

Les actions collectives apportent peu et présentent des risques

dossier politique

6 octobre 2014

Numéro 6

Protection juridique Intenter une action en justice pour des dommages mineurs ne vaut parfois pas la peine pour un individu, cela pour diverses raisons. Faire valoir des prétentions pour des dommages importants touchant simultanément un grand nombre de personnes peut également soulever des problèmes. Des efforts sont actuellement déployés pour combler ces lacunes présumées du système juridique. Les propositions débattues vont cependant trop loin. L'introduction d'instruments de recours étrangers à la culture juridique suisse déstabiliserait notre système juridique et la répercussion de facteurs de coûts supplémentaires sur les consommateurs entraînerait une progression généralisée des prix. Cela n'apporterait pas grand-chose et poserait des problèmes supplémentaires s'accompagnant d'importants risques. Au lieu d'expérimenter de nouvelles voies de droit, mieux vaudrait développer les instruments à disposition pour exercer des droits collectivement. La mise en place d'organes de médiation privés ou de procédures d'arbitrage serait aussi une solution.

Position d'economiesuisse

- ▶ Pour les entreprises, l'application effective et efficace du droit est tout aussi importante que la sécurité juridique.
- ▶ Les instruments d'exercice collectif des droits s'écartent des principes de notre culture juridique et constituent une menace pour la procédure civile.
- ▶ Avant de développer les instruments disponibles ou d'en créer de nouveaux, il convient de clarifier, au moyen d'une analyse des besoins, pourquoi les possibilités existantes ne sont pas utilisées et comment elles peuvent être améliorées.
- ▶ Les améliorations de la protection juridique collective doivent porter en première ligne sur les instruments qui existent déjà.
- ▶ Il faut éviter de créer un système juridique basé sur la méfiance qui encouragerait les litiges.

► L'exercice collectif des droits sert à faire valoir les prétentions de plusieurs personnes lésées ayant subi des dommages identiques ou similaires.

Vue d'ensemble de l'exercice collectif des droits

L'exercice collectif des droits englobe tous les instruments juridiques servant à faire valoir les prétentions d'un grand nombre de personnes lésées ayant subi un préjudice identique ou semblable. De tels instruments permettent d'unir les intérêts et les ressources dans une même procédure.

Deux types de dommages

On distingue deux types de dommages ou de prétentions dans l'exercice collectif des droits :

- Dans le cas de dommages dispersés, un grand nombre de personnes sont touchées de manière identique ou similaire, mais chacune d'elle ne subit qu'un préjudice mineur. La particularité réside dans le fait que la valeur du dommage rapporté à un individu peut être négligeable (quelques francs ou même centimes), mais s'élever globalement à des millions.
- Dans le cas d'un dommage de masse, un grand nombre de personnes sont touchées de manière identique ou similaire et chacune d'elle subit un préjudice considérable. Les plaignants ne font pas de distinction entre un dommage de masse et un dommage normal.

Instruments de protection juridique collective

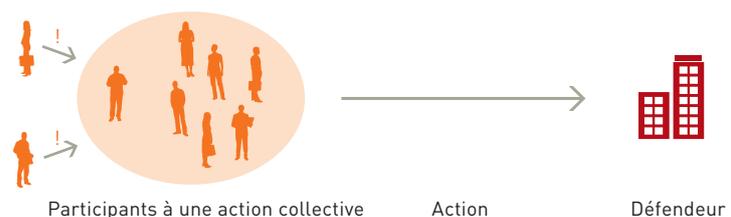
Actions collectives

Une action collective (ou action de groupe) est une plainte relevant du droit civil qui, en cas de succès, confère des droits non seulement au plaignant, mais également à toute personne lésée au même titre – peu importe que cette dernière ait intenté de son côté une action ou pas. On peut faire une distinction entre deux types d'actions collectives.

Figure 1

► Dans le cas d'une action collective de type opt-in, la personne lésée doit déclarer expressément son entrée dans le groupe de plaignants.

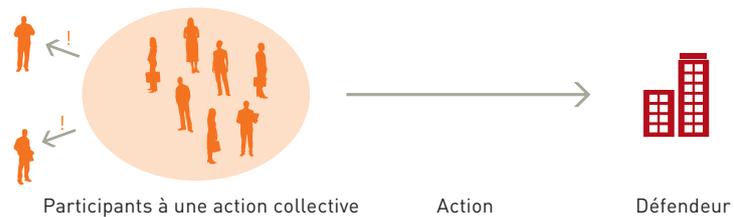
Action collective de type opt-in



Source : economiesuisse

Figure 2

► Dans le cas d'une action collective de type opt-out, le lésé doit déclarer expressément sa sortie du groupe de plaignants.

Action collective de type opt-out

Source : economiesuisse

► Dans le cas d'une transaction de groupe, le différend n'est pas réglé devant un tribunal, mais dans le cadre d'une tentative de conciliation entre les parties.

