

DROITS DE LA CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION :
LES NOUVEAUX DÉFIS

DROITS DE LA CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION : LES NOUVEAUX DÉFIS

Edité par
Blaise Carron et Christoph Müller

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3404-7

© 2013 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

Le droit de la consommation et le droit de la distribution sont souvent perçus comme des domaines juridiques largement indépendants. Un regard attentif sur les développements législatifs et jurisprudentiels récents démontre qu'au contraire ils sont complémentaires. Cet ouvrage aborde des thèmes actuels relatifs à l'une et à l'autre matière et souligne ainsi les avantages d'une approche globale, qui tient compte tant des besoins de protection des consommateurs que des conditions-cadres nécessaires pour une distribution efficace.

La première contribution décrypte les mécanismes du commerce électronique, dernier-né des modes de distribution pour lequel le législateur envisage actuellement une meilleure protection du consommateur (S. Marchand). Le deuxième article met l'accent sur un texte récent de droit public, la législation sur les risques de produits, dont les retombées en droit privé, aussi bien pour les consommateurs que pour les distributeurs, sont méconnues et sous-estimées (T. Bühler). Les deux études suivantes offrent d'une part un panorama et une comparaison systématique des différents contrats de distribution (C. Müller) et, d'autre part, une présentation des instruments, généraux et spécifiques, grâce auxquels le consommateur peut défendre ses intérêts lors de la formation du contrat (B. Carron). La dernière contribution apporte un éclairage procédural sur les actions collectives, plus particulièrement en matière de consommation (F. Bohnet).

La Faculté de droit, le CEMAJ et les éditeurs scientifiques de cet ouvrage tiennent à remercier les auteurs, les conférenciers et les participants à la journée du 24 mai 2013, en particulier Madame Leïla Saïd, assistante-étudiante à la Faculté de droit, qui a relu le manuscrit final, ainsi que Mesdames Sylvia Staehli, Mary-Claire Girola et Anouk Gillibert, secrétaires à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

Blaise Carron et Christoph Müller

Sommaire

Sylvain Marchand Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève Commerce électronique : la manifestation de volonté au bout du doigt.....	1
Theodor Bühler Avocat, Dr. en droit, professeur titulaire, privatdocent en retraite à l'Université de Zurich La législation sur les risques des produits, progrès pour les consommateurs, nouveaux dangers pour les distributeurs	39
Christoph Müller Professeur à l'Université de Neuchâtel Les contrats de distribution	59
Blaise Carron Professeur à l'Université de Neuchâtel La protection du consommateur dans la conclusion d'un contrat	95
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel Les actions collectives, spécialement en matière de consommation	159

Abréviations

aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aRS 1 p. 3)
aff.	affaire
al.	alinéa(s)
AnwG ZH	Anwaltsgesetz du Canton de Zurich du 17 novembre 2003 (RSZH 215.1)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	comparer (conferre)
ch.	chiffre(s)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CoRo	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFI	Département fédéral de l'intérieur
doc.	Document

Abréviations

DPC	Directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
in	dans
infra	ci-dessous
JdT	Journal des tribunaux
JO	Journal officiel
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
lit.	littera
n.	note
N	numéro(s) de paragraphe
not.	notamment
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse

Abréviations

RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	Semaine judiciaire
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
supra	ci-dessus
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
Tit. fin.	Titre final

Les actions collectives, spécialement en matière de consommation

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel*

I. Introduction	161
II. Les actions en matière de consommation	162
1. Généralités	162
2. La procédure applicable	162
3. Les frais	164
III. La pluralité de demandeurs	164
1. La consorité active	164
<i>a. La consorité nécessaire active</i>	164
<i>b. La consorité simple active</i>	165
2. Les cas d'application en matière de droits sociaux	167
<i>a. Le droit du bail</i>	167
<i>b. Le droit du travail</i>	170
<i>c. La consommation</i>	171
IV. L'action sociale	174
1. En général	174
2. Les dispositions spéciales	175
3. Les conclusions en paiement	176

* Je remercie M. Xavier Fitz, doctorant à l'Université de Neuchâtel, pour ses recherches, et Me Roxane Schaller, collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture du présent article.

V. Les actions de groupe	177
1. Les dispositions en vigueur	177
<i>a. L'action en restitution au placement collectif</i>	177
<i>b. L'action demandant l'examen du maintien des parts sociales</i>	178
2. L'absence de réglementation dans le CPC	178
3. Les modèles doctrinaux	179
4. Les réflexions actuelles.....	181
5. Quelques caractéristiques de l'action de groupe.....	182
6. L'exemple italien : l'action de groupe par <i>opting in</i>	185
7. L'exemple allemand : le procès-pilote.....	188
8. L'exemple autrichien : les développements jurisprudentiels ...	194
VI. Quelle voie pour la Suisse ?.....	199

I. Introduction

1. Dans une économie de marché centrée sur la maximisation du profit, le producteur cherchera à augmenter son chiffre d'affaires et à rationaliser ses coûts. Il tentera ainsi de vendre ses services et produits au plus grand nombre, sur une base standardisée, en modélisant en sa faveur les droits et obligations des parties. Le fournisseur ne s'adresse pas à une personne en particulier, mais à un cercle d'individus, à un public cible, plus ou moins déterminé.
2. Si la relation juridique nouée en matière de commerce de masse n'a rien de personnalisé, la mise en œuvre procédurale des droits des consommateurs ne suit pas la même logique. Alors que le fournisseur s'adresse aux consommateurs dans leur ensemble, tant sur le plan économique que dans la formalisation juridique de la transaction, ceux-ci ne peuvent généralement faire valoir d'une seule voix leurs droits à son encontre, même lorsque ces derniers sont standardisés.
3. Conformément à la tradition continentale, plusieurs personnes peuvent agir ensemble selon le Code de procédure civile suisse lorsque les prétentions invoquées résultent de faits ou de fondements juridiques semblables (art. 71 CPC). Mais les demandeurs demeurent individualisés et peuvent procéder de manière indépendante. Les consommateurs ne forment pas une entité dans le procès intenté au fournisseur.
4. En procédure civile suisse, l'action collective en matière de consommation ne connaît pas de mécanisme légal propre. Sur le plan strictement légal, elle n'a pas fait l'objet d'effort particulier de rationalisation, au contraire de l'activité humaine – le commerce – à l'origine du contentieux qu'elle est censée réguler.
5. La présente contribution se penche sur la réglementation de l'action collective en matière de consommation en droit suisse. Elle tente également, après la présentation des mécanismes procéduraux à la disposition du consommateur, de déterminer si cette réglementation se révèle suffisamment souple pour s'adapter aux réalités actuelles ou si elle devrait faire l'objet d'améliorations comme le demandent

deux motions déposées devant le Conseil national. Cet examen se fera à la lumière d'expériences récentes faites en Italie, en Allemagne et en Autriche.

II. Les actions en matière de consommation

1. Généralités

6. Le CPC ne connaît qu'une disposition spécifique consacrée aux litiges relevant du droit de la consommation, en matière de compétence locale : l'art. 32 CPC prévoit un for au domicile du demandeur en cas de différend portant sur un contrat relevant de la consommation courante. Pour le reste, les règles générales s'appliquent. Si les consommateurs veulent agir ensemble, ils doivent respecter les règles du Code sur la pluralité de parties (art. 70 ss CPC).

2. La procédure applicable

7. Les litiges en matière de consommation sont régis par la *procédure ordinaire* lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.—. La *procédure simplifiée* s'applique jusqu'à ce montant (art. 243 al. 1 CPC). Contrairement par exemple au contentieux en matière de loi sur l'égalité et à certains litiges relevant du droit du bail (art. 243 al. 2 CPC), le législateur n'a pas prévu d'appliquer cette procédure à tous les litiges en matière de consommation. Si l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation juridique est claire, la voie du cas clair, soumis à la *procédure sommaire* (art. 257 CPC), est ouverte. Le cas clair permet de régler rapidement tout litige dont le sort est évident, en principe à moindre frais¹. Cette procédure peut donc avoir un intérêt en matière de consommation, comme dans tout autre domaine. Elle ne sera en revanche pas à disposition s'il faut apprécier l'existence d'un défaut

¹ Les tarifs cantonaux réservés par l'art. 96 CPC ne font généralement pas dépendre de la valeur litigieuse les frais en procédure sommaire.

par le biais d'une expertise par exemple, ou le montant de dommages et intérêts en fonction de circonstances propres au demandeur².

8. Rappelons que la Constitution n'exige à l'art. 97 al. 3 qu'une procédure de conciliation ou une *procédure simple et rapide* dans les litiges en matière de consommation ne dépassant pas une certaine valeur litigieuse, qui était fixée à CHF 20'000.– indépendamment des conclusions reconventionnelles selon Ordonnance du 7 mars 2003³, abrogée à l'entrée en vigueur du CPC⁴. Ces exigences sont manifestement remplies : tant la procédure ordinaire que simplifiée sont précédées d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC), et la procédure simplifiée est simple et rapide au sens de la Constitution : limitation et simplicité des actes écrits (art. 244-246 CPC), favorisation du procès en une seule audience (art. 246 al. 1 CPC) et *devoir d'interpellation renforcé* du juge. Celui-ci doit en effet intervenir pour rendre attentives les parties à leurs allégués et preuves insuffisants (art. 247 al. 1 CPC). Il se doit d'insister sur les éventuelles lacunes de leurs actes, en particulier si les parties ne sont pas représentées par un avocat.
9. En procédure simplifiée, les parties peuvent être *représentées* par un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses (art. 68 al. 2 let. a CPC), mais aussi par un agent d'affaires si le droit cantonal le prévoit (art. 68 al. 2 let. b CPC). Une personne de confiance, n'agissant pas à titre professionnel, peut également intervenir (art. 68 al. 1 CPC)⁵.

² D'où sans doute les réserves émises par ANNE CHRISTINE FORNAGE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant : étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, Thèse, Berne 2011, N 1689, à l'égard de cette procédure.

³ Ordonnance du 7 mars 2003 fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale, RS 944.8.

⁴ RO 2010 3053.

⁵ Pour des développements, voir CPC-BOHNET, art. 68 N 11 ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 937.

10. La limite fixée à CHF 30'000.- pour la procédure simplifiée est raisonnable. Elle correspond au seuil d'accès au recours en matière civile. Il ne nous semble pas qu'une réserve aurait dû être faite pour la consommation courante, dont les contours sont du reste difficiles à tracer⁶.

3. Les frais

11. Les *frais* sont soumis aux tarifs cantonaux réservés par l'art. 96 CPC. Il n'existe pas de dispense relevant du droit fédéral en matière de consommation (courante), ni en matière de conciliation, ni pour la procédure de jugement.

III. La pluralité de demandeurs

1. La consorité active

12. Le procès civil – affaire civile contentieuse au sens de l'art. 1 let. a CPC – oppose au minimum un demandeur à un défendeur. Le Code ne pose pas de limite maximale en revanche. La praticabilité du procès conduit à plusieurs doit être distinguée suivant que la consorité est nécessaire ou simple.

a. La consorité nécessaire active

13. Les membres d'une communauté régie par la loi mais privée de la personnalité juridique ou de la faculté d'agir comme telle⁷ doivent procéder ensemble, puisqu'ils sont parties à un rapport de droit qui n'est susceptible que d'une décision unique⁸. En principe, le procès demeure gérable dans la mesure où, la position des demandeurs étant commune, ils procèdent le plus souvent par le biais d'un même

⁶ Plus nuancée, FORNAGE (n. 2), N 1688.

