action collective prévue par le code de la santé publique (art. L1143-2). L'APESAC a fait valoir que la prise du médicament Dépakine (contenant du Valproate) pendant la grossesse a provoqué des maladies chez l'enfant. Dans un premier temps, l'association a demandé un jugement sur le principe de la responsabilité de Sanofi.

Le tribunal a examiné quatre conditions de l'action collective selon la loi sur la santé et a déclaré l'action recevable : 1) L'association est bien une association d'usager-ère-s du système de santé agréée. 2) Elle a justifié son action en démontrant l'existence de préjudices relatifs à des dommages corporels dans le cas de 14 familles usagères du système de santé. 3) L'action concernait *prima facie* un manquement à une obligation dans le domaine de la santé, 4) ayant un lien de causalité avec le dommage. Après l'examen de la recevabilité, le tribunal a reconnu la responsabilité de Sanofi (p. 50) et a annoncé les critères d'opt-in avec un délai de cinq ans pour trois catégories de personnes concernées : 1) les femmes enceintes exposées au valproate entre 1984 et 2006 pour les malformations congénitales et entre 2001 et 2006 pour les troubles développementaux et cognitifs, 2) les enfants exposés in utero au valproate dans les mêmes périodes pour les mêmes problèmes et 3) les victimes indirectes (p. 50).

Un **projet d'extension et d'harmonisation d'une action de groupe générale** est en discussion au Parlement français depuis 2023.¹¹⁰ Selon le projet, l'action de groupe sera étendue à toutes les prétentions civiles.¹¹¹ En contrepartie, les conditions pour avoir le droit d'agir en justice seront restreintes, notamment, une association devra prévoir la protection des intérêts

¹⁰⁹ <https://www.doctrine.fr/d/TJ/Paris/2022/UDD5D24F70ABA758A8DD0>

¹¹⁰ Proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe, 15 décembre 2022 ; LEIN Eva / BONZÉ Constance (n 45), p. 66 ss.

¹¹¹ Proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe, art. 1^{er}.

concernés dans son but statutaire depuis au moins deux ans. Cela va également s'appliquer aux plaignants transnationaux.¹¹² En outre, l'État pourra à l'avenir prendre en charge les frais de justice d'une plainte rejetée, dans la mesure où celle-ci n'était pas infondée.¹¹³

L'évolution législative en France montre une nette extension de l'action collective au-delà de la protection des consommateurs. L'élargissement du champ d'application matériel permettra éventuellement des actions dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme ainsi que des actions climatiques. Toutefois, cela n'a pas encore été testé dans un contexte transnational. Cela est peut-être dû au fait que la responsabilité des entreprises dans la chaîne d'approvisionnement selon la loi relative au devoir de vigilance des entreprises¹¹⁴ n'a pas encore été (suffisamment) clairement définie par la pratique. D'un point de vue procédural, la division de la procédure en deux phases offre une plus grande sécurité aux défendeurs, car la recevabilité et la responsabilité sont décidées en principe au préalable. Les deux phases allongent toutefois les procès.

3.2.3 Italie

En 2019, l'action collective, qui existait déjà dans le domaine de la protection des consommateurs, a également été étendue en Italie, et ce à **toutes les violations de droit civil**. En effet, selon le nouvel article 840bis CPCit, qui est entré en vigueur en avril 2020, outre les associations à but non lucratif enregistrées (**action collective**), les personnes concernées (**action de groupe**) sont également légitimées à agir au nom d'autres personnes ayant des droits similaires.¹¹⁵ Les plaignant-e-s peuvent tenter une action en cessation et **en dommages-intérêts**.

Comme en France, la procédure se déroule en **deux phases** : La première phase concerne uniquement la recevabilité de l'action collective, la seconde l'examen du fond de l'affaire. Le tribunal doit statuer sur la recevabilité de l'action dans les 30 jours suivant la première audience. Les personnes concernées peuvent se joindre à la **procédure** directement après la décision de recevabilité dans un délai de 150 jours dans le cadre d'une **procédure d'opt-in**. Le tribunal décidera ensuite du montant des dommages et intérêts pour chaque membre du groupe.

Action collective en indemnisation	
------------------------------------	--

¹¹² Idem, art. 2 duodecies.

¹¹³ Idem, art. 2 nonies.

¹¹⁴ Loi du 27 mars 2017 sur la vigilance des entreprises relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

¹¹⁵ SILVESTRI Elisabetta, Rebooting Italian Class Actions, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?, 2021, p. 206.