Transaction de groupe

Une transaction de groupe peut être conçue sur le modèle de l'opting in ou de l'opting out. Les requérants ne font cependant pas valoir leurs droits devant un tribunal comme dans le cas d'une action collective ; les prétentions éventuelles sont déterminées dans le cadre de négociations de conciliation. Lorsque la tentative de conciliation aboutit, le résultat est déclaré contraignant pour toutes les parties concernées.

► Les fonds spéciaux de défendeurs potentiels sont destinés à atténuer le risque de frais de procès et accroissent ainsi la probabilité d'une action en justice.

Actions des organisations

Les associations et les autres organisations qui sont habilitées, aux termes de leurs statuts, à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe.

Fonds pour les frais de procès

Les frais de procès et le risque de frais de procès de manière générale peuvent décourager un plaignant de revendiquer devant un tribunal un montant qui lui revient de droit. C'est pourquoi on a émis l'idée de créer un fonds pour les frais de procès. Les défendeurs potentiels sont légalement tenus d'alimenter un fonds spécialement créé pour financer les frais de procès, lequel pourra être utilisé pour intenter des procès contre eux en cas de litige.

► Le rapport de l'administration met en évidence les lacunes de la protection juridique collective, mais le Conseil fédéral renonce à agir.

Développements en Suisse

À cause de cas isolés, comme celui de la faillite de la banque d'investissement Lehman Brothers en 2008, les pressions pour améliorer l'exercice collectif des droits se sont renforcées.

Dans son rapport du 3 juillet 2013 intitulé «Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives», le Conseil fédéral conclut que les instruments du droit privé suisse permettant d'exercer des droits collectivement sont susceptibles d'être améliorés¹. Le rapport met en exergue les adaptations législatives souhaitables aux yeux du législateur. Il prône l'instauration de véritables instruments de mise en œuvre collective des droits, notamment une action de groupe, une transaction de groupe et une amélioration de l'action des organisations. Le Conseil fédéral a cependant renoncé à élaborer un projet de loi.

¹ Exercice collectif des droits en Suisse : État des lieux et perspectives – Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013, p. 2 (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf>)

► Le Conseil national et le Conseil des États ont chargé le Conseil fédéral d'engager une action législative.

► Dans le projet de loi sur les services financiers, le Conseil fédéral propose pour la première fois des instruments d'exercice collectif des droits totalement étrangers à notre culture juridique.

► La commission d'experts a refusé il y a peu l'introduction d'actions collectives.

Une motion² fondée sur ce rapport a été déposée et acceptée par les Chambres fédérales. Le Conseil fédéral est ainsi chargé de modifier la loi afin qu'un grand nombre de personnes lésées de manière identique ou similaire puissent faire valoir collectivement leurs prétentions devant le juge. Il s'agit d'une part de développer les instruments disponibles et, d'autre part, d'en créer d'autres. Les mesures proposées devront respecter les particularités suisses, permettre d'éviter les abus et s'inspirer de l'expérience d'autres pays européens. Une procédure collective « désaméricanisée » devrait donc être introduite.

Loi sur les services financiers (LSFin)

On trouve dans le projet de loi sur les services financiers (LSFin) mis en consultation par le Conseil fédéral les premiers éléments allant dans cette direction. Le Conseil fédéral propose notamment une action des organisations, qui a été associée à une procédure pour des transactions de groupe³. L'action des organisations permet aux associations et aux autres organisations d'agir contre des intermédiaires financiers pour violation des obligations civiles⁴. Un jugement du tribunal dans ce sens permettrait alors aux lésés de mener des négociations de conciliation avec l'intermédiaire financier afin de fixer le montant de l'indemnité financière. Le résultat serait ensuite déclaré contraignant pour tous les clients concernés. La LSFin prévoit également un fonds pour frais de procès⁵ qui permettrait de financer les éventuelles actions en justice contre des intermédiaires financiers.

Un code de procédure civile moderne existe

Le code de procédure civile suisse a été uniformisé et remanié assez récemment. Dans le cadre de cette importante révision menée à bien en 2011, l'introduction d'actions collectives avait été clairement rejetée, car cet instrument aurait, selon la commission d'experts, soulevé d'importantes difficultés⁶. À l'époque, on avait mis en exergue que les possibilités existantes de regroupement des plaintes étaient suffisantes⁷. Avant d'introduire de nouveaux instruments, il faudrait acquérir de l'expérience avec le nouveau système et stabiliser la jurisprudence.

Aujourd'hui aussi, les divers experts juridiques sont d'avis que les actions collectives n'ont pas leur place dans notre système juridique et mettent en garde contre des adaptations précipitées de notre législation⁸.

² Motion 13.3931 « Exercice collectif des droits – Promotion et développement des instruments »

³ Art. 105 ss. projet de LSFin

⁴ Art. 101 ss. projet de LSFin

⁵ Variante B relative à l'art. 85 ss. projet de LSFin

⁶ Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, (note de bas de page n° 4), p. 45 s. et Leuenberger, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung - ein Überblick in AJP 2003, p. 1423

⁷ Sutter-Somm, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I, 548 f (note de bas de page n° 1), 555

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

Forces et faiblesses du système suisse

► Le code de procédure civile ne prévoit pas la possibilité d'une action collective.