⁷ Société simple ; indivision ; hoirie.

⁸ NICOLAS JEANDIN, Consorité et action associative dans le CPC, *in*: Andrea Bonomi/Denis Tappy/Dimitri Gaulis/Emilie Kohler (édit.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 157 s.

représentant (art. 72 CPC). Si la communauté est bien organisée et que sa volonté est exprimée par l'intermédiaire d'un mandataire commun, le procès ne sera pas fondamentalement plus compliqué que celui qui oppose un demandeur à un défendeur. Ainsi, les propriétaires communs, membres d'une hoirie complexe, qui agissent en réduction du prix d'une piscine qu'ils ont acquise, ne seront pas dans une position sensiblement plus délicate qu'un propriétaire unique dans la même situation. Le défendeur a en revanche l'obligation de déposer ses actes en un nombre d'exemplaires suffisant pour chaque consort (art. 131 CPC)⁹.

b. La consorité simple active

14. Par opportunité, plusieurs personnes peuvent agir ensemble lorsque le droit dont chacune entend obtenir la consécration a le même fondement (consorité simple matérielle) ou à tout le moins un fondement semblable (consorité simple formelle)¹⁰. L'art. 71 CPC ne distingue pas la consorité simple matérielle de la consorité simple formelle. En exigeant un fondement juridique semblable, il retient une définition large¹¹ qui englobe les deux notions. La consorité simple offre ainsi aux plaideurs la faculté de participer en commun à la même instance alors qu'aucune raison ne les empêche d'agir séparément.
15. Les consorts actifs simples peuvent procéder indépendamment les uns des autres (art. 71 al. 3 CPC) et exposer séparément leurs moyens particuliers d'attaque, acquiescer, se désister ou recourir chacun pour ce qui le concerne. Par ailleurs, la consorité simple peut être dissoute par le tribunal : aux termes de l'art. 125 let. b CPC, le

⁹ CPC-BOHNET, art. 131 N 6 ; BK-FREI, art. 131 N 1 ; DIKE-Komm ZPO-KRAMER/KUBAT ERK, art. 131 N 2.

¹⁰ Sur ces notions, JEANDIN (consorité, n. 8), p. 161 ; BSK ZPO-RÜGGLE, art. 71 N 7 ; MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, Thèse, Neuchâtel 1993, p. 40 ss.

¹¹ Comme le démontre le Message CPC, p. 6895, qui donne plusieurs exemples relevant de la consorité simple formelle ; BSK ZPO-RÜGGLE, art. 71 N 7.

juge peut entre autres prononcer la division de cause, pour simplifier le procès.

16. Si le lien de consorité simple est plus lâche, la souplesse qui le caractérise peut entraîner des complications lorsque chaque consort fait un large usage de son droit de présenter ses propres moyens. La multiplication des actes, et avec elle, de présentations de faits et de moyens sur lesquels le défendeur doit prendre position de manière séparée, rend vite le dossier difficile à gérer et peut générer des retards conséquents.
17. En matière de *consorité active simple matérielle*, le risque de difficultés n'est pas élevé, puisque le fondement invoqué est identique. Il en va ainsi lorsque deux créanciers solidaires agissent de concert contre leur débiteur (art. 150 CO). Leur prétention étant unique, les mêmes moyens seront en principe soulevés.
18. La situation est différente en cas de *consorité active simple formelle*. Dans ce cas, le fondement n'est que semblable. La prétention est propre à chaque demandeur. C'est le cas de travailleurs poursuivant leur ancien employeur en paiement d'arriérés de salaire ; de locataires agissant en contestation d'une hausse de loyer et de lésés actionnant l'auteur d'un même événement dommageable. Plus les prétentions invoquées dépendent de la situation personnelle du demandeur, plus la gestion conjointe des causes se révèle complexe. Elle l'est d'autant plus en cas de multiplication du nombre de demandeurs. En revanche, lorsque les circonstances personnelles n'influencent que peu la cause, en particulier lorsque le dommage ou la créance est identique ou se décline selon des proportions facilement calculables (loyer ; salaire ; réduction du prix), la gestion conjointe des causes ne soulève pas de difficultés insurmontables dès l'instant où les moyens sont semblables et elle permet au contraire d'éviter la multiplication de procédures probatoires en grande partie identiques¹².
19. En d'autres termes, plus les liens entre les consorts sont serrés et plus la communauté d'intérêts est évidente, plus le traitement

¹² Voir DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Thèse, Neuchâtel 2012, N 314 ; BSK ZPO-RÜGGLE, art. 71 N 4.

commun des causes est approprié. Nous examinons ci-après les principaux cas d'application de consorité simple formelle en matière de droits sociaux, en particulier en matière de bail, travail et consommation.

2. Les cas d'application en matière de droits sociaux

a. Le droit du bail

20. Les locataires d'un même immeuble se voyant notifier une *hausse de loyer* (hausse du taux hypothécaire ; travaux à plus-value) vont fréquemment agir ensemble¹³ (qu'ils soient cinq, vingt ou cinquante) lorsqu'ils entendent contester ladite hausse (art. 270b CO), ou par des requêtes séparées tout en demandant la jonction des causes (art. 125 let. c CPC). Leur dossier est dans la majorité des cas géré par l'Association suisse des locataires (ASLOCA), qui peut organiser le processus. Le traitement conjoint ne pose en principe pas de difficulté particulière, puisque les spécificités de chaque cas, à savoir la date de conclusion du bail, la dernière fixation du loyer et le montant de celui-ci peuvent facilement être prises en compte sans entraîner de grandes complications. En revanche, le gain de temps est important pour l'ensemble des parties et le tribunal puisque les questions centrales et sur lesquelles portera essentiellement l'administration des preuves, comme le rendement de l'immeuble, les loyers du quartier ou les travaux à plus-value, peuvent être réglées de manière commune pour l'ensemble des dossiers.
21. Les locataires peuvent également contester ensemble des *résiliations* adressées aux locataires d'un immeuble pour cause d'importants travaux ne permettant pas le maintien dans l'immeuble (art. 271, 273 CO). La question centrale de la validité de la résiliation – qui peut le cas échéant être traitée de manière séparée en vertu de l'art. 125 let. a CPC – est commune aux divers locataires. Celle de la prolongation du bail en cas de rejet de la conclusion en annulation

¹³ Comp. Message CPC, FF 2006 6895 ; BSK ZPO-RÜGGLE, art. 71 N 25.

- (art. 273 al. 5 CO) peut ensuite être traitée de manière spécifique pour chaque locataire.
22. Des *nuisances* résultant de travaux dans le voisinage pourraient aussi entraîner une action conjointe des locataires souhaitant obtenir une baisse de loyer¹⁴, voire des dommages et intérêts (art. 259*d* et 259*e* CO). Les nuisances peuvent certes dépendre de l'emplacement des locaux et les dommages et intérêts de l'activité du locataire, mais la problématique générale demeure la même.
 23. L'art. 71 al. 2 CPC n'admet l'action conjointe que si la *procédure applicable est la même* pour chacun des consorts. Dans le domaine des loyers et des congés, la procédure simplifiée s'applique indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC). Les locataires peuvent donc agir ensemble, quel que soit le montant qui les concerne spécifiquement. En revanche, en cas de nuisance ne pouvant donner lieu à une consignation faute de réparation possible (art. 259*g* CO), la procédure applicable (N 7) dépend de la valeur litigieuse. Les locataires ne peuvent donc agir de consort que si leur cause est soumise à la même procédure, étant précisé que la *valeur litigieuse* est calculée de manière indépendante pour déterminer la procédure applicable à chaque consort (art. 93 al. 2 CPC)¹⁵. Cependant, les dossiers soumis au même tribunal sont susceptibles d'être joints¹⁶ dès la première audience. Les procédures ordinaire et simplifiée peuvent en effet être organisées de manière identique par le juge (éventuelles audiences d'instruction, art. 226 et 246 al. 2 CPC ; débats principaux, art. 228 ss et 246 al. 1 CPC), seules la présentation de la demande (art. 244 CPC) et l'application de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC) étant propres à la procédure simplifiée.
 24. Le *for* ne pose aucune difficulté, puisqu'il s'agit dans tous les cas du lieu de situation de l'immeuble (art. 33 CPC).

¹⁴ Comp. Mietgericht ZH, jugement du 26 juillet 2010, MRA 2012 92.

¹⁵ Message CPC, FF 2006 6895.

¹⁶ Dans ce sens : CPC-HALDY, art. 125 N 6. *Contra* : DIETSCHY (n. 12), N 377.

25. En matière de *représentation* au procès, l'art. 68 al. 2 let. d CPC permet aux mandataires professionnellement qualifiés (en particulier les juristes de l'ASLOCA) d'intervenir, si le droit cantonal le prévoit.
26. Les *frais* ne sont généralement pas un frein aux actions conjointes en matière de bail : la procédure de conciliation est gratuite (ni frais, ni dépens ; art. 113 al. 1 et 2 let. c CPC) et les cantons qui ont institué un tribunal des baux prévoient souvent la gratuité (art. 12 LJB VD ; art. 22 al. 1 LaCC GE). Lorsque la procédure n'est pas gratuite, les valeurs litigieuses sont cumulées pour déterminer les frais (art. 93 al. 1 CPC). Si les frais sont partagés entre les demandeurs, ils ne sont en principe pas plus élevés qu'en cas d'actions séparées. Quant à la répartition des frais, elle doit être fonction de la valeur de chaque prétention en cas de sort spécifique, afin de ne pas désavantager les plaideurs agissant de consort¹⁷. Selon l'art. 106 al. 2 CPC, le tribunal détermine la part de chacun aux frais du procès. A notre sens, l'avance (art. 98 CPC) devrait être répartie entre les consorts demandeurs pour ne pas les prêteriter si l'un se refusait à payer¹⁸, puisqu'il s'agit d'une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. f CPC) et que celle-ci doit être examinée spécifiquement pour chaque consort¹⁹.
27. En matière de bail, les conflits opposant un bailleur à divers locataires peuvent donc faire l'objet d'un seul procès en vertu de l'art. 71 CPC (consortité) ou de l'art. 125 let. c CPC (jonction). Ces deux institutions remplissent à notre sens leur fonction à satisfaction.

¹⁷ DIETSCHY (n. 12), N 316 ; BK-GROSS/ZUBER, art. 71 N 26 ; SHK ZPO-HAHN, art. 71 N 14 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 45 ; DIKE ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 71 N 18.

¹⁸ CPC-TAPPY, art. 98 N 16, retient que le juge peut aussi fixer une seule avance à payer solidairement, en application analogique de l'art. 106 al. 3 CPC.