Actions collectives générales	Actions collectives sectorielles	Action de groupe en indemnisation
<p>Norvège, 2008</p> <p>Italie, 2019</p> <p>Pays-Bas, 2020</p> <p>France, projet 2023</p>	<p>Suède, 2003 (Consommateur-riche-s, Travail, Environnement, Agriculture)</p> <p>France, 2014 (Consommateur-riche-s, Concurrence, Santé, Travail, Environnement, Discrimination, Protection des données)</p> <p>UE, 2020 (Consommateur-riche-s)</p> <p>UE, 2024 (Devoir de vigilance en matière de droits humains et d'environnement)</p>	<p>Suède, 2003</p> <p>Norvège, 2008</p> <p>Italie, 2019</p>

Tableau : Évolution chronologique de la protection juridique collective en ce qui concerne les demandes d'indemnisation dans certains pays d'Europe continentale.

3.2.4 Autres pratiques européennes

Dans les pays d'Europe du Nord, les actions de groupe et les actions collectives en dommages et intérêts ont une plus longue tradition. Ainsi, la Norvège connaît depuis 2008 une action de groupe générale et une action collective générale. Comme de nombreux autres pays européens, la Norvège privilégie en principe une procédure opt-in. Mais il existe également une procédure d'opt-out pour permettre des actions en justice auxquelles les plaignants n'adhé- raient pas en raison du faible montant des dommages et intérêts (dommages dispersés).¹¹⁶ Depuis 2008, seules 27 actions collectives ont été introduites en Norvège. Environ un tiers d'entre elles ont été jugées irrecevables.

En Suède, un instrument similaire existe depuis 2003, mais seuls 17 cas sont connus. Par ailleurs, l'action de groupe en Belgique (sans dommages et intérêts) ou l'action constatatoire collective en Allemagne sont limitées à la protection des consommateur-riche-s.¹¹⁷

¹¹⁶ HJORT Maria Astrup, Class Actions and Group Litigation: A Norwegian Perspective, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?, 2021, p. 168.

¹¹⁷ Une nouvelle action climatique collective contre l'État a été déposée le 25 novembre 2022.

4. Propositions d'amélioration de l'accès à des voies de recours effectives et d'action collective en Suisse

4.1 Protection juridique collective (actions collectives)

1. Dans certains pays européens (Pays-Bas, France, Italie, Pologne), une tendance claire se dessine vers l'**extension du champ d'application matériel des instruments collectifs à l'ensemble du droit privé**. C'est ce que prévoit également le projet sur les actions collectives en Suisse, ce qui est à saluer et devrait être mis en œuvre dans ce sens.
2. Une autre tendance européenne est de préférer l'**action collective des organisations** à l'action de groupe (France, Pays-Bas, Belgique ou UE). Toutefois, les pays d'Europe du Nord connaissent une action de groupe et l'Italie les deux instruments. Le projet du Conseil fédéral propose d'étendre l'action des organisations et de ne pas introduire l'action de groupe. Cette solution est soutenable à condition que l'action des organisations soit disponible et fonctionnelle. Du point de vue des parties plaignantes, il est donc judicieux de mettre l'accent sur l'extension de l'action des organisations. Pour être effective, toutefois, l'action des organisations nécessite les points suivants :
3. Les conditions pour avoir **la qualité pour agir** des organisations doivent être claires et proportionnées. Selon le projet du Conseil fédéral, la protection des droits et des intérêts du groupe de personnes devrait figurer explicitement, et depuis au moins 12 mois, dans les statuts de l'association pour qu'elle soit habilitée à agir en justice. La Confédération devrait donner des indications claires sur la manière dont le groupe de personnes à protéger doit être décrit dans les statuts d'une organisation. Une description trop vague ne devrait pas faire échouer une action en justice. L'abandon du critère de l'importance nationale ou régionale est nécessaire afin de permettre les actions en justice pour les organisations étrangères. Toutefois, les mêmes critères pour la qualité pour agir devraient s'appliquer aux associations étrangères et suisses.
4. L'action des organisations doit permettre de réclamer **des dommages et intérêts**, comme le prévoit le projet du Conseil fédéral. L'extension des actions collectives aux demandes de dommages et intérêts correspond également à une tendance claire en Europe (France, Pays-Bas, Italie, UE). D'un point de vue pratique, il serait également utile de clarifier des mesures concrètes de réparation au-delà des dommages et intérêts. À titre d'exemple, la Directive 2020/1828 en matière de protection des

consommateurs mentionne à titre de réparation, par exemple, l'indemnisation, la réparation du produit, le remplacement, la réduction du prix, la résolution du contrat ou le remboursement du prix payé. En matière d'environnement et de climat notamment, l'action en cessation et réparation devraient être clarifiées au-delà des dommages et intérêts (assainissement de l'environnement, remise en l'état, réduction des émissions).