► Des défis d'ordre structurel peuvent faire obstacle à une action en justice.

► Problème systémique I :
Rapport utilité/coûts défavorable.

► Problème systémique II :
David contre Goliath.

► Problème systémique III :
Nombreux dommages mineurs.

► Problème systémique IV :
Coûts à assumer en cas de perte du procès.

Principe : plaignant contre défendeur

Selon le code de procédure civile suisse, deux parties s'opposent en principe : le plaignant et le défendeur. Pour faire valoir ses prétentions individuelles, le plaignant doit démontrer l'existence du préjudice personnel qu'il invoque et son lien de causalité avec une faute. Notre système met l'accent sur l'individu et le cas isolé ; les instruments de l'action collective sont donc étrangers au droit suisse. Contrairement à la pratique en vigueur aux États-Unis (cf. encadré, p. 8), la promulgation de dispositions réglementaires est l'affaire de l'État dans notre pays. Les autorités de surveillance compétentes s'assurent de la conformité du comportement des acteurs du marché et infligent des sanctions si nécessaire.

Défis ponctuels

L'application de cette approche traditionnelle peut se heurter à des difficultés pour certains types de dommages, notamment dans le cas de dommages dispersés, lorsqu'un grand nombre de personnes sont lésées de manière identique ou similaire et que chacune d'elles ne subit qu'un préjudice mineur en termes de valeur. Dans un tel cas, il ne vaut parfois pas la peine, pour des questions de coûts, d'intenter une action en justice.

Coûts

Lorsque le litige porte sur un faible montant, les coûts d'une procédure auprès d'une, voire de plusieurs instances, sont sans commune mesure avec la valeur litigieuse. Le code de procédure civile prévoit en outre que le tribunal peut exiger une avance de frais de la partie demanderesse jusqu'à hauteur des frais de justice présumés. Cette avance de frais peut constituer un obstacle pour certains plaignants. Cependant, le droit suisse offre aujourd'hui déjà des solutions aux personnes lésées pour lesquelles un accès aux tribunaux est essentiel. En effet, les plaintes devant un tribunal de travail portant sur un montant litigieux ne dépassant pas 30 000 francs et les procédures de conciliation en matière de baux à loyer sont déjà gratuites.

Déséquilibre structurel entre les parties

Lors de dommages dispersés ou de masse, une personne lésée n'a souvent ni les moyens, ni des contacts avec des avocats, ni l'expérience pour engager une procédure. Ce n'est pas le cas du défendeur, qui dispose souvent de ressources juridiques et financières beaucoup plus importantes. Les exceptions sont cependant nombreuses : un gérant de fortune modeste peut par exemple être confronté aux prétentions d'un milliardaire ou une petite maison d'édition à celles d'un groupe multinational. Dans de tels cas, le développement des instruments permettant d'intenter une action devant les tribunaux créerait clairement une injustice pour les défendeurs.

Déséquilibre lié à la fragmentation des revendications

Le phénomène appelé « small stake in a large controversy » décrit bien la situation : nous avons d'un côté un grand nombre de dommages ou de prétentions et de l'autre, un droit isolé à une protection. Un individu n'a pas grand intérêt à faire valoir ses droits, alors qu'il est très intéressant pour le défendeur de s'opposer aux prétentions, car les nombreuses revendications isolées, une fois cumulées, représentent un montant élevé.

Risque de frais de procès

Le plaignant assume un important risque de frais de procès lorsqu'il fait valoir des dommages de masse. Dans le pire des cas, il doit prendre en charge ses frais, les frais d'avocat, les frais de tribunaux et une partie des frais d'avocat de la partie adverse. À noter toutefois qu'il s'agit du risque normal qu'un plaignant doit accepter dans tous les cas lorsqu'il intente une procédure civile.

► Problème systémique V :
Manque de motivation à tenter
une action en raison du faible montant
du dommage.

Apathie rationnelle

Il se peut qu'un individu n'ait aucun intérêt à faire valoir des dommages mineurs. Il économisera beaucoup de temps et d'argent s'il passe le montant incriminé par pertes et profits au lieu de s'engager dans un litige qui risque de durer plusieurs années.

Instrumentes existants et potentiel d'optimisation

Compte tenu des profondes modifications du système juridique suisse qui ont été proposées ainsi que des incertitudes et risques qui en résulteraient, une brève présentation des instruments juridiques disponibles s'impose. Ces instruments permettent, aujourd'hui déjà, de faire valoir les prétentions typiques en relation avec la protection juridique collective (en particulier les dommages dispersés).

► Les prétentions juridiques peuvent être cédées à des tiers spécialisés.