¹⁹ BK-GROSS/ZUBER, art. 71 N 16.

b. Le droit du travail

28. Même si elles sont moins fréquentes qu'en matière de bail, les actions conduites conjointement par plusieurs employés ne sont pas rares. Elles sont par exemple envisageables en cas de *prétentions salariales communes*²⁰ (différence de salaire dû selon la convention collective²¹ ; 13^e salaire ; solde de vacances ; heures supplémentaires) ou en cas de *résiliation* des rapports de travail fondée sur le même motif et que les employés font valoir que la résiliation par l'employeur est injustifiée ou abusive (licenciement collectif²² ; abandon de poste ou grève ; violation d'une même obligation de travail par plusieurs employés, par exemple le *mobbing* sur un travailleur), ou que leur résiliation immédiate est justifiée et qu'ils ont droit à la réparation du dommage subi (art. 337b CO)²³.
29. Comme relevé ci-dessus (N 23), l'action conjointe n'est possible que lorsque la même procédure s'applique (art. 71 al. 2 CPC). Celle-ci dépend de la valeur litigieuse, à moins que la cause relève de la loi sur l'égalité, pour laquelle l'art. 243 al. 2 let. a CPC prévoit toujours la procédure simplifiée. Les travailleurs ne peuvent donc agir de consort que si leur cause est soumise à la même procédure, étant rappelé que la valeur litigieuse est calculée de manière indépendante pour déterminer la procédure applicable à chaque consort (art. 93 al. 2 CPC)²⁴. Avec DIETSCHY²⁵, il faut cependant admettre qu'un demandeur dont la cause relève de la procédure simplifiée agisse de consort avec un demandeur dont la cause est soumise à la procédure ordinaire lorsqu'il accepte que cette procédure s'applique. Par ailleurs, les dossiers soumis au même tribunal sont susceptibles d'être joints (art. 125 let. c CPC).

²⁰ Voir DIETSCHY (n. 12), N 314 ; BSK ZPO-RÜGGLE, art. 71 N 25.

²¹ Voir DIETSCHY (n. 12), N 320, qui cite une décision du Juge instructeur de la Cour civile vaudoise du 15 juin 1983, JdT 1983 III 71 consid. II.

²² Message CPC, FF 2006 6895 ; DIETSCHY (n. 12), N 315 et 320, ainsi que les réf.

²³ DIETSCHY (n. 12), N 320, qui mentionne l'état de fait de l'arrêt du TF [9.10.2008] 4A_192/2008, lit. B.

²⁴ Message CPC, FF 2006 6895.

²⁵ DIETSCHY (n. 12), N 315, 452.

30. Quant au *for*, les employés peuvent agir tant au lieu où ils exercent habituellement leur activité professionnelle qu'au domicile ou siège de l'employeur (art. 34 CPC).
31. En matière de *représentation* au procès, l'art. 68 al. 2 let. d CPC permet aux mandataires professionnellement qualifiés (en particulier les juristes de syndicat) d'intervenir, si le droit cantonal le prévoit.
32. Contrairement au domaine du bail, les *frais* peuvent être un frein aux actions conjointes en droit du travail: tant la procédure de conciliation (art. 113 al. 2 let. d CPC) que le procès (art. 114 let. c CPC) ne sont gratuits que lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-, à moins que le droit cantonal ne prévoi de dispense plus large (p. ex. art. 19 al. 3 let. c LaCC GE). Or, les prétentions de consorts simples sont cumulées pour déterminer les frais (art. 93 al. 1 CPC). Autrement dit, il vaut mieux agir séparément si les prétentions cumulées dépassent CHF 30'000.-, puis demander la jonction (art. 125 let. c CPC). En revanche, dès l'instant où chaque prétention dépasse CHF 30'000.- ou le seuil de gratuité fixé par le droit cantonal, rien ne s'oppose à l'action conjointe. La répartition des frais est soumise aux principes décrits ci-dessus concernant le droit du bail (N 26).
33. En matière de droit du travail, les dispositions sur la consorité (art. 71 CPC) et la jonction de causes (art. 125 let. c CPC) semblent donc suffisantes pour permettre le traitement conjoint des causes lorsque celui-ci se justifie. Seule la question des frais pourrait faire l'objet d'un réexamen partiel afin d'éviter que des causes individuellement gratuites deviennent onéreuses en cas d'actions conjointes.

c. La consommation

34. Contrairement au contentieux en matière de bail et de travail, celui découlant du droit de la consommation ne donne pas fréquemment lieu à des actions conjointes. Cela s'explique essentiellement par la fréquente *absence de lien social* entre les consommateurs. Ils n'habitent pas dans le même immeuble, ni ne travaillent au même endroit pour le même employeur. Le plus souvent, ils n'ont en commun que

l'achat d'un bien ou d'un service, et le cas échéant une prétention commune contre le fournisseur.

35. De plus, la prétention de chaque consommateur relative à un produit ou service, même si elle est du même genre, peut naître à des *moments différents*, suivant la date d'acquisition du produit ou la survenance du dommage.
36. Lorsqu'un produit ou un service est défectueux ou que le fournisseur viole une autre de ses obligations, les *conséquences dommageables* peuvent être *très différentes* d'un consommateur à l'autre : atteinte bénigne ou maligne à la santé, atteinte à l'avenir économique, perte de soutien, etc.
37. L'action conjointe n'est par ailleurs possible que lorsque la *procédure applicable* est la même (art. 71 al. 2 CPC), ce qui suppose que les prétentions ne dépassent pas CHF 30'000.- (procédure simplifiée ; N 7) ou qu'elles excèdent ce montant (procédure ordinaire ; N 7), le calcul de la valeur litigieuse étant effectué séparément pour chaque consort (art. 93 al. 2 CPC).
38. Si les consommateurs peuvent agir au *for* du domicile ou siège du fournisseur (art. 32 al. 1 let. a CPC), ils préféreront en général le for de leur domicile (art. 32 al. 1 let. a CPC), à disposition en cas de consommation courante, destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale (art. 32 al. 2 CPC). Cela s'explique aisément par des questions de proximité, de choix de l'avocat et de *langue* de la procédure. En cas d'actions conjointes, les consommateurs sont contraints d'agir au domicile ou siège du fournisseur, le for de la consorité (art. 15 al. 1 CPC) n'étant apparemment ouvert qu'en cas de consorité passive²⁶. Quant au for prévu par l'art. 27 LFors en cas de dommage collectif, qui ne concernait qu'indirectement les consommateurs, il a été biffé du CPC (voir encore art. 35 P-CPC), en raison de l'imprécision de la

²⁶ DIKE ZPO-BORLA-GEIER, art. 15 N 1.

notion, même s'il avait pour but de concentrer au mieux les procédures²⁷.

39. En matière de *représentation* au procès, la réglementation de l'art. 68 CPC ne permet pas aux juristes d'un organisme de protection des consommateurs d'intervenir à notre avis. Il ne s'agit pas de simples personnes de confiance, mais de professionnels²⁸.
40. Quant aux *frais*, la procédure n'étant pas gratuite dans les divers domaines du droit de la consommation, les valeurs litigieuses sont cumulées pour déterminer les frais (art. 93 al. 1 CPC). Comme relevé ci-dessus (N 26), lorsqu'ils sont partagés entre les demandeurs, les frais ne sont en principe pas plus élevés qu'en cas d'actions séparées. La répartition des frais répond aux principes décrits ci-dessus (N 26).
41. En résumé, plusieurs facteurs expliquent l'absence d'actions conjointes en matière de consommation. Le principal est l'absence de lien social entre les consommateurs. L'évolution fondamentale des *modes de communication* et l'apparition des réseaux sociaux sur Internet pourraient cependant combler le déficit de communication entre consommateurs. Une information bien organisée sur un site dédié pourrait leur permettre de connaître l'existence de prétentions à l'encontre d'un fournisseur et d'organiser une procédure par l'intermédiaire d'une organisation de défense des intérêts des consommateurs. Dans la mesure où les prétentions des consommateurs sont identiques (par exemple en cas de défaut d'un produit), l'action conjointe pourrait être une voie praticable. On peut en revanche douter de l'opportunité d'une telle action lorsque le montant en jeu est faible. Dans un tel cas, soit le fournisseur entre en matière et le plus souvent remplace l'objet défectueux, soit le consommateur renonce à agir faute d'intérêt. Il n'est pas même sûr qu'il soit intéressé à prendre part à une procédure collective qui

²⁷ Message CPC, FF 2006 6884 s. Pour une critique de cette disposition, voir NICOLAS JEANDIN, *Parties au procès : mouvement et (r)évolution*, Zurich 2003, p. 122 ss.

²⁸ Pour des développements sur la notion de personne de confiance, FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET (n. 5), N 937 ss.

prendra de toute manière du temps. Souvent, il n'aura pas même avisé sans délai le fournisseur du défaut (art. 201 al. 1 CO).

IV. L'action sociale

1. En général

42. L'art. 89 al. 1 CPC prévoit que les associations et les autres organisations (société coopérative ; fondation) d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir en interdiction, cessation ou constat pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. Cette disposition, tirée de la jurisprudence fondée sur l'art. 28 CC²⁹, renforce l'action sociale, dans le sens souhaité par la doctrine³⁰. Désormais, l'organisation n'a plus à démontrer qu'une personne directement concernée pourrait directement agir et l'action n'est plus limitée à la défense des intérêts économiques³¹.
43. En revanche, conformément à la jurisprudence³², l'organisation n'a pas qualité pour réclamer la réparation d'un dommage subi par l'un de ses membres personnellement, parce qu'il s'agit d'un droit propre dont ceux-ci ne peuvent pas être privés. En matière d'action en protection de la personnalité, le droit d'agir de l'organisation est

²⁹ Message CPC, FF 2006 6901 ; ATF 73 II 65, JdT 1948 I 11 ; 86 II 18 ; 114 II 345 ; 125 III 82 ; TF [23.09.2008] 4A_207/2008 consid. 1.2.

³⁰ Voir en particulier JEANDIN (n. 27), p. 104 ss. ; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit d'action des associations visant à défendre la personnalité de leurs membres, en particulier en matière de protection des données, *in* : Ivo Schwander/Ernst Brem/Ernst A. Kramer/Jean N. Druey (édit.) Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Berne 1990, p. 495-510 ; HANS MICHAEL RIEMER, Kollektiv-Persönlichkeitsverletzungen ausserhalb des wirtschaftlich-beruflichen Bereichs, insbesondere die Frage der Zulässigkeit eines Verbandsklagerechtes, *in* : Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, publ. par la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, Bâle/Francfort 1992, p. 83 ss.

³¹ Message CPC, FF 2006 6902.

³² ATF 86 II 18 consid. 2 ; 114 II 345 consid. 3b ; 125 III 82 consid. 1a.

propre ; il se cumule le cas échéant avec celui des membres qui restent libres d'agir en leur propre nom³³.

2. Les dispositions spéciales

44. En matière de consommation, c'est avant tout l'art. 10 al. 2 let. b LCD, qui retient l'attention³⁴. Cette disposition permet aux associations de protection des consommateurs d'importance nationale ou régionale³⁵ d'agir en interdiction, cessation ou constat d'une atteinte résultant d'un acte de concurrence déloyale. L'association peut en particulier agir en constat (art. 88 CPC) du caractère déloyal (et donc nul³⁶) d'une *clause de conditions générales*, à savoir selon l'art. 8 LCD dans sa teneur au 17 juin 2011, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012, d'une clause se trouvant en contradiction avec les règles de la bonne foi parce que prévoyant une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat, au détriment du consommateur. La difficulté réside essentiellement dans la démonstration du caractère déloyal, tant la doctrine est divisée sur cette notion³⁷. L'association peut également agir pour faire cesser toutes *méthodes déloyales de publicité et de vente et autres comportements illicites* au sens de l'art. 3 LCD dont le catalogue a été complété récemment (inscription dans des

³³ JEANDIN (consorité, n. 8), p. 167.