5. La procédure pour les actions collectives devrait être simple et claire. Selon le projet du Conseil fédéral, il faudrait au moins **10 personnes concernées**, ce qui correspond à la moyenne (pas de nombre minimum en France, en Italie, en Belgique et au Danemark, 10 en Pologne, 20 en Lituanie, 50 selon la procédure d'action déclaratoire collective en Allemagne).¹¹⁸ La procédure **d'opt-in** prévue correspond également à une tendance européenne (France, Italie, Norvège, Suède). Toutefois, le délai prévu est de trois mois seulement après l'enregistrement de l'action collective. Cela semble très, voire trop, court. Outre l'extension de l'action collective, le projet prévoit également l'introduction d'une **transaction collective** avec une association comme représentante. Sa pertinence va dépendre en grande partie de l'efficacité de l'action collective. L'accent devrait donc être mis avant tout sur le bon fonctionnement de la procédure d'action collective des organisations.

4.2 Coûts (également des actions collectives)

En ce qui concerne la question des frais, la révision du CPC n'a apporté que des changements ponctuels. L'avance maximale des frais a été divisée par deux et, en cas de pluralité de parties, le tribunal doit désormais déterminer la part des frais de justice revenant à chacune d'entre elles en fonction de leur participation. En cas de consorcié simple, elles ne sont plus solidairement responsables. Ces modifications sont certes bienvenues, mais il ne faut pas pour autant continuer à sous-estimer l'importance des frais.

Ainsi, malgré l'extension (bien intentionnée) de l'action collective, l'aspect des coûts devrait être déterminant pour savoir si les actions collectives joueront un rôle en Suisse à l'avenir. En ce sens, la directive UE 2020/1828 prévoit par exemple des mesures relatives aux coûts des actions collectives, telles que le financement public, la limitation des frais judiciaires ou l'accès à l'aide judiciaire pour les associations.¹¹⁹ En revanche, le projet du Conseil fédéral sur les

¹¹⁸ ECOPLAN (n 47), p. 37.

¹¹⁹ Directive (UE) 2020/1828, art. 20.

actions collectives ne prévoit délibérément aucune mesure de ce type.¹²⁰ Deux propositions d'amélioration sont la suivantes :

6. Les frais judiciaires pour les actions collectives devraient être réduits dans la mesure du possible. En ce qui concerne la valeur litigieuse le projet propose de la fixer de manière discrétionnaire par le juge. En plus du pouvoir discrétionnaire du juge, il serait judicieux de prévoir une valeur litigieuse qui prend en compte l'efficacité judiciaire de regrouper des procédures, car il est dans l'intérêt des contribuables que des actions puissent être regroupées au lieu de les traiter chacune séparément.
7. Les associations plaignantes doivent pouvoir se permettre d'intenter une procédure d'action collective sur le long terme. Le problème est que ces associations agissent en faveur des personnes concernées et parfois de l'intérêt public, mais elles supportent le risque des coûts. Selon le projet du Conseil fédéral, le tribunal doit pouvoir déroger au principe de celui qui succombe paie (***loser pays principle***). Bien que cela soit louable, cette mesure n'est pas suffisante. Il serait plus juste de clarifier dans la loi les critères permettant de déroger à ce principe (par exemple en tenant compte des avantages économiques pour le défendeur d'avoir une seule affaire au lieu de plusieurs). Une action collective fondée ne devrait pas non plus échouer en raison du manque de moyens financiers d'une association. En conséquence, soit l'accès à l'**assistance judiciaire** pour les associations devrait être garanti, soit les frais judiciaires (ou une partie de ceux-ci) devraient être pris en charge par l'État en cas d'échec d'une action collective qui n'est pas *a priori* vouée à l'échec (comme proposé en France).¹²¹

4.3 Preuves

En ce qui concerne le sujet de la preuve, la révision du CPC n'a pratiquement rien changé. Le projet du Conseil fédéral sur l'exercice collectif des droits ne propose rien de nouveau à cet égard non plus. Les règles relatives à la répartition du fardeau de la preuve (qui doit prouver quoi) et la divulgation des moyens de preuve constituent un élément important de l'accès à la réparation dans la pratique, en particulier lorsque les preuves sont difficilement accessibles aux plaignants. Les deux propositions d'amélioration sont les suivantes :

8. En matière de droits humains, d'environnement, la charge de la preuve pourrait être mieux répartie en introduisant un devoir de diligence pour les grandes entreprises,

¹²⁰ Voir 2.2.2.