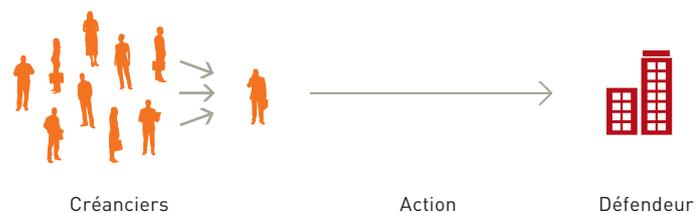
Cession de créances

Dans certaines conditions⁹, il est possible aujourd'hui déjà de céder une créance à un tiers, qui la recouvre ensuite en son propre nom. Cette pratique est également appelée cumul objectif d'actions. Il est donc possible de céder à une seule entité (par exemple une société de recouvrement) des prétentions découlant de dommages de masse et notamment aussi d'un grand nombre de dommages dispersés. Cette entreprise spécialisée indemnise les plaignants en fonction de l'issue de la plainte. Les obstacles¹⁰ à la cession de créances existant actuellement (par ex. parce que la compétence des tribunaux dépend du montant en cause) pourraient être éliminés par le législateur à des coûts moins élevés que ceux engendrés par l'introduction de «véritables» instruments d'exercice collectif des droits.

Figure 3

► Dans le cas d'une cession globale, les créanciers cèdent leurs prétentions juridiques à un tiers, qui intente ensuite un procès en son propre nom.

Fonctionnement de la cession globale



Source : economiesuisse

► Les lésés peuvent s'unir en consorité.

Cumul subjectif d'actions

Le cumul subjectif d'actions¹¹ constitue un autre instrument. Dans ce cas, plusieurs lésés s'unissent et introduisent ensemble une action devant le même tribunal. Le cumul subjectif d'actions est aussi appelé consorité. Ici également, il serait possible de remédier aux difficultés¹² qui se posent pour les plaignants moyennant un coût législatif raisonnable.

⁹ Art. 90 CPC

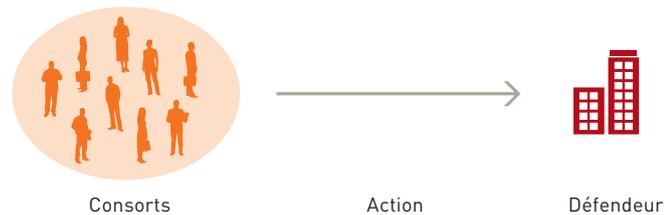
¹⁰ Conditions selon l'art. 90 let. a et b CPC

¹¹ Art. 71 CPC

¹² Notamment les difficultés découlant de l'art. 106 al. 3 CPC (responsabilité solidaire des coûts) et des art. 71 al. 2 et 93 CPC (pas de procédure uniforme lorsque le montant du litige est inférieur ou supérieur au seuil fixé pour les procédures simplifiées).

Figure 4

► Dans le cas d'un regroupement subjectif des plaintes, plusieurs lésés s'unissent pour déposer plainte ensemble devant le même tribunal.

Fonctionnement du cumul subjectif d'actions

Source : economiesuisse

► Les honoraires subordonnés aux résultats sont admis et réduisent le risque de frais de procès pour les personnes lésées.

Honoraires subordonnés aux résultats

Le code de déontologie des avocats permet actuellement de faire dépendre une partie de la rétribution de l'issue de l'affaire. Le risque de frais de procès est donc en partie déplacé de la personne lésée vers l'avocat, qui est le mieux placé pour évaluer ce risque. La conclusion d'un accord sur la participation aux bénéfices issus du procès est interdite¹³. Un avocat chargé d'un cas peut donc subordonner une partie de ses honoraires aux résultats et faire ainsi une concession en faveur des plaignants dont les moyens financiers sont limités. Cette solution est particulièrement attrayante lorsque l'avocat peut représenter conjointement plusieurs plaignants (voir aussi l'encadré « La puissance de la masse via Internet »).

► Une action test permet de constater une violation du droit qui sera ensuite considérée comme un précédent.

Actions modèle / actions test

Dans le cadre d'une action modèle ou test, une personne lésée demande individuellement la réparation du dommage subi. D'autres personnes lésées peuvent ensuite se prévaloir du résultat pour faire valoir leurs propres prétentions. Un défendeur ayant déjà perdu un procès lors de l'action test ne se lancera en principe pas dans d'autres procès et acceptera un compromis. Un plaignant test peut demander le soutien d'une association ou d'autres lésés intéressés à une clarification de l'affaire. Les plaintes similaires en suspens peuvent en outre être suspendues pendant la durée de la procédure principale.

► L'individu peut s'unir avec des personnes partageant le même point de vue et devenir ainsi une partie puissante.

La puissance de la masse via Internet

Grâce aux possibilités offertes par Internet, par exemple via les réseaux sociaux, les blogs ou les forums, les individus peuvent entrer en contact avec de nombreuses personnes partageant le même point de vue et s'unir avec elles. Les groupes ainsi formés peuvent s'organiser et coordonner leur action¹⁴.

Des possibilités entièrement nouvelles s'offrent ainsi pour faire valoir les prétentions similaires de nombreuses personnes. Aussi bien l'action en constatation des faits intentée par une association que l'action modèle ou test par exemple ont aujourd'hui déjà un poids considérable et permettent – à condition qu'elles soient bien orchestrées – de faire pression sur un défendeur. Un défendeur ne se risquera pas à faire l'objet d'un jugement défavorable dans une action test manifeste ou une action en constatation des faits s'il peut s'attendre à ce que ce jugement soit par la suite considéré comme un précédent lors de nombreux procès engagés ultérieurement. Il tentera en première ligne de régler le cas en cherchant à conclure une transaction avec toutes les personnes lésées. Les associations et les autres groupes d'intérêts peuvent ainsi engager un procès test ou laisser un lésé intenter une action modèle, puis utiliser le résultat pour un grand nombre d'autres lésés.