³⁴ Voir aussi art. 56 al. 1 let. b LPM, 21 LSPr et 43 al. 1 let. c LCart. Pour des brefs développements, voir SYLVAIN MARCHAND, *Droit de la consommation*, Genève 2012, p. 290 s. ; FORNAGE (n. 2), N 1818 ss ; JEANDIN (n. 27), p. 99 s.

³⁵ Voir FORNAGE (n. 2), N 1823.

³⁶ Pour des développements sur la sanction du caractère abusif de la clause, voir FRANÇOIS BOHNET, *Les clauses procédurales abusives*, in : François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales abusives*, Neuchâtel 2012, N 69.

³⁷ Voir par exemple, BOHNET (n. 36), N 63 ss et LAURENT BIERI, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in : François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales abusives*, Neuchâtel 2012, N 17 ss.

répertoires ; système de la boule de neige ; prestations au moyen du commerce électronique ; tirage au sort ou concours)³⁸.

45. Le jugement n'acquiert *autorité de la chose jugée* une fois en force qu'entre les parties à la procédure. Mais le consommateur pourra dans les faits invoquer le précédent³⁹, étant entendu que le fournisseur aura toujours la faculté de soutenir que le prononcé n'était pas fondé en droit, en particulier lorsque la décision est demeurée cantonale.

3. Les conclusions en paiement

46. L'art. 10 al. 2 let. b LCD, tout comme l'art. 56 al. 1 let. b LPM, n'offre pas la qualité pour agir en *dommages et intérêts* ou *remise de gain* (art. 9 al. 3 LCD) à l'association⁴⁰. A titre de comparaison, divers Etats européens accordent un droit d'agir en dommages et intérêts à des associations de consommateurs à des conditions diverses (représentation ; cession des droits ; action « test »)⁴¹. Les résultats sont cependant mitigés, entre autre en raison du fait que les conditions posées à l'action sont strictes et que les frais sont à la charge de l'association⁴².
47. A vrai dire, la réglementation suisse permet aux associations d'agir en dommages et intérêts après s'être fait *céder les droits* des consommateurs⁴³. Elle leur offre également la possibilité de faire un

³⁸ Révision du 17 juin 2011, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2012. Sur ce thème, voir CHRISTOPH MÜLLER/OLIVIER RISKE, *L'offre arnaqueuse – notamment par Internet*, in : François Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales abusives*, Neuchâtel 2012.

³⁹ JEANDIN (n. 27), p. 99 ; JEANDIN (consorité, n. 8), p. 167.

⁴⁰ FORNAGE (n. 2), N 1826 ; JEANDIN (n. 27), p. 101 ; JEANDIN (consorité, n. 8), p. 167.

⁴¹ Pour une présentation des législations anglaise, française et allemande, voir FORNAGE (n. 2), N 1757 ss.

⁴² FORNAGE (n. 2), N 1797 ss.

⁴³ FORNAGE (n. 2), N 1797 ss ; LUC THÉVENOZ, *L'action de groupe en procédure civile suisse*, in : ISDC (édit.), *Rapports suisses présentés au XIII^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zurich 1990, p. 149.

procès pilote après cession des droits d'un ou plusieurs consommateurs déterminés. Certes, le résultat ne liera que les parties à la procédure, mais aura les effets d'un précédent. Comme relevé ci-dessus (N 45), l'absence d'effet *erga omnes* vaut en matière d'actions en cessation, sans que leur utilité ne soit contestée.

V. Les actions de groupe

1. Les dispositions en vigueur

48. L'action de groupe n'est pas prévue comme telle dans la législation suisse. La doctrine⁴⁴, qui tente de tirer des parallèles avec des dispositions en vigueur, mentionne les art. 86 s. de la Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, l'art. 105 de la Loi fédérale sur les fusions et encore les art. 40 ss de la Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins⁴⁵.

a. L'action en restitution au placement collectif

49. L'action en restitution au placement collectif est ouverte lorsque des avoirs ont été détournés ou des avantages patrimoniaux prélevés illicitement aux dépens de celui-ci. Cette action, *en faveur du fond*, est ouverte à chaque investisseur, ou à un représentant, nommé sur requête d'un ou plusieurs investisseurs lorsqu'ils rendent vraisemblables des prétentions en restitution envers le placement collectif ouvert (art. 86 al. 1 LPCC).
50. Selon l'art. 86 al. 4 LPCC, lorsque leur représentant engage une action contre le placement collectif ouvert, ces investisseurs ne peuvent plus intenter d'action individuelle. Quant aux frais de la

⁴⁴ FORNAGE (n. 2), N 1942 ss, concernant la PLCC et la Lfus, qui les rapproche trop à notre avis des actions de groupe ; LUCY GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, Thèse, Zurich 2007, p. 180 ss. Voir également JEANDIN (n. 27), p. 119 ss sous l'empire de la Loi fédérale sur les fonds de placement.

⁴⁵ Pour une brève présentation de la gestion collective obligatoire des droits d'auteur instituée par la LDA, que nous ne développerons pas ici faute de liens directs avec le droit de la consommation, voir JEANDIN (n. 27), p. 121 s.

représentation, ils sont à la charge de la fortune collective, à moins que le juge en décide autrement. L'action étant intentée en faveur du fond, et non des investisseurs spécifiquement, il s'agit plutôt d'une action de « communauté »⁴⁶, que l'on peut rapprocher de celle instituée par l'art. 1157 CO en matière de créanciers obligataires⁴⁷.

b. L'action demandant l'examen du maintien des parts sociales

51. En matière de *fusion*, l'art. 105 LFus prévoit que l'action demandant l'examen du maintien des parts sociales ou des droits de sociétariat, à disposition de chaque associé dans le délai de deux mois à compter de la publication de la décision de fusion, de scission ou de transformation, aboutit à la fixation d'une soulte adéquate par le juge ayant effet sur tous les associés des sujets participants pour autant qu'ils aient le même statut juridique que le demandeur (art. 105 al. 2 LFus). Les frais sont à la charge du sujet reprenant, à moins que des circonstances particulières (notamment lorsque l'action est manifestement mal fondée, FF 2000 4140) justifient qu'ils soient en tout ou partie à la charge du demandeur (art. 105 al. 3 LFus). Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une action de groupe, mais plutôt d'une action formatrice avec effet pour les associés bénéficiant du même statut juridique et qui se rapproche de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO ; FF 2000 4140).

2. L'absence de réglementation dans le CPC

52. Le Code de procédure civile suisse est avant tout le fruit d'une compilation des anciens codes cantonaux, en particulier alémaniques – on pense au préalable de conciliation, au rôle renforcé du juge et au déroulement du procès –, encadré par les nombreux principes de procédure établis par le Tribunal fédéral au cours du XX^{ème} siècle⁴⁸. Il n'est pas surprenant dès lors que le CPC ne prévoise pas l'action de

⁴⁶ Comp. JEANDIN (n. 27), p. 119.

⁴⁷ Comp. JEANDIN (n. 27), p. 118.

⁴⁸ Voir les remarques générales du Message à ce propos, FF 2006 6852, 6902.

groupe, aucun canton suisse n'ayant adopté de réglementation dans ce domaine. L'institution étant à la mode – le grand public connaît mieux sans doute la *class action* que la consorité ! – le Message aborde cependant le sujet dans sa partie introductive, puis dans deux brefs paragraphes. Le Conseil fédéral écarte la *class action*, « pas compatible avec notre système juridique (...) [et] qui suscite davantage de problèmes qu'elle n'en résout, tant sous l'aspect du droit de procédure que sous celui du droit de fond »⁴⁹.

53. Il est exact que l'action de groupe pose d'importantes difficultés, et ce quel que soit le modèle envisagé. Elle remet en effet en cause la structure traditionnelle du procès qui voit le juge statuer sur des prétentions spécifiquement définies et pour des demandeurs qui le sont tout autant⁵⁰. L'action de groupe impose une vision collectiviste du procès, vision bien éloignée de celle fondée sur le lien d'instance existant entre les parties au procès⁵¹. Cependant, les récentes déconfitures dans le domaine bancaire et le développement de l'Internet suscitent de nouvelles réflexions, les outils actuels ayant montré leurs limites.

3. Les modèles doctrinaux

54. Quelques auteurs se sont penchés sur l'introduction de l'action de groupe en Suisse. C'est tout d'abord la problématique des grandes catastrophes qui a suscité des réflexions, dès la fin des années 1970. La doctrine s'est intéressée à développer dans ce contexte un modèle approprié pour éviter l'engorgement des tribunaux et indemniser de manière équitable les victimes⁵².

⁴⁹ Message CPC, FF 2006 6844.

⁵⁰ Voir JEANDIN (n. 27), p. 143.

⁵¹ ATF 130 III 396, consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87.

⁵² EMIL W. STARK/S. KNECHT, Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden, RDS 1978 51; PIERRE TERCIER, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, RDS 1990 II 73. Ces propositions sont résumées par exemple par JEANDIN (n. 27), p. 146 ss.

55. En 1997, ISABELLE ROMY a proposé d'opter en matière de litiges de masse pour une action de classe fortement imprégnée du modèle américain, obligatoire pour tous les lésés⁵³. NICOLAS JEANDIN a également fait une proposition allant dans ce sens en 2003, et a suggéré une réglementation des litiges de masse dans le CPC⁵⁴. Ne sont visés que les litiges risquant d'engorger les tribunaux, et non les prétentions de valeurs minimales⁵⁵. Dans un article de 2011, LEANDRO PERUCCHI soutient également la réglementation des *class actions* dans le CPC, sur le modèle américain, en particulier pour le domaine des marchés financiers, de la consommation et des cartels⁵⁶. SYLVAIN MARCHAND est aussi d'avis qu'une telle *class action* serait profitable aux consommateurs en Suisse⁵⁷.
56. Dans sa thèse consacrée à la mise en œuvre des droits du consommateur contractant publiée en 2011, ANNE-CHRISTINE FORNAGE, tout en soulignant les lacunes de la réglementation actuelle et en dénonçant l'absence de réflexion approfondie lors de l'adoption du CPC⁵⁸, a laissé ouverte la question de la pertinence de l'action de groupe pour la protection des droits du consommateur⁵⁹. A son avis, c'est avant tout pour les litiges d'importance relative, de quelques milliers de francs, pour lesquels le consommateur renoncerait à agir en justice compte tenu du coût du procès que l'action de groupe présenterait un intérêt⁶⁰. Son intérêt est également manifeste en cas d'importants dommages de masse, mais pour des

⁵³ ISABELLE ROMY, Litiges de masse : des « class actions » aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques, Thèse, Fribourg 1997, p. 273 ss.

⁵⁴ JEANDIN (n. 27), p. 175 ss.

⁵⁵ ROMY (n. 53), p. 280 n. 181 ; JEANDIN (n. 27), p. 161.