¹²¹ Voir 3.2.2.

comme le fait la Directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Pour la répartition de la **charge de la preuve**, il devrait appartenir à l'entreprise de prouver avoir respecté son devoir, car il s'agit d'une preuve que l'entreprise est mieux à même d'apporter.

9. Alternativement ou de manière complémentaire, il convient d'inclure une **obligation de divulguer les éléments de preuve** qui sont uniquement détenus par les défendeur-resse-s, comme le prévoit par exemple la directive UE 2020/1828 relative aux actions représentatives des consommateur-ric-e-s contre les entreprises ou le recommande la Directive UE sur le devoir de vigilance des entreprises.

5. Références

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), Business and Human Rights – Access to Remedy, Rapport, 2020.

AZAR-BAUD Maria José / BIARD Alexandre, The Dawn of Collective Redress 3.0 in France ?, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?, 2021, p. 73-95.

BUENO Nicolas / BRIGHT Claire, Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability, International & Comparative Law Quarterly 2020 vol. 69/4 p. 789-818

Commission européenne, Rapport 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, 25 janvier 2018, COM/2018/040 (cité : Rapport Commission)

Commission européenne, Recommandation 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, 11 juin 2013, 2013/396/UE (cité : Recommandation Commission).

ECOPLAN, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zu Verbandsklage und kollektivem Vergleich : Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Änderung der Zivilprozessordnung (Vorlage 21.082), 23 juin 2023 (mandants : Office fédéral de la justice (OFJ) et Secrétariat d'État à l'économie (SECO)).

ELI / UNIDDROIT, Model European Rules of Civil Procedure : From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, Oxford 2021.

European Law Institute, Third Party Funding of Litigation, in : www.backend.univie.ac.at,
p. « <https://backend.univie.ac.at/index.php?id=174162> »

HJORT Maria Astrup, Class Actions and Group Litigation: A Norwegian Perspective, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), *Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?*, 2021, p. 165-175

KAUFMANN Christine / HECKENDORN URSCHERER Lukas, *Access to Remedy : Study commissioned by the FDFA with a view to fulfilling Postulate 14.3663*, Zurich / Lausanne 2017.

LEIN Eva / BONZÉ Constance, *Rechtsvergleichende Studie – externes Mandat : Kollektive Rechtsausübung (Vorlage 21.082)*, 24 juin 2023.

MULLENIX Linda S., *For the Defense : 28 Shades of European Class Actions*, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), *Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?*, 2021, p. 43-69.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Access to Remedy in Cases of Business-Related Human Rights Abuse: An Interpretative Guide* (UN: Geneva 2024)

RÜEGG Viktor / RÜEGG Michael, art. 91 CPC, in : Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (édit.), *BSK ZPO*, 3^e éd., Bâle 2017.

SILVESTRI Elisabetta, *Rebooting Italian Class Actions*, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), *Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?*, 2021, p. 201-213.

SPIJKERS Otto, *Public Interest Litigation Before Domestic Courts in the Netherlands on the Basis of International Law : Article 3:305a Dutch Civil Code*, in : *EJIL: Talk!* (www.ejiltalk.org), 6 mars 2020, p. « <https://www.ejiltalk.org/public-interest-litigation-before-domestic-courts-in-the-netherlands-on-the-basis-of-international-law-article-3305a-dutch-civil-code/> »

TZANKOVA Ianika N. / KRAMER Xandra E., *From Injunction and Settlement to Action : Collective Redress and Funding in the Netherlands*, in : Uzelac Alan / Voet Stefaan (édit.), *Class Actions in Europe : Holy Grail or a Wrong Trail ?*, 2021, p. 97-130.

WERRO Franz, *Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition*, *sui generis* 2018 p. 428-442

Documents officiels suisses

Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 sur l'exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, in : Office fédéral de la justice

(www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html), Berne 2013, p. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2013-07-03.html> (cité : Rapport 2013)

Avant-projet du Conseil fédéral du 2 mars 2018 pour la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), in : Office fédéral de la justice (www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html), Berne 2018, p. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html> (cité : Avant-projet 2018)

Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607 (cité : Message amélioration)

Message du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 sur une modification du code de procédure civile (action des organisations et transaction collective, FF 2021 3048 (cité : Message action des organisations)

Projet du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 pour la modification du code de procédure civile (action des organisations et transaction collective), FF 2021 3049 (cité : Projet action des organisations)