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

¹⁴ Le groupe « NoBillag » soutenu par les jeunes politiciens en réseau a par exemple réuni en peu de temps plus de 54 000 fans sur Facebook (www.facebook.com/nobillag). D'autres lésés pourraient choisir cet instrument pour faire valoir leurs droits (par exemple dommages dispersés) et les coordonner contre l'auteur du dommage.

► D'autres voies de procédure sont envisageables, par exemple l'action partielle ou, encore, la coordination des procédures.

► Les organes de médiation privés résolvent les différends de manière compétente et efficace.

► Utilisées correctement, les possibilités existantes vont déjà très loin.

► Il n'existe pas de remède au désintérêt du plaignant.

Autres instruments

Le code de procédure civile prévoit d'autres solutions pour les problèmes relevant de l'exercice collectif des droits. Une objection souvent formulée lorsqu'il s'agit de faire valoir des dommages de masse est que l'individu doit assumer un risque trop important, car il devra prendre en charge non seulement ses propres frais, mais également les frais de procès et une partie des frais de la partie adverse s'il perd l'affaire. Or, ces frais dépendent en grande partie du montant réclamé. Un demandeur qui estime avoir des prétentions élevées n'a cependant pas l'obligation de réclamer la totalité de ce montant. Le code de procédure civile lui offre la possibilité d'intenter une action partielle¹⁵, par laquelle il fait le choix de ne porter en justice qu'une partie des conclusions qu'il serait autorisé à prendre et se réserve de ce fait la possibilité d'ouvrir ultérieurement un nouveau litige portant sur le solde de ses conclusions. Un instrument approprié est ainsi disponible pour atténuer le risque de frais de procès. Enfin, diverses possibilités s'offrent au niveau de la coordination des procédures. Un tribunal¹⁶ peut ainsi ordonner la jonction de plaintes individuelles ou les renvoyer à un tribunal déjà saisi lorsque les procédures sont liées entre elles.

Organe de médiation

Un organe de médiation joue le rôle d'instance de conciliation impartiale. Le secteur bancaire, les assurances, les télécommunications, le tourisme et de nombreuses autres branches ont mis en place un tel organe. Ces derniers ont pour tâche de mettre à disposition une procédure efficace, peu coûteuse ou même gratuite afin que les litiges de la branche puissent être arbitrés le plus rapidement possible. Les nombreux organes de médiation privés se démarquent par leur connaissance approfondie de la branche où ils opèrent et une efficacité remarquable. Quiconque n'est pas d'accord avec l'issue d'une procédure de médiation peut saisir un tribunal ordinaire. Les procédures de médiation constituent donc un instrument idéal pour faire examiner une revendication lorsque l'affaire porte sur un montant non significatif. Elles ne doivent cependant pas être étatisées ou soumises à des règles strictes, sinon leur fonctionnement serait compromis.

Pas de remède contre le désintérêt

Comme nous l'avons évoqué, il existe déjà de nombreuses possibilités de faire valoir les intérêts de groupes entiers de personnes ou de réclamer, moyennant un risque raisonnable, la réparation de dommages dispersés ou de masse :

- Actions modèle ou test
- Articulation et préparation judiciaires du procès civil
- Procédures de médiation spécialisées spécifiques à un secteur

La procédure civile ne propose pas de remède au phénomène sociologique du désintérêt des plaignants à faire valoir des prétentions d'un faible montant. Il serait insensé que l'État oblige quasiment des personnes à réclamer la réparation d'un dommage qu'elles considèrent visiblement comme insignifiant. Les représentants d'intérêts, les avocats et les autres organisations seraient les seuls à en profiter. Les personnes lésées seraient au contraire pénalisées, car c'est sur elles que les coûts sont en fin de compte répercutés sous la forme d'une hausse des prix.

¹⁵ Art. 86 CPC

¹⁶ Art. 125 let. c CPC

Avantages et inconvénients de l'exercice collectif des droits

► De nouveaux instruments judiciaires pour l'exercice collectif des droits n'apportent pas de réels avantages, mais de nombreux inconvénients.

► L'exercice collectif des droits revêt une grande importance aux États-Unis, qui possèdent un système judiciaire différent.

► Les actions collectives sont controversées y compris aux États-Unis, car elles posent des problèmes. Plusieurs réformes ont échoué.

Avantage : application du droit simplifiée en présence de dommages dispersés

Le seul avantage tangible que renferme l'introduction de nouveaux instruments en vue de l'exercice collectif des droits est qu'il devient plus simple de faire valoir des droits individuels en présence de dommages dispersés. Cet avantage s'accompagne cependant de nombreux inconvénients. Les partisans d'un développement de l'exercice collectif des droits n'ont de cesse de marteler que de nouveaux instruments doivent être introduits de manière à éviter une « américanisation du système judiciaire ». On ignore toutefois comment cela est possible.