⁵⁶ LEANDRO PERUCCHI, Class action für die Schweiz, PJA 2011 489. Voir aussi sa thèse, Anerkennung und Vollstreckung von US-class action Urteilen und Vergleichen in der Schweiz, Lucerne 2008.

⁵⁷ MARCHAND (n. 34), p. 289. Voir aussi CHRISTOPH MÜLLER, Class Arbitration, in : Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 905 ss.

⁵⁸ Sur les critiques de la doctrine, voir également GORDON-VRBA (n. 44), p. 214 ; MARCHAND (n. 34), p. 289 ; PERUCCHI (n. 56), p. 496 et les réf. en n. 67.

⁵⁹ FORNAGE (n. 2), N 1995, 2040.

⁶⁰ FORNAGE (n. 2), N 1997 ss.

motifs qui tiennent alors au risque d'engorgement des tribunaux et au traitement inégal des victimes compte tenu des moyens du défendeur⁶¹. Elle est en revanche favorable au modèle allemand du procès-pilote⁶², qui sera présenté plus bas (N 77 ss) et qui s'inscrit dans la problématique actuelle des pertes subies par des investisseurs.

57. On constate que les réflexions de la doctrine ont peu à peu évolué, avec les préoccupations du moment. Les grandes catastrophes ne semblent plus être le centre des réflexions, mais plutôt la situation des consommateurs dans le marché actuel. Il faut en tout cas noter que la crainte d'engorgement des tribunaux exprimée depuis la fin des années 1970 ne s'est pas réalisée en Suisse à ce jour.

4. Les réflexions actuelles

58. Dans un rapport consacré à un *projet de loi sur les services financiers* (LSFin)⁶³, le Département fédéral des finances indique que l'Office fédéral de la justice examine actuellement « sous une forme générale le caractère approprié de divers types d'application collective du droit pour faire valoir des prétentions en dommages et intérêts lorsque le nombre de lésés ayant des prétentions identiques ou similaires est élevé ». Un rapport spécifique sur cette question est annoncé pour le courant 2013⁶⁴. Le but serait de permettre le traitement groupé en cas de nombreuses prétentions similaires contre une banque. On pense par exemple à des indications erronées dans un prospectus ou à la violation systématique des obligations d'un conseiller sur instruction de son supérieur⁶⁵.
59. Dans sa prise de position du 30 novembre 2011 sur une *motion* déposée devant le Conseil national le 30 septembre 2011 par la

⁶¹ FORNAGE (n. 2), N 2004.

⁶² FORNAGE (n. 2), N 2010, 2041.

⁶³ Rapport concernant une Loi sur les services financiers (LSFin), Eléments principaux d'une réglementation possible, 18 février 2013.

⁶⁴ Rapport, p. 26 ; édition du Temps du vendredi 8 mars 2013, p. 13.

⁶⁵ Rapport, p. 26 ; édition du Temps du vendredi 8 mars 2013, p. 13.

Conseillère nationale socialiste PRISCA BIRRER-HEIMO visant à l'introduction d'une action collective en vue de protéger les consommateurs, le Conseil fédéral, tout en concluant à son rejet, retenait déjà qu'il fallait :

« procéder à un examen général et très vaste des instruments permettant d'intenter une action collective (éventuellement pour faire valoir des dommages-intérêts) lorsqu'un nombre élevé de lésés ont les mêmes prétentions ou des prétentions semblables et qu'ils sont confrontés aux mêmes actes ou aux mêmes questions juridiques (intervention de la Conseillère fédérale SIMONETTA SOMMARUGA du 6 décembre 2010 en réponse à la question 10.5511 BISCHOF PIRMIN. Des actions collectives en Suisse ?, BO N 2010 1826). Ces instruments sont particulièrement nécessaires dans le domaine de la responsabilité en droit des sociétés anonymes, mais aussi dans les domaines des marchés financiers, de la protection des consommateurs, du droit des cartels, du droit du travail, de la protection de l'environnement et de la protection de la personnalité. Lors de l'examen qui sera mené, il faudra tenir compte du fonctionnement du droit suisse, et en particulier du droit de la procédure, et de la culture judiciaire du pays. Il faudra aussi analyser les dispositions en vigueur, notamment celles sur les frais de procédure (avance de frais et imputabilité), les honoraires des avocats et le financement des procès. L'examen prévu devra bien entendu également s'inscrire dans une perspective de droit comparé et s'appuyer sur les systèmes existant dans d'autres pays européens et hors Europe. Tant que cet examen global et approfondi des modes possibles d'exercice collectif de droits et des instruments appropriés, des mesures à prendre et des délimitations à faire n'aura pas eu lieu, il n'est pas indiqué de décider s'il faut élaborer un projet de loi. Cette décision ne pourra intervenir que dans une deuxième étape. Ce n'est qu'à la suite de l'examen voulu qu'on pourra élaborer des propositions concrètes de révision du droit en vigueur et, le cas échéant, préparer un projet de loi ».

60. Une autre motion, déposée le 7 mars 2013 devant le Conseil national par le Conseiller national Jean-Christophe Schwaab, porte plus spécifiquement sur les atteintes en matière de protection des données, en particulier sur Internet. Le but de cette action collective serait de mieux lutter contre « ces cas de violations, [qui] s'ils peuvent causer des atteintes à la personnalité considérables et difficiles à supprimer, ne causent en général qu'un dommage pécuniaire marginal ».
61. Il n'est pas inutile de relever que ces deux motions, si elles militent pour l'action de groupe, précisent qu'il ne s'agit pas d'introduire une

class action à l'américaine, mais bien plutôt d'adapter cet outil à notre procédure civile en en retenant les éléments bénéfiques.

5. Quelques caractéristiques de l'action de groupe

62. L'action de groupe a pour but le traitement simultané d'un nombre important de prétentions de caractère commun, par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes elles-mêmes titulaires de droits représentatifs du groupe et qui le représente à l'occasion du procès. Les *avantages* que l'on voit à l'action de groupe sont les suivants⁶⁶ :
- Une rationalisation procédurale : les preuves sont administrées une seule fois et les jugements contradictoires sont évités.
 - Une simplification de la procédure pour le consommateur qui laisse l'initiative aux représentants du groupe.
 - Les prétentions de faible valeur peuvent être invoquées grâce à leur groupement en un seul procès, sanctionnant les actes préjudiciables à grande échelle.
 - Les demandeurs sont traités de manière identique, en particulier en cas de problème de solvabilité du défendeur.
 - Une pression est opérée sur le défendeur qui se retrouve face à des prétentions groupées invoquées d'une seule voix.
63. On distingue *deux principaux modèles* d'actions de groupe. D'une part, la *class action* qui a fait ses preuves aux Etats-Unis⁶⁷, réglementée au niveau fédéral par la *Rule 23 des Federal Rules of Civil Procedure*⁶⁸, et qui permet dans sa forme la plus célèbre (*Rule 23(b)(3)*)⁶⁹, à un ou

⁶⁶ Voir MARCHAND (n.), p. 286 s. ; PERUCCHI (n.), 490 ss, ainsi que par exemple la présentation dédiée au recours collectif sur wikipédia.

⁶⁷ Voir la présentation en français de FORNAGE (n.), N 1867 ss, JEANDIN (n.), p. 126 ss, ROMY (n.), p. 87 ss, la même, *Class actions américaines et droit international privé suisse*, PJA 1999 783.

⁶⁸ Le texte actuel peut être consulté sur le site de l'Université de Cornell (www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23), qui mentionne également l'ensemble des *amendments* et des *Notes of Advisory Committee*.

⁶⁹ Pour une brève description en français des quatre types de class actions organisés par la *Rule 23*, voir JEANDIN (n.), p. 130 ss.

plusieurs demandeurs intervenant comme représentants de la *class* d'impliquer tout titulaire d'une prétention actuelle ou future qui entre dans la définition de la *class* certifiée par le juge, à moins que l'intéressé déclare entendre sortir du groupe (*opting out*). D'autre part, le mécanisme privilégié dans les Etats qui ne souhaitent que s'inspirer du modèle américain, par exemple l'Angleterre (*Group litigation*⁷⁰) ou l'Italie (*Azione di classe*, N 67 ss), et qui fixe un délai, après certification du groupe, à toute personne qui le souhaite, pour s'annoncer et être comprise dans ledit groupe (*opting in*).

64. Le système de l'*opting out* est nettement plus percutant puisqu'il implique naturellement un nombre important, parfois même indéterminé, de personnes ayant subi un préjudice (peu importe son montant) par le fait d'actes semblables d'un même défendeur. Il suppose un contrôle sévère par le juge de la représentativité du ou des demandeurs agissant pour la *class* (*Rule 23(a)(3)*)⁷¹ et implique nécessairement une lourde organisation de la *class action*, son financement étant intimement lié au mode de rémunération des avocats. Ceux-ci sont payés en fonction du résultat selon le système des *contingency fees* qui leur assure une part au gain, dont le pourcentage dépend de l'affaire. Comme chaque partie supporte en principe ses frais d'avocat en procédure civile américaine⁷², les particuliers ont tout intérêt à les rémunérer selon le résultat afin de limiter leur risque et les mandataires, qui prennent l'allure d'entrepreneurs, maximisent leur profit en agissant par le biais de *class actions*, vu l'importance des montants en jeu. Les cabinets spécialisés dans ce type d'affaires vont ainsi développer un comportement proactif afin de mettre sur place des *class actions*, y compris lorsque le montant en jeu par individu est faible, l'accumulation des prétentions rendant l'action intéressante financièrement. Les montants très importants qui peuvent être alloués aux demandeurs par le biais des *punitive damages* favorisent également l'institution. Compte tenu des implications financières

⁷⁰ Sur la réglementation anglaise, voir FORNAGE (n. 2), N 1914 ss.

⁷¹ Voir par ex. *Ortiz v. Fibreboard Corp.* (97-1704) 527 U.S. 815.

⁷² *Rule 54 (d)* ; JEANDIN (n. 27), p. 137.

d'une *class action*, elle se termine presque naturellement, une fois certifiée, par une transaction⁷³.

65. Ce système est cependant *peu compatible* avec les principes procéduraux et le droit matériel continental⁷⁴. Il suppose d'admettre que des individus soient impliqués en procédure sans même en connaître l'existence. Il implique également une redéfinition du rôle de l'avocat, puisque notre système de justice interdit le *pactum de quota litis* (art. 12 let. e LLCA), l'avocat devant demeurer indépendant et ne pas avoir d'intérêt direct dans la cause⁷⁵. Il est intimement lié au droit américain de la responsabilité civile qui prévoit l'allocation de dommages et intérêts parfois colossaux et au système de la *discovery* qui autorise les *fishing expeditions*. Enfin, la *class action* constitue un véritable mode de régulation aux Etats-Unis, qui dépasse les intérêts spécifiques des particuliers.
66. Les Etats européens ayant souhaité introduire l'action de groupe se sont donc plutôt intéressés au modèle de l'*opting in*. On peut imaginer que le Conseil fédéral écartera d'emblée le système de l'*opting out* (N 58), mais se penchera de manière plus approfondie sur l'action de groupe par *opting in*. Il est probable qu'il discute aussi le modèle allemand : le *Musterprozess*. Les développements qui suivent s'intéressent à trois approches différentes mais novatrices de nos voisins : l'Italie, qui a opté pour une action de groupe par *opting in*, l'Allemagne, qui a introduit le concept de procès-pilote, et l'Autriche, dont l'évolution est avant tout jurisprudentielle.

6. L'exemple italien : l'action de groupe par *opting in*

67. L'action de groupe (*Azione di classe*) est réglementée à l'art. 140bis du Code italien de consommation, disposition introduite le 23 juillet

⁷³ FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, Bâle et Neuchâtel, p. 106 s. ; FORNAGE (n. 2), N 1890 ; JEANDIN (n. 27), p. 137.

⁷⁴ Dans ce sens, FORNAGE (n. 2), N 1895 ; JEANDIN (n. 27), p. 139 s. *Contra* : PERUCCHI (n. 56), PJA 2011 500 ss.

⁷⁵ Pour des développements, voir BOHNET/MARTENET (n. 5), N 1586 ss.

2009⁷⁶ et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Cette disposition gouverne l'action de groupe pour déterminer tant le principe de la responsabilité (contractuelle, du fait des produits ou résultant de pratiques commerciales déloyales ou de comportements anti-concurrentiels ; art. 140*bis* al. 2) que le *quantum* (dommages-intérêts, tort moral et restitution des montants payés ; art. 140*bis* al. 1).

68. La requête de certification doit être le fait d'un *particulier*, le cas échéant par l'intermédiaire d'un *comité* auquel il participe ou d'une *association* qu'il mandate (art. 140*bis* al. 1). La question de savoir si n'importe quel consommateur peut s'adresser à n'importe quel comité ou association ne semble pas avoir été réglée. Elle intervient devant le tribunal ordinaire du chef-lieu de la région du siège de la partie défenderesse (art. 140*bis* al. 4).
69. À l'issue de la première audience, le tribunal décide par voie d'ordonnance (sujette à appel ; art. 140*bis* al. 7) de l'*admissibilité de la requête*. Il peut toutefois suspendre sa décision lorsqu'une enquête concernant les faits en cause est en cours auprès d'une autorité indépendante ou si une procédure administrative est pendante. La requête est rejetée si elle est manifestement infondée ou en cas de conflit d'intérêts, si le juge ne reconnaît pas la similarité des droits individuels exécutoires au sens de l'alinéa 2, ou encore si la partie requérante est vraisemblablement incapable de protéger suffisamment les intérêts du groupe (art. 140*bis* al. 6).
70. Si la requête de certification est rejetée, le consommateur requérant peut être astreint à payer les frais afférents à l'action de groupe, et être attiré devant la justice pour répondre d'éventuels dommages à l'image de la partie adverse⁷⁷.
71. Le législateur italien a opté pour le système de l'*opting in* (art. 140*bis* al. 9 et 14) : dans son ordonnance admettant l'action de groupe, le tribunal fixe les délais et modalités de la publication la plus opportune afin que d'éventuels nouveaux adhérents rejoignent la

⁷⁶ Art. 49 de la loi du 23 juillet 2009 n. 99.

⁷⁷ Voir le résumé sur le site du *Centro europeo consumatori CEC* : http://www.euroconsumatori.org/print_it.php?site=16849v16940d64878.html.

classe. S'ils ne le font pas, ils demeurent libres d'agir séparément (art. 140*bis* al. 14). La notification publique, qui intervient aux frais du requérant⁷⁸, est une condition pour la poursuite de l'action. Aucune autre action collective ne pourra plus être dirigée contre la même société sur le même état de fait au-delà du délai d'adhésion fixé par le juge (art. 140*bis* al. 14). Par la même ordonnance, le tribunal (art. 140*bis* al. 9) :

a) détermine les caractéristiques des droits individuels en cause, en spécifiant les critères sur la base desquels les particuliers désirant adhérer à l'action de classe peuvent y être admis, ou au contraire en demeurent exclus.

b) fixe un délai péremptoire déterminé à 120 jours maximum jusqu'à la fin duquel les actes d'adhésion (comprenant, outre l'élection de domicile pour les fins de la procédure, l'indication des éléments constitutifs du droit invoqué, assortis des preuves utiles ; art. 140*bis* al. 3) seront déposés par les adhérents auprès de la chancellerie. Une copie de l'ordonnance est envoyée par la chancellerie au Ministère du développement économique qui est chargé de la publication ultérieure, y compris sur son site web.

72. Dans cette même ordonnance, le juge détermine le *cours de la procédure* afin d'assurer, dans le respect du contradictoire, la conduite juste, efficace et rapide de la procédure. Il prescrit les mesures visant à prévenir les répétitions ou complications dans la présentation des moyens de preuve ou des arguments en procédure ; les parties se voient obligées de recourir à la forme de notification publique que le tribunal estime adéquate pour protéger les membres (art. 140*bis* al. 11). La possibilité pour chaque membre du groupe d'intervenir activement dans la procédure voire de recourir reste relativement peu définie à la lecture du texte légal⁷⁹.

⁷⁸ Voir le résumé sur le site du *Centro europeo consumatori* CEC : http://www.euroconsumatori.org/print_it.php?site=16849v16940d64878.html.

⁷⁹ Voir par exemple les réflexions de CLAUDIA SORTO, *L'appello nel giudizio di classe a tutela dei consumatori*, article du 7 octobre 2012 disponible sur le site

73. Si le tribunal admet la demande, il fixe les *montants dus* aux membres du groupe par une décision finale condamnatoire (*sentenza di condanna*). Il peut aussi déterminer la clé de calcul homogène permettant leur détermination (art. 140*bis* al. 12). Cette solution, conçue comme exception, risque de devenir la règle. Les consommateurs devraient alors exiger le paiement de leurs sommes dans une multitude d'actions en paiement individuelles.
74. Concernant la *prescription*, elle est interrompue et ne court plus (art. 2943 et 2945 CC/it) dès notification de la requête et, pour les adhérents ultérieurs, dès dépôt de l'acte d'adhésion (art. 140*bis* al. 3).
75. Des *transactions individuelles* de membres du groupe sont apparemment admises (art. 140*bis* al. 2 et 15).
76. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 140*bis* le 1^{er} janvier 2010, seule une certification a été prononcée⁸⁰, le 28 février 2013, en faveur d'un groupe de vacanciers soutenu par l'*Unione Nazionale Consumatori* s'étant retrouvé dans un complexe hôtelier en construction à leur arrivée à Zanzibar⁸¹. On peut se demander si une action conjointe des différents intéressés n'aurait pas permis d'aboutir au même résultat dans des délais peut-être plus brefs : la requête remonte en effet au 20 février 2010. La doctrine n'a du reste pas manqué de souligner les nombreux points laissés ouverts par la nouvelle réglementation⁸².

7. L'exemple allemand : le procès-pilote

77. Le législateur allemand permet aux investisseurs dans le domaine financier de demander de manière groupée la réparation de leur dommage sur la base de la *Gesetz über Musterverfahren in*

judicium.it.

⁸⁰ Pour une liste des actions de groupe en cours (une dizaine actuellement), voir le site www.classactionitalia.com/in_corso.php.

⁸¹ Voir le site www.classaction.it.

⁸² Voir par exemple FABIO SANTANGELI, Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva, article du 31 mai 2011 disponible sur le site judicium.it.

kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG; appelée aussi *Lex Telekom*)⁸³. Il s'agit d'une loi expérimentale⁸⁴ qui vise à renforcer la position des investisseurs en leur permettant de faire trancher dans une procédure « test » (*Musterverfahren*) la question de savoir si le défendeur peut être actionné en réparation du dommage résultant de la violation du contrat qui les lie. Cette procédure de groupe est prévue pour les prétentions issues d'informations relatives aux marchés de capitaux fausses, équivoques ou omises/dissimulées ainsi que les prétentions selon la *Wertpapier- und Übernahmegesetz* (WpÜG).

78. Cette loi a été introduite à la suite d'un litige opposant 16'000 lésés à la *Deutsche Telekom* pour des pertes suite à un prospectus de vente comportant des informations erronées. Le BverfG allemand avait en effet jugé que cette situation, qui condamnait chaque lésé à supporter une durée de procédure estimée à trois ans, violait leur *Rechtsschutzgarantie*, en vertu de laquelle le justiciable a notamment droit à un règlement rapide et efficace de sa prétention en justice. L'action groupée serait ainsi indispensable à un bon accès à la justice dans de telles situations.
79. Le système se base sur une procédure-type (*Musterverfahren*), opposant un demandeur (*Musterkläger*) à un défendeur (*Musterbeklagter*). Le *Musterkläger* agit en son nom et au nom d'autres participants (*Beigeladene*), au moins 9, qui ont chacun une action particulière (*Eingangsverfahren*) pendante contre le défendeur devant le for ordinaire de l'action (*Prozessgericht*). Sur requête (*Musterfeststellungsantrag*, nouveau terme remplaçant l'ancien « *Musterverfahrensantrag* »), la compétence passe à l'*Oberlandesgericht*

⁸³ Pour des développements, voir PETER GUNDERMANN/PHILIPP HÄRLE, *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – eine Momentaufnahme zum Jahresende 2006*, VuR (Zeitschrift für Verbraucher und Unternehmer) 12/2006, p 457 ss et les réf. ; PETRA BUCK-HEEB, *Kapitalmarktrecht*, 5^e éd., Heidelberg 2011, p. 298-307 et les réf. en p. 298 ; BERNHARD JOCHEN, *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen*, Thèse, Fribourg-en-Brisgau, Tübingen 2010.

⁸⁴ Son expiration avait à l'origine été fixée au 1^{er} novembre 2010 (§ 9 al. 2 KapMuG). Sa durée fut ensuite renouvelée pour deux ans, puis retravaillée et prolongée jusqu'en 2020.

(OLG), qui publie (*Bekanntmachung*) la liste des participants-requérants, permettant à d'autres éventuels participants de s'inscrire. Le demandeur-pilote est déterminé par l'OLG en fonction de divers critères (accord de l'intéressé et d'autres demandeurs, valeur de sa prétention ; §9 al. 2 KapMuG), et le procès-pilote a lieu devant l'OLG alors que les procédures particulières initiales sont suspendues, ainsi que la prescription les concernant. L'OLG rend à l'issue de la procédure-test une décision-pilote (*Musterentscheid*), sur la base de laquelle les procédures particulières (devenues « *Ausgangsverfahren* ») seront réglées collectivement.

80. Le *Bundesministerium für Justiz* (BMJ) voit *quatre avantages* dans ce mécanisme⁸⁵ :
- L'investisseur peut plus efficacement faire valoir sa prétention en dommages-intérêts.
 - Les faits et questions de droit complexes se voient déterminés une fois pour toutes (par jugement entré en force) pour tous les investisseurs lésés, d'où une seule administration des preuves.
 - Les risques liés aux frais de justice sont notablement réduits, les frais d'expertise limités à une seule dépense (et pas d'avances de dépens nécessaires), les frais sont répartis équitablement entre les participants dans l'hypothèse où ils succomberaient.
 - De nombreuses actions sont réglées simultanément ; les tribunaux sont déchargés ; la sécurité du droit améliorée : les entreprises concernées sont plus rapidement fixées.
81. La procédure organisée par la KapMuG se distingue par le fait que l'action de groupe représente un *faisceau de procédures civiles particulières et indépendantes* qui demeurent pendantes. Une fois le jugement « test » entré en force, les procédures particulières continuent et sont réglées sur la base de celui-ci.
82. Une révision de la KapMuG, du 19 octobre 2012, est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2012. Elle prévoit les *modifications* suivantes :

⁸⁵ <http://web.archive.org/web/20100323174455/http://www.bmj.bund.de/kapmug>.