Grande importance aux États-Unis

Ce n'est pas un hasard si l'exercice collectif des droits est très répandu aux États-Unis. La Constitution américaine prévoit en effet que des litiges privés soient utilisés pour appliquer des réglementations étatiques. L'objectif était que l'État s'imisce le moins possible dans les affaires privées et l'on a mis à la disposition des particuliers des outils puissants, sous la forme d'instruments pour l'exercice collectif des droits. Plusieurs éléments viennent compléter ce système d'application du droit privé¹⁷ : les dommages et intérêts punitifs (« punitive damages » en anglais, c'est-à-dire des demandes de réparation dont le montant porte sur un multiple des dommages effectifs), des procès devant jury (« jury trials » en anglais, où des profanes peuvent se prononcer en équité sur une demande) et des obligations très étendues en matière de divulgation à l'égard des plaignants (procédure de « discovery »).

Problèmes importants aux États-Unis

Le fonctionnement du système judiciaire américain ne donne pas satisfaction à tous les acteurs concernés. Le risque de faire l'objet d'une action collective pèse sur le développement des entreprises telle une épée de Damoclès, car une telle action menacerait leur existence. Des sommes exorbitantes se chiffrant en milliards sont réclamées et souvent accordées. Des enquêtes du Federal Judicial Center et de l'Advisory Committee on Civil Rules montrent que les actions collectives posent problème dans le fonctionnement quotidien de la justice américaine. Le rapport entre les charges pour l'ensemble du procès et l'utilité pour l'individu lésé n'est plus équilibré depuis longtemps, en particulier dans le domaine des dommages et intérêts. Des prétentions individuelles relativement modestes requièrent des procédures civiles lourdes faisant courir un risque élevé au défendeur. Les coûts liés à l'application du droit et à la défense sont extraordinairement élevés, ce qui est lucratif avant tout pour les études d'avocat spécialisées, qui engrangent généralement des honoraires élevés lorsque le procès a une issue favorable. Toutes les tentatives de réforme ont jusqu'ici échoué¹⁸.

¹⁷ Ce système d'application du droit par les particuliers est connu sous le nom de « private attorney general » aux États-Unis.

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

Inconvénients de l'exercice collectif des droits

► L'introduction d'éléments étrangers à notre système menacerait le bon fonctionnement de tout le système.

► L'exercice collectif des droits comporte plusieurs défauts inhérents au système.

► Problème structurel I :
C'est chacun pour soi ; il y a des conflits d'intérêts entre les plaignants, les avocats et le juge.

► Problème structurel II :
Les « blackmail settlements » ou « chantage à la transaction » font courir des risques élevés à l'entreprise.

L'exercice collectif des droits menace le système judiciaire en place

Le droit suisse de la procédure civile est un système équilibré de droits accordés aux plaignants et aux défendeurs, qui s'appuie sur une jurisprudence abondante. L'introduction d'éléments issus de l'exercice collectif des droits d'autres systèmes judiciaires, et donc étrangers au système helvétique, perturberait le bon fonctionnement de tout le système judiciaire suisse et créerait une insécurité juridique dommageable.

Les expériences bonnes et mauvaises faites avec les actions collectives – avant tout aux États-Unis – montrent que ce type d'actions a de nombreux effets secondaires indésirables et inévitables, dus à la nature du système. Des mécanismes automatiques induisent des distorsions choquantes :

Problème du principal et de l'agence

L'action collective est efficace pour faire valoir la créance totale, correspondant à de nombreuses prétentions individuelles. Cela dit, même dans le cas d'une telle action, une personne doit prendre l'initiative de rassembler des informations, de préparer l'action et, enfin, de déposer plainte. Cela représente une charge, notamment financière, considérable. Le représentant d'un groupe de plaignant se trouve donc pris dans un conflit d'intérêts. Dans une situation de représentation complexe, comme les actions collectives, cela a pour conséquence qu'un représentant, généralement un avocat, n'est plus en mesure de défendre de manière optimale les intérêts de ses clients. Soit il décide, pour des raisons de coûts, d'en faire moins que cela serait nécessaire pour représenter les intérêts de ses clients, soit il cherche à optimiser ses gains en trouvant un accord avec le défendeur le plus rapidement possible. En aucun cas il n'essaie d'obtenir le maximum dans l'intérêt des personnes concernées¹⁹.

Cela ne fait peut-être que déplacer le problème : si des parties ne sont pas bien défendues par leur avocat pendant un procès et qu'elles souhaitent le poursuivre pour sa mauvaise défense, on se retrouve dans la même situation qu'au début, c'est-à-dire que le plaignant cherche à faire valoir une prétention. Il y a une différence toutefois : dans le cas d'une action collective de grande envergure (qui peut porter théoriquement sur plusieurs centaines de millions de francs), l'avocat qui représente les plaignants ne sera vraisemblablement pas en mesure d'y donner satisfaction.