83. *Légère extension du champ d'application* : la loi vise désormais non seulement les dommages résultant directement d'informations relatives aux marchés de capitaux (*Kapitalmarktinformationen*) fausses, équivoques et dissimulées, mais aussi les dommages résultant – indirectement – de l'utilisation de ces informations viciées. Ainsi, la surveillance est étendue, au-delà des simples émetteurs, aux intermédiaires des marchés financiers qui travaillent avec ces informations relatives aux marchés de capitaux. On pense en particulier aux litiges se fondant sur des prétentions en dommages et intérêts indirectement liées à l'information viciée, comme ceux concernant l'inexécution ou l'exécution fautive de contrats de conseil en placement ou de courtage. En revanche, il a été renoncé d'étendre à ce stade le procès-pilote à toutes les prétentions civiles de masse (accidents de masse ou défauts de produits) et donc de consacrer la *Verfahrensbindung*.
84. *Accélération du Musterverfahren* : lors de l'évaluation de la loi expérimentale, il a été remarqué qu'en pratique, la soumission de la requête, la décision sur la licéité du *Musterfeststellungsantrag* et la publication de cette décision (*Bekanntmachung*) sont des étapes souvent séparées par de longs intervalles. Le § 3 al. 3 KapMuG prévoit désormais que le tribunal compétent doit décider du *Musterverfahrensantrag* dans un délai de trois mois. Le législateur a sciemment choisi de tempérer le caractère obligatoire de cette norme, en en faisant une prescription d'ordre, le juge pouvant dans certains cas avoir besoin de plus de temps pour se décider. Il apparaît douteux que la combinaison d'un délai et d'une simple prescription d'ordre puisse réellement contribuer à l'accélération de la décision.
85. *Facilitation de la suspension de l'action particulière en vue du procès-pilote* : alors que la première mouture de la loi prévoyait, à son § 7 al. 1 phr. 1, que la suspension de l'action particulière supposait que celle-ci dépende suffisamment de l'issue du procès-pilote (critère dit de la pertinence – *Entscheidungserheblichkeit*), le nouveau texte retient qu'il suffit que l'objet de l'action-pilote concerne le *Lebenssachverhalt* de l'action individuelle (§ 8 al. 1 phr. 1 KPMuG).
86. *Facilitation du retrait d'action (Klagerücknahme)* : selon le § 269 al. 1 ZPO/D, un désistement d'instance n'est admis, faute d'accord du

défendeur, que jusqu'au début des débats oraux. Le § 8 al. 2 KapMuG permet désormais à tout participant de se désister dans un délai de deux semaines dès la décision de suspension, sans accord du défendeur, et ce même durant la phase orale. Le but est de mieux protéger le demandeur individuel, qui risque de devoir payer des frais pour une procédure dont le sort dépend du procès-pilote sur lequel il perd toute emprise. Le demandeur doit avoir la possibilité, une fois reçue la décision sur la suspension de sa demande individuelle, de réexaminer ses chances de succès et de se raviser avant de devoir contribuer aux frais du procès-pilote.

87. *Extension du délai d'atteinte du quorum* : alors que l'ancien § 4 al. 1 phr. 1 KapMuG prévoyait un délai de quatre mois pour qu'au moins neuf autres *Musterfeststellungsanträge* soient déposées devant le tribunal de l'action particulière (ou un autre tribunal), le quorum doit dorénavant être atteint en six mois. Dans ce délai, les neuf autres requêtes ne doivent plus parvenir auprès du tribunal : le moment déterminant est désormais celui de la publication du *Musterverfabrensantrag*, soit l'inscription au registre des plaintes (§ 4 al. 1 phr. 1 KapMuG). Un tel choix est discutable, car contrairement à la date de la réception des requêtes, les participants n'ont aucune emprise sur le moment de l'inscription au rôle, qui peut être retardée pour plusieurs raisons. L'extension du délai d'atteinte du quorum à six mois (§ 6 al. 1 KapMuG) permet de compenser les désavantages qui en résulteraient, vu que, de surcroît, la décision négative en cas de non-atteinte du quorum est finale et inattaquable (§ 3 al. 1 *ab initio* KapMuG).
88. *Compétence de l'Oberlandesgericht quant à l'extension du Musterverfahren* : la compétence pour l'extension du procès-pilote à d'autres points passe du *Prozessgericht* à l'OLG à partir de la publication du *Vorlagebeschluss* (§ 15 al. 1 KapMuG), par souci d'efficacité.
89. *Suspension de la prescription* : elle est facilitée lorsqu'un procès-pilote est pendant, vu qu'un lésé n'a pas besoin d'intenter lui-même action avant de pouvoir rejoindre le groupe des participants. En effet, si un procès-pilote est en cours, il lui suffit désormais de s'inscrire à l'OLG ; ce faisant, la prescription est immédiatement suspendue. Il peut ainsi attendre que la décision-pilote soit rendue et décider s'il

maintient sa demande ou au contraire la retire sans être pénalisé en raison du temps écoulé.

90. *Facilitation de la voie transactionnelle* : le demandeur-pilote et le défendeur-pilote peuvent désormais régler le cas-type par la voie transactionnelle de manière à lier les autres membres du groupe. Il appartient ensuite à l'OLG d'homologuer cette transaction. La décision est inattaquable, la transaction irrévocable (§ 19 al. 1 et 2 KapMuG). L'OLG peut même favoriser une solution conciliée et proposer une transaction aux parties. La transaction homologuée lie par principe tous les membres du groupe des participants ; elle met fin à la procédure-pilote ainsi qu'aux actions particulières des participants (il n'y a donc pas d'*Ausgangsverfahren*) et déploie ainsi un effet direct. La nouvelle mouture de la loi prévoit cependant un mécanisme d'*opting-out* (§ 19 al. 2 KapMuG) : l'effet contraignant n'est donné que si pas plus de 30% des investisseurs font usage de leur droit d'*opting-out* dans le délai d'un mois (§ 19 al. 1 *in fine* KapMuG). Auparavant, le § 14 al. 3 phr. 2 KapMuG ne permettait que les transactions unanimes entre demandeur, défendeur et participants. Seul le règlement de l'ensemble des litiges est admis ; des transactions partielles ne sont pas possibles. Selon le § 17 al. 2 KapMuG, la transaction doit contenir au minimum les points suivants :

- Une réglementation de partage des dommages et intérêts obtenus entre les participants (§ 17 al. 2 ch. 1 KapMuG). La transaction ne peut pas se limiter à mentionner une somme totale de dédommagement et laisser aux participants la tâche de répartir l'argent. La transaction règle ainsi le cas une fois pour toutes et « une fois pour tous ». Il n'y a pas de procédure particulière ultérieure, tout le monde recevra son dédommagement directement.
- La transaction doit être rédigée de sorte à pouvoir être appliquée dans les procédures individuelles (§ 17 al. 2 ch. 2 KapMuG). Elle doit être finale, pour le cas-type comme pour les actions individuelles ; pour cela, la transaction doit être complète, c'est-à-dire applicable sans procédure ultérieure. Le procès-pilote a un effet sur tous les participants restant une fois le délai de sortie écoulé.

- La transaction doit aussi prévoir la répartition des frais du procès-pilote (§ 17 al. 3 KapMuG).
- Pour le reste, la transaction est à la libre disposition du *Musterkläger* et du *Musterbeklagte*, respectivement de l'OLG (s'il décide de proposer une transaction lui-même). De plus, la transaction peut soit traiter tous les participants de manière égale, soit les classer en différentes catégories de lésés et prévoir, le cas échéant, diverses classes de compensation pour chacune d'elles. La transaction peut aussi exiger un quorum minimum en tant que condition à l'entrée en force. Pour le *Musterbeklagte*, une transaction peut en effet n'apparaître comme souhaitable que dans la mesure où le moins de participants possible ne se retirent de la transaction. A défaut, il se retrouve avec d'autant plus de procédures ultérieures, vidant la transaction de son sens.

8. L'exemple autrichien : les développements jurisprudentiels

91. Le droit autrichien connaît la *Verbands-Muster-Klage* (procédure-pilote d'association de consommateurs) et, par voie jurisprudentielle, la *Sammelklage nach österreichischem Recht* (action de groupe dite « autrichienne »). Une procédure législative visant la création, dans la loi, d'une nouvelle procédure groupée (*Gruppenklage*) est pendante depuis plusieurs années et fait l'objet d'un important débat en Autriche⁸⁶.
92. L'introduction des procédures-pilotes en Autriche trouve à notre connaissance son origine dans la volonté d'éviter une régionalisation de la jurisprudence en matière de droits des consommateurs⁸⁷. En effet, nombre d'actions de consommateurs étaient privées du recours devant le *Oberste Gerichtshof* en raison de leur valeur litigieuse

⁸⁶ Voir ELISABETH SCHEUBA « Sammelklage » – Inhaltliche Anforderungen, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2006/02 64, et les nombreuses réf.

⁸⁷ PETER KOLBA, *Marktkontrolle und Unterlassungsklagen in Österreich*, « Effective Legal Redress – The Consumer Protection Instruments of Actions for Injunction and Group Damages Actions », conférence du 24 février 2006, texte disponible sur http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/Kolba_Wien.pdf.

inférieure au seuil de compétence de la Haute Cour. Sur le modèle de l'action associative (*Verbandsklage*) que le droit autrichien met à la disposition de certains partenaires sociaux⁸⁸ pour représenter les intérêts de leurs membres en justice (§ 29 *Konsumentenschutzgesetz – KSchG*, en lien avec § 14 *Unlauterer-Wettbewerbs-Gesetz – UWG*), on a introduit dans l'ordre juridique autrichien le concept de la procédure-pilote associative (*Verbands-Muster-Klage*)

93. Par la *Verbands-Muster-Klage* (on l'appelle aussi *Zessionärsklage*), une association habilitée au sens du § 29 KSchG se fait céder les prétentions individuelles d'un certain nombre de consommateurs lésés (prétentions en paiement d'abord, puis, dès 2004, tous les droits cessibles) de ses membres. L'association ouvre ensuite une action-pilote contre le défendeur au for ordinaire et se voit chargée de la conduire jusqu'à l'*Obergerichtshof*, indépendamment de la valeur litigieuse (§ 55 al. 4 de la *Jurisdiktionsnorm* JN ; § 520 al. 5 ch. 5 n° 4 ZPO/A en lien avec § 29 KSchG). Le *Verfassungsgerichtshof* autrichien a confirmé la constitutionnalité de cette procédure⁸⁹.
94. Ce système présente des avantages, mais a été affaibli avec le temps par l'insertion systématique de *pacta de non cedendo* au sein des conditions générales, clauses dont le caractère déloyal n'a pas encore été clairement établi⁹⁰.
95. Il diffère par ailleurs du modèle allemand dans la mesure où la suspension de la prescription des droits individuels n'est pas automatique, mais sujette au consentement explicite du défendeur.