L'intervention d'un tribunal qui examinerait une éventuelle transaction n'y changerait rien : le problème du principal et de l'agence existe aussi dans la relation entre un juge et un groupe.

« Blackmail settlements »

Une entreprise visée par des prétentions élevées dans une procédure civile se trouve au-devant d'années d'incertitudes. Elle doit, entre autres, constituer des réserves, faire face à l'incertitude des investisseurs et des partenaires commerciaux, de même qu'assumer des coûts internes et externes considérables pour sa défense. Plus le procès est long, plus les risques et les coûts sont importants. Ces derniers ne sont jamais totalement compensés, même en cas de victoire²⁰. Le risque financier d'une action collective dépassera souvent les possibilités du défendeur. C'est pourquoi celui-ci ne voudra ou ne pourra généralement

¹⁹ Von den Bergh et Keske dans Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (éd.), 2009, *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, p. 28 ss.

²⁰ Les honoraires des avocats dépassent en règle générale largement l'indemnisation des parties accordée par le tribunal en particulier dans des litiges complexes. Lors de transactions, les frais supportés par les parties sont souvent laissés de côté : chaque partie assume ses frais.

pas attendre une décision en dernière instance. Il s'efforcera au contraire d'accélérer le procès et de conclure une transaction, ce qui sera possible seulement si les plaignants sont d'accord.

- Les participants à une action collective peuvent se permettre de faire durer le procès.
- Un défendeur court un risque financier mais joue aussi l'avenir de la société.
- Cela crée un potentiel de chantage considérable et une pression disproportionnée en faveur de la conclusion d'une transaction.

La doctrine et la jurisprudence américaines ont admis il y a déjà des décennies que cette situation pouvait être exploitée. Il n'existe pas de réelle solution au problème. Le phénomène est connu sous le terme de « *blackmail settlement* » qui peut être rendu par « chantage à la transaction »²¹. Dans une telle situation, le plaignant est prêt à conclure une transaction extrêmement défavorable pour lui en présence d'une prétention supposée ou lorsqu'une action collective a été intentée contre lui – sans attendre le jugement du tribunal.

« *Sweetheart deals* » ou « *sweetheart settlements* »

Un « *sweetheart deal* » ou « *sweetheart settlement* », qu'on pourrait traduire par « entente collusoire », est un accord extrêmement favorable à une autre partie ou excluant et pénalisant fortement un tiers. Une entente collusoire peut être le fruit d'un « *blackmail settlement* », mais il peut arriver aussi qu'un défendeur décide, pour d'autres raisons, de conclure un accord de ce type avec un groupe de plaignants moins agressifs ou moins bien organisés²². Une fois l'accord en vigueur, ce groupe n'a plus la possibilité de faire valoir des prétentions à l'encontre du défendeur. La justice, ce n'est pas cela.

Comportement opportuniste

Enfin, il existe le phénomène des opportunistes : une personne, qui en raison des circonstances est impliquée dans l'objet d'un différend collectif, peut, sans y contribuer et même si elle n'a pas réellement subi de dommages, obtenir une indemnisation lors du jugement ou de la transaction consécutive à une action collective. Cela est contraire au sens du droit selon lequel seule une personne qui a effectivement subi un dommage et qui le ressent comme tel, doit avoir droit à des indemnités.

Perte du droit à être entendu dans les plaintes représentatives

Lors de l'exercice collectif des droits, les droits de l'individu sont fortement restreints en faveur du groupe ; en effet, en participant à une action collective, l'individu renonce pour ainsi dire à son droit individuel d'être entendu devant un tribunal. La Constitution fédérale²³ ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme²⁴ accordent à chaque partie le droit d'être entendue. Cela signifie qu'un ayant-droit, aussi infime le dommage subi soit-il, doit avoir le droit de s'exprimer dans une procédure. Cependant, ce droit est incompatible avec les actions d'envergure visant à faire valoir des droits sur la base de dommages dispersés.

► Problème structurel III :
Des transactions unilatérales pénalisant une partie ou des tiers.

► Problème structurel IV :
Des prétentions sont formulées également en l'absence de dommages individuels.

► Problème structurel V :
Pas de droit d'être entendu malgré la garantie constitutionnelle.

²¹ Harel/Stein, 2004, *Auctioning for Loyalty: Selection and Monitoring of Class Counsel*, p. 81 s. et Sherwyn/Estreicher (Hrsg.), 2009, *Employment Class and Collective Actions: Proceedings of the New York University 56th Annual Conference on Labor*, Band 56, p. 320 s. et renvois à la jurisprudence américaine.

²² Alexander, 2010. « *Would an Opt In Requirement Stop Class Action Strike Suits and Sweetheart Deals? Evidence from the Fair Labor Standards Act* », téléchargé le 30 septembre 2014 sous http://works.bepress.com/charlotte_alexander/1

²³ Art. 29, al. 2 Cst.

²⁴ Art. 6 CEDH

► Les actions collectives sont avant tout une source de défis structurels. Même si la pratique est différente en Suisse, il existe des cas où les prétentions en dommages-intérêts sont énormes.

► Les expériences d'autres pays européens montrent que l'introduction de nouveaux instruments revient à introduire des corps étrangers dans le système.

► Le code de procédure civile, sensible, ne doit pas être encombré d'éléments étrangers au système.

► Une évaluation des besoins montre pourquoi les instruments en place ne sont pas utilisés.

Dommages-intérêts : prétentions élevées en Suisse aussi

En Suisse aussi, le versement de dommages-intérêts élevés est possible. Les montants exorbitants ne sont pas l'apanage du système judiciaire américain (caractère punitif et procès devant jury), le montant des indemnités dépend aussi des modalités du calcul. En Suisse, contrairement à ce qui se fait aux États-Unis, on ajoute systématiquement les intérêts échus depuis que la prétention est exigible. Des dommages-intérêts très élevés peuvent donc être accordés lorsque des procès durent des années.

Conclusion : une « désaméricanisation » est impossible

Si on considère le système mis en place dans d'autres pays européens, on constate que les inconvénients propres aux instruments d'un « réel » exercice collectif des droits ne peuvent pas être supprimés. Le Danemark avait par exemple prévu d'introduire une action collective de type opt-in. Or ce système a eu si peu de succès qu'il a dû être complété d'une action collective de type opt-out. En Pologne et en Italie, les instruments instaurés pour l'exercice collectif des droits se sont révélés être des « pétards mouillés ». Des outils faibles ne sont pas attrayants et restent inutilisés. Des outils forts sont problématiques, que ce soit des actions collectives, des transactions de groupe ou le développement du droit d'action des organisations. Le législateur qui introduit de nouveaux instruments pour l'exercice collectif des droits se trouve confronté à un dilemme : soit il affaiblit les mécanismes de protection, soit il crée des instruments incisifs, sachant que ceux-ci constitueront un inconvénient de taille pour la place économique et pèseront sur les entreprises et les consommateurs.

Position de l'économie

Application modérée du droit avec des instruments qui ont fait leurs preuves

Le droit et la procédure civile reflètent l'évolution de la société et se développent constamment. En cas d'adaptation de la législation et en particulier du système juridique, il convient de toujours garder à l'esprit son bon fonctionnement et donc le contexte historique et la tradition sur laquelle le système repose. Il faut accorder une attention particulière à ces aspects lorsqu'il est question d'introduire en Suisse de nouveaux instruments juridiques qui n'ont pas fait leurs preuves.

Au-delà d'une analyse claire des besoins, il faut toujours veiller à un développement sur la base des instruments existants et établis. Le fait qu'un instrument judiciaire existant ne soit pas utilisé ne signifie pas nécessairement qu'il n'est pas suffisamment attrayant. Le manque d'intérêt suscité peut s'expliquer par l'absence de besoin. Dans un tel cas, accroître l'attrait de l'instrument n'a pas beaucoup de sens. Les avantages concrets de certains instruments destinés à l'exercice collectif des droits ne sont pas manifestes : ainsi, une action collective selon le type opt-in se distingue seulement de manière marginale de la possibilité, déjà existante dans le système judiciaire helvétique, de céder des créances²⁵. Or, comme la cession de créances se laisse moins facilement instrumentaliser, elle comporte également moins d'inconvénients que l'action collective.

²⁵ Art. 90, let. A, CPC

► Les nouvelles lois doivent chercher à éviter la survenue de dommages et non à développer l'appareil judiciaire.

► Il importe d'examiner d'autres possibilités comme le développement d'organes de médiation privés et d'autres procédures de règlement des différends privées.

► Les risques sont majoritairement répercutés sur les consommateurs. Cela entraîne une hausse générale des prix.

Non aux expérimentations

L'économie part du principe que le consommateur décide consciemment, en usant de sa liberté de choix et sur la base d'informations correctes, d'investir dans un produit ou un service. Il serait possible d'éviter de nombreuses décisions erronées, si les individus faisaient preuve de l'attention requise. Aujourd'hui, il est facile de se procurer des informations. Les nouvelles lois doivent donc chercher avant tout à éviter la survenue de dommages et non à développer l'appareil judiciaire.

S'il existe des problèmes concrets, entraînant des inégalités choquantes dans l'application du droit, l'économie préconise de les résoudre au moyen du droit en vigueur. Il serait possible de supprimer des entraves, en adaptant l'obligation d'avancer les frais du procès par exemple. Des modifications mineures du code de procédure civile permettraient de mieux coordonner les différentes procédures. On peut également examiner les possibilités de développer et de promouvoir des procédures de médiation et autres procédures de règlement des différends. L'économie est opposée à l'introduction précipitée d'instruments judiciaires non établis, voire expérimentaux.

Les consommateurs assument les coûts !

Des adaptations qui peuvent paraître « justes » ou « modernes » au premier abord alourdissent les coûts associés aux risques du côté des prestataires. Cela renchérit les produits, entrave la concurrence et se traduit au final par une offre plus restreinte et des coûts supérieurs pour le consommateur final.

Pour toutes questions :

cecile.riviere@economiesuisse.ch

erich.herzog@economiesuisse.ch