⁸⁸ *Verein für Konsumenteninformation* (VKI) ; Chambre fédérale du travail (*Bundesarbeitskammer*) ; Chambre du commerce d'Autriche (*Wirtschaftskammer Österreich*) ; Conseil autrichien des travailleurs agricoles et forestiers (*österreich. Landarbeiterkammertag*) ; Conférence des présidences des Chambres agricoles d'Autriche (*Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs*) ; Union syndicale autrichienne (*österreichischer Gewerkschaftsbund*). Le Conseil des aînés autrichien pouvant également soulever une *Verbandsklage*, il devrait également pouvoir représenter les intérêts des personnes âgées avec une *Verbands-Muster-Klage*.

⁸⁹ 15.12.1994 ÖJZ (*Österreichische Juristen Zeitung*) 1996, 474 = VfSlg (*Verfassungssammlung*) 13.989.

⁹⁰ OGH 09.05.2007, 7Ob85/07m.

S'il refuse, les prétentions individuelles doivent être invoquées à temps.

96. Une évolution particulière de la *Verbands-Muster-Klage* est la *Sammelklage nach österreichischem Recht*. Elle se construit également sur le principe de la cession connu pour la *Verbands-Muster-Klage* : les lésés cèdent leur prétention à une association ou à un autre lésé. De ce fait, le principe de la cession des prétentions à un seul demandeur contre le même défendeur est étendu au-delà des seules associations listées au § 29 KSchG. L'issue du procès n'aura d'effet que sur les lésés ayant effectué cette cession ; les autres devront agir individuellement⁹¹.
97. La *Sammelklage* autrichienne est une création jurisprudentielle que le *Verein für Konsumenteninformation* (VKI) a développée en 2001 sur mandat du Ministère fédéral autrichien du travail, des affaires sociales et de la protection des consommateurs (BMASK). Suite à une épidémie de gastro-entérite dans un club de vacances touchant environ 500 voyageurs, les lésés ont voulu agir contre le tour opérateur. Le VKI a proposé aux lésés n'ayant pas contracté une protection juridique de participer à une action groupée, sans risques financiers mais contre une part de 30% pour la société ayant pris en charge les frais de justice. Cent d'entre eux ont accepté. En l'espèce, l'action groupée a permis au juge de constater le nombre important de lésés et a pu reconnaître que leurs symptômes étaient effectivement dus à une nourriture avariée⁹². Dès lors, il est théoriquement loisible à tout lésé de prendre en charge la conduite d'une telle *Sammelklage* et de se voir céder les prétentions d'autres lésés. C'est là la différence entre la *Sammelklage* et la *Verbands-Muster-Klage*.
98. La jonction, en une seule procédure, des prétentions individuelles cédées permet d'additionner les gains potentiels, ce qui assure la

⁹¹ WALTER H. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO (AT)*, 3^e édition, Vienne 2006, ad § 227 ZPO, N 4.

⁹² PETER KOLBA / ULRIKE DOCEKAL / MANFRED NUNKIC et al., *Sammelklagen in Österreich – praktische Erfahrung – Ökonomische Analyse – Meinungsumfragen*, VKI (publication du *Verband für Konsumenteninformation*) 2009 9.

prise en charge des frais de justice par des tiers contre une participation en cas de victoire. Le cas de gastro-entérite mentionné ci-dessus a notamment pu être conduit grâce à un tel financement externe. Il est intéressant de relever que ce premier cas a été réglé par voie transactionnelle ; les lésés ont reçu 70% de leurs prétentions (30% revenant au financier externe). La conformité de cette solution, devenue la règle dans les *Sammelklagen* autrichiennes, avec l'interdiction du *pactum de quota litis* en droit autrichien (§ 879 al. 2 ch. 2 ABGB) fait l'objet d'un débat en doctrine⁹³. Celle-ci retient en bref que l'interdiction du *pactum de quota litis* a vocation à s'appliquer dans le cas où le tiers qui finance les frais de justice s'arroe le droit, par exemple, d'ordonner ou d'interdire des actes de procédure ou la conclusion de transactions. Si, en revanche, le tiers se borne à avancer les frais sans se mêler de la conduite de la procédure, l'interdiction n'aura pas lieu de s'appliquer⁹⁴. Tout récemment, l'*Obergerichtshof* a rendu une décision en 3^e instance, datée du 20 mars 2013, dans laquelle elle confirme le caractère licite du *pactum de quota litis* en l'espèce. Ce faisant, la Cour a écarté la dernière tentative de la défenderesse, la société de conseil financier AWD Austria, visant à éviter une *Sammelklage nach österreichischem Recht* dont la valeur litigieuse s'élève à 40 millions d'euros⁹⁵.

99. Depuis son introduction, de nombreuses autres *Sammelklagen* ont été introduites dans des affaires aussi variées que des actions en dédommagement après un accident de funiculaire à Kaprun, des litiges portant sur des intérêts usuriers, des actions contre des vendeurs de prétendus produits-miracles et des cas de fraude aux investisseurs⁹⁶. Dans le cadre de ces affaires, la licéité de la *Sammelklage* a fait l'objet de nombreuses décisions. Elle a été

⁹³ ALEXANDER KLAUSER, *Sammelklage und Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung auf dem Prüfstand*, *ecolex* 2002 805 ; ERIKA WAGNER, *Rechtsprobleme der Rechtsfinanzierung von Prozessen*, *Juristische Blätter* (JBl) 2001 428 s.

⁹⁴ WAGNER, *ibid.*

⁹⁵ CORINNE STÖCKLI, « Die Sammelklage muss entpolitisiert werden », interview avec DANIEL FISCHER et ERIC STUPP, *Plädoyer* 5/10.

⁹⁶ KOLBA/DOCEKAL/NUNKIC et al. (n. 92), *VKI* 2009 5-14.

systématiquement rejetée en première instance, puis admise en instance supérieure.

100. C'est finalement l'*Obergerichtshof* qui a reconnu la validité de cette procédure, affirmant qu'il était licite, pour une partie demanderesse, de faire valoir des prétentions cédées de manière cumulée « lorsque, quand bien même l'identité de l'état de fait ne soit pas donnée, ces prétentions soient fondées sur une base vraisemblablement similaire » (*massgebliche gemeinsame Grundlage, im Wesentlichen gleichartiger Anspruchsgrund*)⁹⁷.
101. La *Sammelklage nach österreichischem Recht* est un bon outil. Toutefois, ce système n'est pas sans faille : le manque de base légale fait que l'action collective autrichienne prête le flanc à une contestation systématique des défendeurs, comme le démontrent les débats jurisprudentiels autour de la licéité tant de la cession des prétentions que du financement externe des frais de justice. Compte tenu de la jurisprudence déjà importante sur ce thème, le pas législatif semble désormais envisageable. En 2004 déjà, une décision du *Nationalrat* a ordonné l'examen de possibilités législatives pour le règlement économique et compétent de procédures de masse⁹⁸. Un projet ministériel concernant la révision de la procédure civile a été publié en juin 2007⁹⁹. Un long débat législatif a freiné la procédure législative. Alors que les associations de consommateurs insistent sur le fait que le projet de révision est prêt et abouti, les milieux économiques s'y opposent en affirmant que ce projet n'est pas encore mûr¹⁰⁰.

⁹⁷ OGH 31.3.2005, 3 Ob 275/04v ; OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w.

⁹⁸ Justizausschuss in seiner Entschliebung vom 6.10.2004 (638 d.B. XXII.GP) über die Zivilverfahrens-Novelle (613 d.B. XXII.GP).

⁹⁹ ELISABETH MONIKA RIEDER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Individualverfahren und deren Erweiterung im Gruppenverfahren nach dem Ministerialentwurf einer Zivilverfahrensnovelle 2007, Thèse, Uni Wien 2009.

¹⁰⁰ Ministerialentwurf 70/ME XXIII.GP. Parmi les prises de position contre le projet de novelle, voir 18/SN-70/ME (*Wirtschaftskammer Österreich, Abt. für Rechtspolitik*), 21/SN-70/ME (*Industriellenvereinigung*) et 23/SN-70/ME (*Verband der Elektrizitätswerke Österreichs*).

VI. Quelle voie pour la Suisse ?

102. La Suisse doit-elle suivre le chemin emprunté par l'Italie et l'Allemagne par exemple et innover en matière d'action de groupe ? Si la question mérite d'être posée, la réponse se doit d'être nuancée.
103. La solution italienne semble périlleuse : elle consiste en une greffe d'un système à moitié pensé et qui risque bien d'être rejetée. La position et les droits des participants à la procédure semblent mal définis, celle du financement passée sous silence et le risque de procès ultérieurs qui s'enlisent avec chaque participant n'est pas négligeable.
104. Quant au modèle allemand, il ne manque pas d'intérêt, mais les modifications qu'il a déjà subies démontrent qu'il s'agit encore d'un projet en plein mouvement, limité à un domaine bien spécifique, qui se justifie sans doute dans un pays de la taille de l'Allemagne où la question des langues ne se pose pas. Mieux vaut donc attendre quelques années et voir si les résultats obtenus justifient l'arsenal législatif mis en place. Du reste, le jugement-pilote pourrait bien ne pas régler les dossiers particuliers, tant les conseils donnés par chaque conseiller en matière bancaire peuvent différer, ainsi que les profils et connaissances personnelles de l'investisseur.
105. Reste la voie jurisprudentielle suivie jusqu'à ce jour en Autriche. Il faut la privilégier à ce stade selon nous. Le CPC est suffisamment souple pour permettre à une association bien organisée, s'inspirant des mécanismes audacieux développés par les juristes autrichiens, et utilisant les nouveaux modes de communication, de promouvoir un procès-pilote ou une action de groupe, le cas échéant après cession des droits (N 47). La question du financement peut être réglée par l'association elle-même, qui n'est pas soumise à l'interdiction du *pactum de quota litis*, ou par une institution de financement de procès, qui peut aussi prévoir une couverture selon le résultat¹⁰¹. Les délais

¹⁰¹ Voir ATF 131 I 223 consid. 4, RDAF 2006 I 526 (rés.), qui déclare contraire à l'art. 27 Cst. féd. le § 41 AnwG ZH (17.11.2003) interdisant tout financement de procès par une part au gain. Pour des développements, voir BOHNET/MARTENET (n. 5), N 1607 ss.

de prescription peuvent être aisément interrompus par des poursuites. Le fait que ce type de procédure n'ait pas été véritablement développé en Suisse à notre connaissance malgré les possibilités existant dans le régime légal en vigueur tend d'ailleurs plutôt à démontrer que l'action de groupe ne représente pas un besoin pressant à l'heure actuelle.

106. Le lecteur s'étonnera peut-être que cette contribution ne se termine pas par une proposition législative. Il est vrai que la doctrine, lorsqu'elle s'intéresse à une institution non encore réglementée dans le système juridique considéré, a tendance à suggérer sa consécration légale sous une forme ou une autre, peut-être pour justifier la recherche effectuée. Il en va parfois de même en politique : proposer, voire adopter une loi pour satisfaire l'opinion publique, même si l'on sait que ses effets ne seront pas à la hauteur des espoirs posés par son adoption.